

# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

---

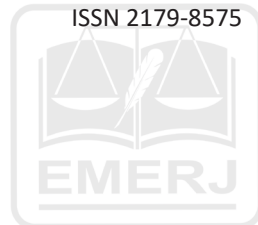
Volume 14- n. único - Tomo I (A/L) - Jan./Dez. 2022

---



**Elaborados em 2022**





# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 14 - n. único - Tomo I (A/L) - Jan./Dez. 2022

---



**Elaborados em 2022**



© 2022 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)



**EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**

**➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ**

**2022**

**CONSELHO EDITORIAL**

**DIRETORA-GERAL**

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

**SECRETÁRIA-GERAL**

Luiza Alves de Castro

**Diretora do Departamento de Ensino (DENSE)**

Ana Paula Teixeira Delgado

**DENSE/Serviço de Monografia**

**DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca**

**DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação**

**CONSELHO AVALIATIVO**

- Monica Cavalieri Fetzner Arial
- Nelson Carlos Tavares Junior
- Rafael Mario Iorio Filho
- Ubirajara da Fonseca Neto
- Maria Carolina Cancellata de Amorim





<b>ALANY KELLY CARDOSO</b> EFEITOS DA PANDEMIA COVID-19 NO NÚCLEO FAMILIAR.....	9
<b>ALINE CRISTINA DA SILVA PINHEIRO DA COSTA</b> VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA – ATOS CARACTERIZADORES E INEXISTÊNCIA DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO .....	23
<b>ANA BEATRIZ FERREIRA DA SILVA</b> IMPACTOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DA NÃO EXISTÊNCIA DE UM PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 250/2020 QUE AUMENTA O ITCMD NO ESTADO DE SÃO PAULO .....	37
<b>ANA CAROLINA GOMES BARRETO</b> O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA EM TEMPOS DE PANDEMIA .....	53
<b>ANA PAULA TARGINE RIBEIRO DE LYRA</b> MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	67
<b>ANDERSON SILVA PRATA</b> OS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES NA EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL .....	84
<b>AUGUSTO GARCIA NASCENTES</b> A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL APLICADA NA HERMENÊUTICA DE SUAS LIMITAÇÕES.....	100
<b>BEATRIZ NUNES VALIM</b> A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM RAZÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A PROTEÇÃO DA AMPLA DEFESA .....	114
<b>BRUNA LYRIO MARTINS</b> ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO PARA O PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO.....	129



**BRUNA STEFANY DA SILVA PEDRONI**

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NO DIREITO BRASILEIRO..... 146

**CAROLINA DE CARVALHO BYRRO**

O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA: O SILÊNCIO DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ..... 162

**CAROLINA SEVERO REIS GONÇALVES VERAS**

O DESAFIO DAS MEDIDAS REDUTORAS DE DEMANDAS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR..... 178

**EMANUEL FERNANDO MORENO BATISTA SANTIAGO DE MENEZES**

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E ALTERAÇÃO DE MULTAS VENCIDAS EM EXECUÇÃO CÍVEL ..... 193

**ENRIQUE ROCHA TERRA**

A ADEQUAÇÃO DOS MECANISMOS DE TUTELA COLETIVA PARA A GARANTIA DO ACESSO À MORADIA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA ..... 209

**FABIANA MARIA MARQUES DA CONCEIÇÃO BORBA CARREIRA**

DIREITO DE VIZINHANÇA EM ISOLAMENTO SOCIAL: COMO CONCILIAR O DIREITO AO SOSSEGO E O DIREITO À PROPRIEDADE..... 224

**FERNANDA TRINDADE DOS SANTOS DE ALMEIDA**

A IMPLANTAÇÃO DO IRDR COMO UMA SOLUÇÃO DE GESTÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ..... 239

**GABRIELA FERNANDES LIMA**

RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO TRATAMENTO DE DADOS DOS CONSUMIDORES FRENTE AOS ATAQUES HACKERS..... 255

**GABRIELA VIEIRA ANTONINI**

A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: A DESCONSIDERAÇÃO DA VONTADE DO INDIVÍDUO FRENTE AO CONSENTIMENTO FAMILIAR .. 272

**GEOVANNA DE ARAUJO FERNANDES**

DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DE SEU CONTROLE PELA OPERAÇÃO PENTE-FINO DO INSS ..... 288

**GIOVANNA OLIVEIRA PIERONI**

A LEGITIMIDADE DO(A) COMPANHEIRO(A) PARA OBTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO, NA HIPÓTESE DO ARTIGO 792 DO CÓDIGO CIVIL ..... 302





**GLEISON HERINGER VIEIRA DOMINGUES**

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES..... 316

**ISABELLA FIGUEREDO VIEIRA**

A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE TRANSMISSOR DA COVID-19 NAS HIPÓTESES DE AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO E HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA PELA VÍTIMA..... 331

**IZABELLE ROCHA MELLO**

CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL – EFEITOS DA VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA PARA O PROCESSO PENAL ..... 346

**JEAN HENRIQUE FERNANDES**

A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES À LUZ DA CONFLUÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS DA CIVIL LAW E COMMON LAW ..... 360

**JULIANA CARVALHO ALVES**

A DISSOCIAÇÃO DA FUNÇÃO PARENTAL E O VÍNCULO CONJUGAL NOS LITÍGIOS JUDICIAIS NA CONFIGURAÇÃO DA COPARENTALIDADE ..... 377

**JULIANA DOS SANTOS BORGES RIBEIRO PEREIRA**

A PRISÃO DOMICILIAR DO DEVEDOR DE ALIMENTOS NA PANDEMIA DA COVID19..... 394

**JULIANA SOARES SOBRAL**

A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NO CONTEXTO DA MULTIPARENTALIDADE ..... 408

**JÚLIO CÉSAR SILVA IRIAS**

O DOLO EVENTUAL E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA..... 423

**LAÍSE KOPKE DE MELO CORRÊA**

O NEOESCRAVISMO NAS INDÚSTRIAS TÊXTEIS: UMA PRÁTICA DE GESTÃO ..... 438

**LAURA ALVES LAGROTA**

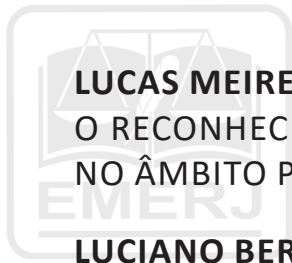
A LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO PARA PLEITEAR REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS TITULARIZADOS PELO FALECIDO..... 453

**LETICIA DOS SANTOS VIEIRA**

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: ANÁLISE ACERCA DA SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 470

**LETÍCIA FIDALGO DA SILVA**

ADOLESCENTES NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO DE INTERNAÇÃO: VULNERABILIDADE SOCIAL E REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 ..... 484



**LUCAS MEIRELES DA SILVA DELORENZI**

O RECONHECIMENTO DA FIGURA DO ESTELIONATO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS  
NO ÂMBITO PROCESSUAL..... 501

**LUCIANO BERTAZZO MACHADO DE SOUZA**

APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO ..... 515

## EFEITOS DA PANDEMIA COVID-19 NO NÚCLEO FAMILIAR

Alany Kelly Cardoso

Graduada pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Advogada.

**Resumo** – a pandemia de COVID-19 mostrou um expressivo aumento no número de casos de violência contra a mulher. Os dados reais mostram-se ainda mais elevados do que os dados oficiais. A Lei nº 11.340/06 trouxe meios para coibir os casos de violência, porém, após completar quinze anos, ainda se mostram insuficientes para a proteção da mulher. No presente trabalho, busca-se entender a evolução histórica dos crimes de violência contra a mulher, assim como, mostrar o estado de vulnerabilidade das mulheres, analisando a Lei Maria da Penha. Visa-se também abordar o que elevou o número de casos durante a pandemia e quais foram as medidas implementadas para a proteção das vítimas.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Violência doméstica. Pandemia. Lei nº 11.340/06. Lei Maria da Penha.

**Sumário** – Introdução. 1. Violência doméstica contra a mulher: a eficiência das leis na busca de solucionar este conflito que perdura na sociedade. 2. O aumento do número de casos de violência doméstica durante a pandemia: fatores determinantes para o crescimento desse crime que vem sendo combatido pela sociedade. 3. Medidas protetivas no tocante à violência doméstica: são elas eficazes na proteção das vítimas e na solução destes crimes que se perpetuam na história? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o crescimento do número de casos de violência doméstica durante a pandemia e a ineficiência dos meios de coibir essa violência trazidos pela Lei Maria da Penha.

A violência doméstica está presente em muitos lares brasileiros. Muitas mulheres passam por agressões físicas, psicológicas, sexuais e patrimoniais todos os dias. A violência contra mulher é reconhecida pela ONU como uma violação dos direitos humanos.

Este tipo de violência é histórico e universal, porém, a Conferência de Direitos Humanos - Viena – 1993, trouxe avanços significativos em termos de direitos humanos. Sendo assim, o tema passou a ser visto com um pouco mais de atenção pelos países signatários, inclusive o Brasil.

O primeiro capítulo pretende demonstrar que, mesmo que esforços sejam empregados para a redução desses crimes, a legislação ainda está muito distante de atingir um ideal. Desta forma, falar sobre a eficiência, ou melhor, da ineficiência das leis atuais, torne-se indispensável para a discussão deste tema.

A violência doméstica e os casos de feminicídio dispararam durante a pandemia de COVID-19. Muitos casos nem mesmo foram registrados, mesmo assim, os números são crescentes. Diante disso, pode-se afirmar que a quantidade de casos é ainda maior.

O presente artigo propõe analisar no segundo capítulo quais fatores podem ter levado esse aumento de casos durante a pandemia, pois através desta análise, pode-se entender um pouco mais sobre as dificuldades que as vítimas encontram durante e depois da violência sofrida.

Outro aspecto a ser tratado neste trabalho no terceiro capítulo é sobre as medidas protetivas. Elas possuem o atributo de proteger as vítimas que estão em situação de risco. Essas medidas são essenciais para garantir os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana conforme garantido pela Constituição Federal.

O artigo é desenvolvido pelo método indutivo, uma vez que se pretende eleger um conjunto de premissas, as quais acredita que darão apoio à conclusão.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: A EFICIÊNCIA DAS LEIS NA BUSCA DE SOLUCIONAR ESTE CONFLITO QUE PERDURA NA SOCIEDADE

A violência contra a mulher é um fato histórico no Brasil e no mundo. A mulher sempre foi colocada em uma posição de inferioridade. Por isso, sempre sofreu preconceito, desvalorização do seu trabalho, assédio, violência doméstica entre outras coisas derivadas dessa visão de inferioridade sobre a mulher. Os crimes de violência doméstica, que geralmente ocorrem nos lares das vítimas e dos agressores, eram conhecidos por um famoso ditado popular que diz: “em briga de marido e mulher, ninguém bota a colher!”. E de fato isso estava se tornando verdade.

Essa questão se arrasta ao longo da história, com certeza pode-se dizer que houve algum progresso, porém ainda é frequente e alarmante os números de casos diários. Segundo dados da Organização das Nações Unidas<sup>1</sup> uma em cada três mulheres em todo o mundo sofre violência. Ainda segundo esses dados, os casos estão começando mais cedo, pois mulheres mais

---

<sup>1</sup>ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Devastadoramente generalizada*: 1 em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência. <<https://www.paho.org/pt/noticias/9-3-2021-devastadoramente-generalizada-1-em-cada-3-mulheres-em-todo-mundo-sofre-violencia>> Acesso em: 12 out. 2021.

jovens, de quinze a vinte e quatro anos, já sofreram algum tipo de violência por parte de seus namorados ou maridos.

Um grande avanço para o direito brasileiro foi a criação da Lei Maria da Penha. Ela entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006<sup>2</sup> e tornou mais rigorosas as penas contra crimes de violência doméstica. Ela é considerada pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher – Unifem, uma das três leis mais avançadas do mundo, entre noventa países com legislação sobre o tema.

Maria da Penha tornou-se o símbolo desta luta, pois em 20 de agosto de 1998, Maria da Penha Maia Fernandes apresentou uma denúncia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos alegando a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros contra sua esposa, ora denunciante<sup>3</sup>. Maria da Penha sofreu tentativa de homicídio, muitas agressões e ficou paraplégica. Apesar de diversas denúncias, o agressor nunca foi punido. Conforme Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>4</sup> a justiça brasileira não foi eficiente na condução do caso em análise conforme o trecho a seguir.

[...]no caso em apreço, os tribunais brasileiros não chegaram a proferir uma sentença definitiva depois de 17 anos, e esse atraso vem se aproximando da possível impunidade definitiva por prescrição, com a conseqüente impossibilidade de ressarcimento que, de qualquer maneira, seria tardia. A Comissão considera que as decisões judiciais internas neste caso apresentam uma ineficácia, negligência ou omissão por parte das autoridades judiciais brasileira e uma demora injustificada no julgamento de um acusado, bem como põem em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito. Demonstram que o Estado não foi capaz de organizar sua estrutura para garantir esses direitos. Tudo isso é uma violação [...].

A Lei Maria da Penha<sup>5</sup> no art. 5º estabelece que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Sendo assim, casos de violência doméstica e intrafamiliar é crime, que deve ser apurado por inquérito policial, remetido ao Ministério Público e julgado pelos juizados especializados de violência doméstica conforme os artigos 10 e seguintes da Lei Maria da Penha<sup>6</sup> “Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>3</sup>COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório anual 2000*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>4</sup>Ibid.

<sup>5</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>6</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.



mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.”

A lei estabelece no artigo 5º que violência doméstica contra a mulher não é somente a agressão física, pois todas as formas de violência psicológica, sexual, patrimonial e moral, também são punidas por ela<sup>7</sup>.

Esse caso, evidentemente, chamou tanto a atenção da sociedade quanto do poder legislativo e do judiciário e mudanças começaram a acontecer. Apesar disso, os casos de violência não pararam.

Segundo os dados do mapa da violência<sup>8</sup>, o Brasil ocupa a 5ª posição no ranking mundial em feminicídio, ou seja, crime de homicídio contra mulher por razões da condição de sexo feminino. Diante desses dados e de outras pesquisas sobre o tema, verificou-se a necessidade de qualificar o crime de homicídio. Em 9 de março de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.104/15<sup>9</sup>, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, de autoria da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra Mulher. A pena prevista para homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos.

As mulheres vítimas de violência doméstica, geralmente, são agredidas com frequência, não se trata de fatos isolados, mas por muitos fatores as vítimas se veem obrigadas continuar convivendo com os seus agressores. Isso ocorre, por exemplo, porque o medo de sair dessa relação e morrer é maior que o do sofrimento atual. A situação de dependência econômica também dificulta esse rompimento.

Mesmo diante das novas leis e da conscientização de que não cabe lugar para a violência contra quem quer que seja, em especial neste caso, contra a mulher, ainda acontece o que aconteceu com Maria da Penha Maia Fernandes, pois após sofrerem agressões de seus parceiros, ainda sofrem constrangimento e deslegitimação de suas alegações em sede policial e judicial.

Este ano a Lei Maria da Penha completou quinze anos e ainda é necessário aperfeiçoar os mecanismos trazidos por ela. A mulher precisa se sentir segura para denunciar seus agressores e as medidas protetivas precisam ser mais eficientes para de fato proteger essas vítimas.

---

<sup>7</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>8</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Mapa da violência 2015 homicídio de mulheres no brasil*. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)> Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>9</sup>BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: [http://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: 12 out. 2021.

A ideia de viver com medo é paralisante. Os traumas perpetuam-se por anos e destroem as vidas dessas mulheres. A revista de saúde pública do Ceará<sup>10</sup> publicou os efeitos da agressão da seguinte forma.

[...]os achados gerais do estado psicológico dessas mulheres foram: 65% apresentaram escores elevados em sintomas somáticos; 78% em sintomas de ansiedade e insônia; 26% em distúrbios sociais; 40% em sintomas de depressão e 61% apresentaram pontuação em Beck acima de oito, o que sugere depressão moderada ou grave[...]

Os estudos demonstram a necessidade de implementação de políticas sociais com o objetivo de minimizar o impacto causado nas vítimas, viabilizando o acesso facilitado ao atendimento psicológico, psiquiátrico, clínica geral, assim como, atendimento jurídico especializado e orientação direcionada aos estudos e profissionalização para a colocação e a reinserção ao mercado de trabalho.

Diante de todas as dificuldades encontradas, dos medos, das angústias, por proteção aos filhos e muitas vezes pela esperança de que aquele agressor ou aquela situação irá mudar mulheres passam anos e anos por esta situação.

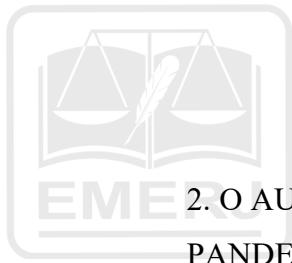
Acredita-se que este é um problema cultural que vem se perpetuando na sociedade, portanto, deve ser constantemente abordado na mídia, na internet, nas redes sociais, nas propagandas, nos noticiários e nas escolas.

Cabe ressaltar que todas as mulheres estão sujeitas a sofrer esse tipo de violência. Independe de nível escolar, situação financeira, religião, cor e qualquer outra condição. Todas são protegidas e amparadas pelas leis de proteção à mulher. Porém, é certo que as mulheres que mais sofrem violência são aquelas em maior estado de vulnerabilidade, ou seja, mulheres pardas com renda até um salário mínimo de acordo os dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.<sup>11</sup> Esses dados são extremamente importantes para entender como ser mais eficaz na redução do número de crimes evitando novas vítimas e a ajudar as que já são vítimas com as medidas protetivas impostas pela lei.

---

<sup>10</sup>ADEODATO, Vanessa Gurgel; CARVALHO, Racquel dos Reis; SIQUEIRA, Verônica Riquet de; SOUZA, Fábio Gomes de Matos e. Violência contra a mulher no Ceará. *Revista de Saúde Pública*, Fortaleza, v. 39, 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsp/a/kbLB4v3hdrn3fCvDfrKv3Hx/?lang=pt&format=pdf>> Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>11</sup>GOVERNO DO BRASIL. *Canais registram mais de 105 mil denúncias de violência contra mulher em 2020*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/03/canais-registram-mais-de-105-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulher-em-2020>> Acesso em: 12 out. 2021.



## 2. O AUMENTO DO NÚMERO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA: FATORES DETERMINANTES PARA O CRESCIMENTO DESSE CRIME QUE VEM SENDO COMBATIDO PELA SOCIEDADE

Os casos de violência doméstica ocorridos durante o isolamento social para conter o aumento de casos de COVID -19 aumentaram consideravelmente. Um estudo realizado pelo Banco Mundial<sup>12</sup> verificou que nos primeiros meses de isolamento social, ocorreu um aumento de 22% nos casos de feminicídio e de 27% nas denúncias recebidas pela linha nacional de atendimento à violência contra a mulher em comparação ao mesmo período em 2019. Esses números comprovam que as mulheres ficaram ainda mais expostas por estarem isoladas com os seus agressores.

O isolamento social foi um mecanismo adotado mundialmente para tentar conter a propagação do vírus COVID-19. Essa medida foi realmente necessária, tendo em vista a gravidade dessa doença, porém, as vítimas de violência doméstica ficaram ainda mais vulneráveis no Brasil e no mundo.

A maioria dos trabalhadores ficou afastada de suas atividades de rotina, como por exemplo, de seus trabalhos, de seus amigos e familiares e das atividades físicas e de lazer. Assim sendo, as mulheres vítimas de violência doméstica passaram a ficar mais tempo com seus agressores e conseqüentemente, as agressões se tornaram mais frequentes. Tornou-se praticamente impossível conter esse tipo de violência devido às circunstâncias estabelecidas.

O estudo do Banco Mundial<sup>13</sup> identificou o que teria levado a esse aumento de casos de violência doméstica.

[...]o aumento do estresse econômico causado pela perda de renda, ansiedades diante da epidemia e medo de contágio, além do isolamento social e o confinamento obrigatório, com possíveis agressores e crianças em casa, apontam para o aumento da probabilidade de exposição de mulheres e meninas à violência por parceiro íntimo e abuso e exploração sexual nesse período. O aumento dos riscos não é acompanhado pelo acesso aos serviços de saúde, segurança e justiça disponíveis para as vítimas, uma vez que estes podem ficar limitados devido à priorização de recursos a outros serviços, o fechamento de serviços disponíveis para as vítimas e restrições à mobilidade pública[...].

A pandemia afetou significativamente a renda da população. Além disso, trouxe grande preocupação com relação ao futuro. As incertezas e os efeitos negativos evidenciaram

---

<sup>12</sup>THE WORLD BANK. *O Combate à Violência contra a Mulher (VCM) no Brasil em época de COVID-19*. Disponível em: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/807641597919037665/pdf/Addressing-Violence-against-Women-VAW-under-COVID-19-in-Brazil.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>13</sup>Ibid.





uma crise financeira. Esses fatores contribuíram significativamente na saúde e nas relações profissionais e familiares. Conforme o estudo do Banco Mundial<sup>14</sup>, a crise financeira foi um fator determinante no aumento do número de casos de violência doméstica, assim como, a ansiedade, o medo e o confinamento obrigatório.

Uma reportagem realizada pela Agência Câmara de Notícias constatou que a violência contra as mulheres nas ruas diminuiu durante a pandemia, mas aumentou dentro de casa.<sup>15</sup> Esses números foram obtidos por pesquisas feitas pelo Datafolha. Segundo dados deste estudo, 24,4% das mulheres acima de 16 anos, afirmam ter sofrido algum tipo de violência ou agressão nos últimos 12 meses, durante a pandemia de Covid-19. Esses números importam dizer que pelo menos 17 milhões de mulheres sofreram violência física, psicológica ou sexual no último ano<sup>16</sup>.

Muitas mulheres que já sofriam agressões passaram a ser agredidas com mais frequência, outras começaram a sofrer violência durante esse período<sup>17</sup>. Como analisado pelo estudo, fatores como a redução da renda pela paralisação do trabalho e o medo de contaminação pela doença contribuíram para esses fatos e explicam como ocorreram<sup>18</sup>.

Apesar disso, houve redução nos números de denúncias de violência doméstica nas delegacias e a redução do número de pedidos de medidas protetivas<sup>19</sup>. Portanto, os números de casos podem ser maiores que os apurados.

A redução<sup>20</sup> no número de denúncias geralmente ocorre porque as vítimas ficam reféns desses agressores. Normalmente, em tempos sem pandemia, esta situação já faz parte da realidade de muitas famílias, pois muitas vezes, as vítimas dependem dos agressores financeiramente. Outras questões também contribuíram para este fato, como por exemplo, a dificuldade de encontrar um lugar seguro para ficar, a falta de apoio familiar, o medo e a vergonha em expor a situação que estão passando<sup>21</sup>. As vítimas também foram diretamente

---

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>BITTAR, Paula. *Violência contra as mulheres nas ruas cai durante a pandemia, mas aumenta dentro de casa*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/797543-violencia-contra-as-mulheres-nas-ruas-cai-durante-a-pandemia-mas-aumenta-dentro-de-casa/#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20estudo,ou%20sexual%20no%20%C3%BAltimo%20ano>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>16</sup>Ibid.

<sup>17</sup>SIEGFRIED, Kristy. *Violência contra a mulher aumenta durante a pandemia de COVID-19*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/11/25/violencia-contra-a-mulher-aumenta-durante-a-pandemia-de-covid-19/>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>18</sup>Ibid.

<sup>19</sup>BRASIL. *Iniciativas de combate à violência doméstica são ampliadas na pandemia*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7773387>> Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>20</sup>CHIARA, Márcia. *Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%* <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40,70003320872>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>21</sup>Ibid.



afetadas ficando financeiramente afastadas de seus trabalhos, tendo em vista que a pandemia se trata de uma disseminação mundial.

A Organização Das Nações Unidas<sup>22</sup> ciente dos acontecimentos incentivou a criação de medidas de proteção à mulher. A ONU recomendou investimentos em serviços online, a garantia de continuidade dos sistemas judiciais para que os agressores continuem respondendo pelos seus crimes e a criação de sistemas de alertas de emergência. É recomendado que outras medidas importantes sejam tomadas para a proteção dessas vítimas, como, declarar os abrigos como serviços essenciais.

O apoio das instituições públicas e privadas é fundamental para a redução desse tipo de violência e para o acolhimento dessas vítimas, principalmente neste período de dificuldades e incertezas.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro verificou através da Central Judiciária de Acolhimento da Mulher Vítima de Violência Doméstica (Cejuvida)<sup>23</sup> que os casos de violência doméstica no ano de 2020 atingiram o recorde de atendimentos. Até julho, 1.500 atendimentos foram registrados, dados bem superiores aos anos anteriores.

Observando o impacto do isolamento social e o aumento dos crimes de feminicídio, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, resolveu intensificar as medidas já existentes. A Central Judiciária de Acolhimento da Mulher Vítima de Violência de Doméstica – CEJUVIDA, criada em 2010 pelo Ato Executivo nº 2610/2010<sup>24</sup>, foi aprimorada durante a pandemia e novas ações foram implementadas. Essas medidas são de extrema importância, pois garantem o apoio necessário para que as vítimas denunciem os agressores e consigam retomar as suas vidas.

Diante disso, restaram evidentes os impactos da pandemia de COVID-19, alguns deles como os impactos sociais, culturais e econômicos. Em relação à violência doméstica ficaram demonstradas a desigualdade de gênero e a vulnerabilidade em que a mulher se encontra.

---

<sup>22</sup>ONU. *Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/85450- chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-pandemia-do-coronavirus>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>23</sup>NÚMEROS de atendimentos demonstram aumento de vítimas de violência doméstica na pandemia. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7500150>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>24</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato Executivo nº 2610*, de 12 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/6808048/ato-executivo-n-2610-2010-cria-cejuvida-12-agosto.pdf/6701dfc4-d550-e63b-fea3-6453632e5d2f>>. Acesso em: 16 fev. 2022.



### 3. MEDIDAS PROTETIVAS NO TOCANTE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: SÃO ELAS EFICAZES NA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS E NA SOLUÇÃO DESTES CRIMES QUE SE PERPETUAM NA HISTÓRIA

A violência doméstica e familiar sempre esteve presente na sociedade. Por um longo período ela foi negligenciada por todos, inclusive, pelas autoridades. As mulheres sempre tiveram seus direitos suprimidos ou até mesmo nem os possuíam. Todavia, com o passar do tempo, foi reconhecida a necessidade de mudanças e uma nova postura foi adotada em relação a esses acontecimentos.

Essas mudanças não ocorreram de uma hora para a outra, mas, cada passo foi extremamente importante para que esta causa fosse vista, e mais do que isso, que fosse abraçada pelo outro.

Primeiramente é importante dizer que qualquer tipo de violência<sup>25</sup> gera danos irreversíveis tanto para aquele que sofre quanto para aquela sociedade que convive com esse tipo de comportamento. Quando esse comportamento é negligenciado as coisas tendem a ser piores.

A OMS<sup>26</sup> classifica a violência doméstica como um problema de saúde pública, uma epidemia mundial. Diante disso, verifica-se extensão dos problemas causados e a amplitude dos danos gerados.

Em relação à violência doméstica nota-se que os danos causados às vítimas são permanentes e uma tarefa árdua de reparar. Muitas sequelas são deixadas tanto físicas quanto psicológicas.

As sequelas físicas são as marcas da agressão deixadas no corpo, algumas delas têm caráter permanente, sendo assim, podem formar cicatrizes que não se apagam com o tempo. Mesmo que não exista mais dor física, as marcas deixadas na pele reforçam as lembranças dos fatos que aconteceram e levam a outras sequelas como, por exemplo, as psicológicas.

As sequelas psicológicas são os danos psicológicos e emocionais causados nas vítimas de violência. Elas são evidenciadas pelo medo, a depressão, a angústia, a paralisação da vida,

---

<sup>25</sup>OS efeitos da violência. Disponível em: <[https://www.pucrs.br/revista/os-efeitos-da-violencia/?fbclid=IwAR0icgt6ivspieWwG4sgufp1GKKEUVqL5\\_xgkCz7fz1N-luqFCyp2ujAgD0](https://www.pucrs.br/revista/os-efeitos-da-violencia/?fbclid=IwAR0icgt6ivspieWwG4sgufp1GKKEUVqL5_xgkCz7fz1N-luqFCyp2ujAgD0)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>26</sup>VIOLÊNCIA contra a mulher é problema de saúde pública e a agressão mais comum é do parceiro íntimo, diz OMS. Disponível em: <[https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100573924/violencia-contra-a-mulher-e-problema-de-saude-publica-e-a-agressao-mais-comum-e-do-parceiro-intimo-diz-oms/amp?fbclid=IwAR09qoSORK5MMDfCVvVG9OaBsiCfw4ICVpm\\_2NTUNTltM7RcBluPOw-NcYI](https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100573924/violencia-contra-a-mulher-e-problema-de-saude-publica-e-a-agressao-mais-comum-e-do-parceiro-intimo-diz-oms/amp?fbclid=IwAR09qoSORK5MMDfCVvVG9OaBsiCfw4ICVpm_2NTUNTltM7RcBluPOw-NcYI)>. Acesso em: 10 mar.2022.



entre outros. A maior parte das vítimas não conseguem voltar a viver como antes das agressões. Muitas delas vivem prisioneiras dos acontecimentos e sem esperança de um futuro melhor.

A violência física e psicológica está expressamente prevista no art. 7, I e II, da Lei nº 11.340/06<sup>27</sup>, a Lei Maria da Penha. No mesmo artigo também está descrita a violência sexual, patrimonial e moral.

A Lei Maria da Penha é um avanço na criminalização deste tipo de violência e na proteção dessas vítimas especialmente pelo fato de proteger a vítima mulher. Com a Lei Maria da Penha o Brasil passou a adotar algumas medidas para coibir a violência doméstica, não só punindo esses crimes com mais rigor, como também, buscando fazer um trabalho de mudança de comportamento da sociedade. Atualmente não há mais espaço para aceitar esses fatos com normalidade.

Diante de todos os acontecimentos notaram-se a importância da criação de medidas protetivas. As medidas protetivas são mecanismos trazidos pela Lei Maria da Penha com o intuito de coibir a violência doméstica. As medidas protetivas também podem ter caráter preventivo, ou seja, tem o intuito de prevenir que ocorra uma agressão. Elas são a garantia de que as mulheres possam gozar dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Durante a pandemia de 2019, a dificuldade em proteger as mulheres aumentou muito. De fato, normalmente já existe uma certa dificuldade, pois as agressões ocorrem, na maioria das vezes, longe dos olhos da sociedade. Geralmente, as agressões ocorrem dentro de suas residências e com isso, durante o isolamento social essa barreira tornou-se ainda mais complicada.

Um mecanismo simples, mas muito eficiente foi criado em razão dessa nova realidade virtual que o mundo foi obrigado a se colocar. Um X vermelho<sup>28</sup> na palma da mão passou a ser responsável por salvar muitas mulheres vítimas de agressão. O X vermelho, não foi criado durante a pandemia, mas ele foi amplamente divulgado durante este período como uma medida de proteção.

O X vermelho na palma da mão fez parte de uma campanha mundial que mesmo de forma tão simples e discreta ajudou milhares de vítimas. Ela consistia em diante de uma câmera de um computador ou celular, a vítima mostrava para que quer que seja do outro lado da câmera

---

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>28</sup>SINAL Vermelho para a Violência Doméstica. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/web/violencia-contr-a-mulher/campanhas/sinal-vermelho-para-a-violencia-domestica>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

e o pedido de socorro havia sido realizado. A pessoa que recebia essa informação através do X vermelho era responsável por acionar a polícia.

A campanha do X vermelho tornou-se um mecanismo contra a violência doméstica e fez parte do programa do sinal vermelho, medida que se tornou Lei nº 14.188/21<sup>29</sup>.

Este mecanismo não era exclusivo do âmbito virtual, muito locais como supermercados e farmácias aderiram à campanha instruindo seus funcionários a ser essa ponte da vítima com a polícia.

Medidas como essa são necessárias principalmente nesses tipos de crimes, pois a vítima está à mercê de seu agressor. Um gesto é capaz de salvar uma vítima em estado de vulnerabilidade.

A Lei Maria da Penha prevê outras medidas protetivas extremamente importantes. Uma delas é o afastamento do agressor de sua residência e da vítima ou o local em que conviviam. Essa medida garante que quem deve ser afastar do lar é o agressor e não a vítima. Conforme dito anteriormente, às vítimas na maioria das vezes tinham dificuldades em denunciar os agressores, pois não tinham para onde ir. Muitas vezes essas famílias também têm filhos o que dificultava a denúncia pela insegurança e incertezas ao sair de seus lares. Sendo assim, nada mais justo do que o afastamento do agressor da residência.

Um outro mecanismo é o distanciamento mínimo que o agressor fica proibido de se aproximar da vítima. A ultrapassagem desse limite poderia gerar consequências graves para o agressor. Agressor também pode ficar proibido de entrar em contato com a vítima e seus familiares.

Outra medida trazida pela Lei Maria da Penha é a suspensão ou restrição do porte de armas do agressor. Essa medida tem o objetivo de proteger a vítima que teme pela sua vida pelo fato de o agressor possuir porte de armas.

Como descreve a desembargadora Maria Berenice Dias<sup>30</sup>:

[...] sendo legal a posse e o uso da arma de fogo pelo agressor, denunciando a vítima à autoridade policial a violência e justificando a necessidade de desarmá-lo, por temer pela própria vida, será instalado expediente a ser remetido ao juízo. Deferido o pedido e excluído o direito do ofensor manter a posse da arma, ou sendo limitado o seu uso, deve-se comunicar a quem procedeu ao registro e concedeu a licença: o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e a Polícia Federal. Caso o agressor tenha direito ao uso de arma de fogo, segundo o rol legal, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição que impôs. O superior imediato do agressor fica responsável

<sup>29</sup>BRASIL. *Lei nº 14.188*, de 28 de junho de 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm)> Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>30</sup>DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.



pelo cumprimento da determinação judicial sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou desobediência. A restrição é válida para evitar tragédia maior. Se o marido agride a esposa, de modo a causar lesão corporal, se possuir arma de fogo, é possível que, no futuro progrida para o homicídio [...]

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>31</sup> lançou em seu portal uma página dedicada exclusivamente para os casos de violência doméstica. Esse portal é um mecanismo inovador que visa facilitar o acesso à justiça e acelerar os pedidos das vítimas. Neste portal a vítima responde um questionário para que um pedido de medida protetiva seja concedido.

Muito se discute a eficiência ou ineficiência dessas medidas protetivas que foram abordadas. É certo que nenhuma medida irá erradicar qualquer tipo de crime ou violência, mas há de se reconhecer que sem que elas existissem não seria possível controlar e amenizar essa situação. Tendo em vistas todos os esforços empregados para a criação de medidas, sistemas, sinais entre outros, nota-se a importância dos que já foram criados e a necessidade de que sejam ampliados para a proteção da vida dessas vítimas.

O medo em denunciar se reflete no fato de que as medidas protetivas não são cem por cento seguras. Não há como garantir eficácia plena, pois é impossível fiscalizar todas as medidas em andamento. Desta forma, há um sentimento de ineficiência das leis e de seus mecanismos, porém, não se pode desprezar o que já foi construído até aqui.

## CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, esta pesquisa constatou que a violência doméstica contra a mulher acontece ao longo da história e em todos os lugares. Ela é um problema mundial que tem sido combatido, porém, com grande dificuldade devido às características pertinentes a esse tipo de crime que é geralmente praticado em ambiente familiar. Esta questão evidencia a desigualdade entre homens e mulheres, tendo em vista que, as mulheres sempre foram vistas e são tratadas de modo inferior em relação aos homens. É certo que nos dias de hoje as coisas melhoraram, mas ainda estão bem longe da igualdade.

Durante a pandemia de COVID-19, fato que vai ficar marcado por ter atingido todos os continentes, ficou comprovado que a violência contra a mulher está longe de acabar, ou melhor, de reduzir drasticamente, pois os crimes não deixam de existir dessa maneira. A pandemia evidenciou que muitas mulheres continuaram sofrendo agressões e outras

---

<sup>31</sup>BEM-VINDA ao Maria da Penha Virtual. Disponível em: < <https://www3.tjrj.jus.br/mariapenhavirtual/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

começaram a sofrer neste mesmo período, uma vez que, o número de casos aumentou neste período. Esse aumento se deve ao fato de que as recomendações para conter a propagação do coronavírus SARS-CoV-2 era de isolamento social que deixou essas vítimas ainda mais vulneráveis.

A Lei Maria da Penha representa um grande marco no direito brasileiro, pois ela visa proteger a mulher da violência doméstica. A mulher vítima de violência doméstica, antes da Lei Maria da Penha, era constantemente desacreditada nas delegacias e em razão disso deixava de prestar queixa. Além disso, as consequências da queixa e as penas impostas eram determinantes na desistência do prosseguimento do feito. A lei trouxe muitas mudanças boas, entretanto, a pandemia revelou que os mecanismos criados por ela, não eram suficientes para a proteção das vítimas.

Por fim, esse trabalho reconheceu a evolução no direito brasileiro em relação à violência doméstica contra a mulher com a promulgação da Lei Maria da Penha, todavia, constatou que durante a pandemia, os mecanismos presentes na lei não foram suficientes, tendo em vista o aumento de casos de violência, sendo necessário a criação de outros instrumentos para a proteção das mulheres.

## REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. *O Combate à Violência contra a Mulher (VCM) no Brasil em época de COVID-19*. Disponível em: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/807641597919037665/pdf/Addressing-Violence-against-Women-VAW-under-COVID-19-in-Brazil.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BANDEIRA, Regina. *Violência contra a mulher é problema de saúde pública e a agressão mais comum é do parceiro íntimo, diz OMS*. Disponível em: <[https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100573924/violencia-contra-a-mulher-e-problema-de-saude-publica-e-a-agressao-mais-comum-e-do-parceiro-intimo-diz-oms/amp?fbclid=IwAR09qoSORK5MMDfCVvVG9OaBsiCfw4lCVpm\\_2NTUNTltM7RcBIuPOw-NcYI](https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100573924/violencia-contra-a-mulher-e-problema-de-saude-publica-e-a-agressao-mais-comum-e-do-parceiro-intimo-diz-oms/amp?fbclid=IwAR09qoSORK5MMDfCVvVG9OaBsiCfw4lCVpm_2NTUNTltM7RcBIuPOw-NcYI)>. Acesso em: 10 mar.2022.

BITTAR, Paula. *Violência contra as mulheres nas ruas cai durante a pandemia, mas aumenta dentro de casa*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/797543-violencia-contra-as-mulheres-nas-ruas-cai-durante-a-pandemia-mas-aumenta-dentro-de-casa/#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20estudo,ou%20sexual%20no%20%C3%BAltimo%20ano>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. *Ato Executivo nº 2610/2010*, de 12 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://portal.tj.tjrj.jus.br/documents/10136/6808048/ato-executivo-n-2610-2010-cria-cejuvida-12-agosto.pdf/6701dfc4-d550-e63b-fea3-6453632e5d2f>>. Acesso em: 16 fev. 2022.



\_\_\_\_\_. *Bem-vinda ao Maria da Penha Virtual*. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/mariapenhavirtual/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Iniciativas de combate à violência doméstica são ampliadas na pandemia*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7773387>> Acesso em: 16 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015*. Disponível em: [http://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: 12 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Números de atendimentos demonstram aumento de vítimas de violência doméstica na pandemia*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7500150>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Sinal Vermelho para a Violência Doméstica*. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/violencia-contr-a-mulher/campanhas/sinal-vermelho-para-a-violencia-domestica>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CHIARA, Márcia. *Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia*; denúncias ao 180 sobem 40% <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,violencia-contr-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40,70003320872>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Vanessa. *Os efeitos da violência*. Disponível em: <[https://www.pucrs.br/revista/os-efeitos-da-violencia/?fbclid=IwAR0icgt6ivspieWwG4sgufp1GKKEUVqL5\\_xgkCz7fz1N-luqFCyp2ujAgD0](https://www.pucrs.br/revista/os-efeitos-da-violencia/?fbclid=IwAR0icgt6ivspieWwG4sgufp1GKKEUVqL5_xgkCz7fz1N-luqFCyp2ujAgD0)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ONU. *Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/85450-chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-pandemia-do-coronavirus>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

SIEGFRIED, Kristy. *Violência contra a mulher aumenta durante a pandemia de COVID-19*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/11/25/violencia-contr-a-mulher-aumenta-durante-a-pandemia-de-covid-19/>>. Acesso em: 16 fev. 2022.





## VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA – ATOS CARACTERIZADORES E INEXISTÊNCIA DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO

Aline Cristina da Silva Pinheiro da Costa

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo** – o arcabouço jurídico de proteção dos direitos reprodutivos da mulher tem como data de construção inicial o ano de 1948, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. No Brasil, tal proteção se iniciou através da Constituição Federal de 1988, tendo sido o termo, violência obstétrica, conceituado por leis municipais e estaduais, datadas de 2013. O presente artigo busca entender a necessidade de um tipo penal autônomo para a violência obstétrica no Brasil, como forma de proteção aos direitos reprodutivos da mulher, trazendo desta forma, perspectivas que aumentam o debate acerca do problema. Para tanto, se analisa a legislação e políticas públicas existentes no país, bem como a intrínseca relação entre a ausência de legislação federal específica e as adversidades encontradas nas demandas acerca do tema.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Violência obstétrica. Atos Caracterizadores. Tipificação Penal.

**Sumário** – Introdução. 1. Violência Obstétrica e o antagonismo no reconhecimento dos atos caracterizadores. 2. Aspectos Jurídicos da Violência Obstétrica 3. Da imprescindibilidade de dispositivo penal que tipifique a violência obstétrica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico pretende discutir a falta de consenso sobre os atos que caracterizam a violência obstétrica. Procura-se entender a necessidade de criação de um tipo penal específico acerca do tema tendo em vista que hoje no Brasil, toda a legislação e diretrizes dos órgãos de saúde, aparenta-se pouco eficaz para que se contenha esse tipo de violência.

Para isso, buscou-se fazer o estudo das legislações existentes, demandas judiciais, trabalhos de doutrinadores e posições de grandes instituições que tratam do assunto, expondo os atos que ainda são praticados no âmbito da gestação e do parto e que já são conhecidos como violência obstétrica, porém encontram grande dificuldade de serem reconhecidos como tal.

O tema é importante pois, apesar do crescimento do debate e do reconhecimento da chamada violência obstétrica por parte da sociedade, ainda não existe um consenso sobre quais atos caracterizam tal violência, com isso muitas vítimas sequer sabem que a sofreram e as que sabem, não encontram meios facilmente disponíveis para fazer valer seus direitos como mulher, gestante ou puérpera.

O primeiro capítulo do trabalho traz uma breve definição de violência obstétrica e expõe os atos que hoje são conhecidos como tal, aborda-se também o fato de que a violência obstétrica acontece em todas as classes da população.

Em seguida, já no segundo capítulo, se faz uma análise dos aspectos jurídicos que permeiam a violência obstétrica, busca-se aqui, entender como as demandas têm chegado aos tribunais e a dificuldade das vítimas em produzir provas que demonstram a violência sofrida.

O terceiro capítulo trata da necessidade ou não de criação de um tipo penal específico, frente as funções do Direito Penal, a fim de coibir a chamada violência obstétrica, além de fortalecer o pacto firmado pela sociedade por uma coexistência digna e pacífica.

O trabalho é desenvolvido de forma exploratória, através do método bibliográfico, com a abordagem qualitativa dos dados coletados, uma vez que, a pesquisadora se utiliza da bibliografia existente sobre o tema, bem como de decisões judiciais recentes, artigos científicos publicados e o explicitado sobre o tema nas principais mídias nacionais.

## 1. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E O ANTAGONISMO NO RECONHECIMENTO DOS ATOS CARACTERIZADORES

A violência obstétrica tem sido debatida no Brasil e no mundo a tempo suficiente para que se tenha alcançado um melhor entendimento a cerca de sua definição. No Brasil, grandes instituições como o Ministério Público Federal, Defensorias Públicas nos estados e o Conselho Nacional de Saúde, buscaram definir a violência obstétrica.

Desde a recomendação da Organização Mundial de Saúde, para prevenção e eliminação de abusos, desrespeitos e maus tratos durante o parto, publicada em 2014, o conceito de violência obstétrica foi sendo recebido e ampliado de acordo com as realidades plurais dos acontecimentos.

A Defensoria Pública de São Paulo<sup>1</sup>, em sua cartilha sobre violência obstétrica usou a seguinte definição:

[...] a violência obstétrica é o desrespeito a mulher, seu corpo e seus processos reprodutivos. Isso acontece através de tratamento desumano, transformação de processos naturais do parto em doença ou abuso da medicalização, negando as mulheres a possibilidade de decidir sobre seus corpos [...].

Algumas legislações estaduais, buscaram definir, orientar e dar visibilidade a atos que por muitos são vistos como cotidianos e até mesmo como atos que fazem parte do estar gestante e partear, entretanto, tais legislações parecem insuficientes para o reconhecimento da violência

---

<sup>1</sup> SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Conversando sobre violência obstétrica*. São Paulo, 2018. Disponível em: <[https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/34/documentos/cartilhas/Cartilha\\_VO.pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/34/documentos/cartilhas/Cartilha_VO.pdf)> Acesso em: 8 fev. 2022.

obstétrica, tanto para as gestantes e médicos, quanto para as instituições governamentais que devem garantir que esse tipo de violência não aconteça.

A exemplo, se pode citar o posicionamento do Ministério da Saúde<sup>2</sup> e sua orientação dada em 2019, para que o termo, violência obstétrica, não fosse utilizado, pois de acordo com o maior órgão de saúde no Brasil, o termo é inadequado, “[...] o posicionamento oficial do Ministério da Saúde é que o termo, violência obstétrica, tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no continuum gestação-parto-puerpério [...]”

Por ser a violência obstétrica uma violência que se dá em diferentes planos como o físico, psicológico, sexual e institucional, atrai diferentes visões e definições, alguns atos são descritos em cartilhas institucionais informativas, em legislações estaduais e municipais, como a mais recente Lei n° 6.898, de 18 de maio de 2021 do Município do Rio de Janeiro<sup>3</sup>, que classifica como violência verbal ou física e especifica atos como, tratamento de forma agressiva, realização de procedimentos para acelerar o parto ou impedir que a pessoa gestante tenha um acompanhante.

Um dos atos de violência mais comumente citado como violência obstétrica é a realização de cesariana desnecessária. No Brasil estima-se que 55% dos partos realizados, são através de cesáreas e mesmo assim, este é um dos atos que tem uma enorme dificuldade de ser reconhecido como violência obstétrica.

Tal dificuldade de reconhecimento acontece, pois, a cesariana é sempre apontada como escolha da gestante no seu plano de parto, no entanto o que se percebe é que a violência já ocorreu no início do pré-natal, quando o médico impõe seu plano de parto à gestante, disfarçado de inúmeras dificuldades para que aquela gestante possa realizar seu parto vaginal.

A quantidade de cesáreas realizadas no Brasil é um assunto debatido a mais de duas décadas, desde 1985 existe a preocupação da sociedade médica internacional com procedimentos cirúrgicos realizados no parto de maneira desnecessária<sup>4</sup>.

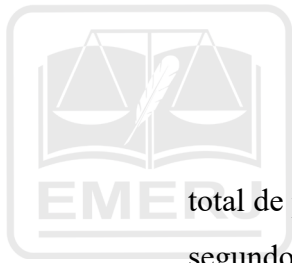
Em 2014 a Organização Mundial de Saúde reforçou sua recomendação para que os índices de partos realizados através de cirurgias, não ultrapassasse 15% (quinze por cento) do

---

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Despacho 9087621*. Brasília, 2019. Disponível em: <[https://sei.saude.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=9087621&codigo\\_crc=1A6F34C4&hash\\_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em: 9 fev. 2022.

<sup>3</sup> RIO DE JANEIRO. *Lei n° 6.898*, de 18 de maio de 2021. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/66ff1c35b8d68ddd032578690069dda8/0715bb152c51a168032586d90062f5d0?OpenDocument>>. Acesso em: 9 set. 2021.

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Declaração sobre taxas de cesáreas*. 10 de abril de 2015. Disponível em <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO\\_RHR\\_15.02\\_por.pdf?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 9 fev. 2022.



total de partos realizados, no entanto o problema persiste até os dias de hoje, sendo o Brasil, o segundo país no mundo que mais realiza partos cirúrgicos<sup>5</sup>.

O Conselho Nacional de Saúde<sup>6</sup> editou a recomendação n° 11 no dia 07 de maio de 2021, onde recomenda que o Ministério da Saúde se posicione acerca da alarmante taxa de cesarianas realizadas no setor suplementar brasileiro.

Outro ato conhecido como violência obstétrica, mas que encontra grande dificuldade de reconhecimento, é o chamado ponto do marido. Algumas mulheres relatam inúmeras dificuldades fisiológicas e sexuais após a realização desse procedimento e afirmam nunca terem se recuperado desse ponto cirúrgico feito logo após o parto e sem o seu consentimento.

Apesar de tal procedimento ser desaconselhado pela Organização Mundial de Saúde, uma vez que não existe qualquer evidência científica de sua necessidade, este, o procedimento, persiste como prática.

Por ser o Brasil, um país onde a violência ocorre com mais frequência nas classes sociais mais baixas, mulheres negras e pobres sofrem ainda mais com a violência obstétrica, é o que revela a reportagem da Carta Capital<sup>7</sup>, com base no Artigo Científico da pesquisadora Maria do Carmo Leal, chamado *A cor da dor*<sup>8</sup>.

No entanto, este tipo de violência não se limita a essa parcela da população, estando pessoas de grande poder aquisitivo e visibilidade midiática, ainda que de forma menor, suscetíveis a este tipo de violência, inclusive em grandes hospitais e sob os cuidados de renomados médicos<sup>9</sup>.

A violência obstétrica encontra na verdade, grande dificuldade de ser reconhecida e provada como tal, por ser múltipla, ampla e por acontecer num ambiente em que qualquer formação de prova que não impressa no corpo físico, esteja totalmente fora do controle de quem a sofra.

Somada a dificuldade da população em identificar a violência obstétrica, com a ausência de uma legislação federal que especifique um tipo penal e defina punição destinada a

---

<sup>5</sup> DINIZ, Juliana Alves Pereira Matiuck. *A Assustadora taxa de cesáreas no Brasil*. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/a-assustadora-taxa-de-cesareas-no-brasil/>> Acesso em: 9 mar. 2022.

<sup>6</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Recomendação n° 024.317*, de 17 de maio de 2019. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2019/Reco024.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

<sup>7</sup> CARTA CAPITAL. *Racismo na saúde: nas maternidades do Brasil, a dor também tem cor*. 3 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/racismo-na-saude-nas-maternidades-do-brasil-a-dor-tambem-tem-cor/>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>8</sup> CSP. *A cor da dor*. 10 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/LybHbcHxdFbYsb6BDSQHb7H/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>9</sup> GLOBO NEWS. *Violência obstétrica*. 14 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/globonews/conexao-globonews/video/shantal-revela-que-percebeu-violencia-obstetrica-apos-assistir-ao-proprio-parto-ficamos-em-choque-10210471.ghtml>>. Acesso em: 15 fev. 2022.



quem pratica tal violência, os casos que são levados ao judiciário como violência obstétrica são muito poucos considerando o número exposto de casos de violência obstétrica, tanto na rede de saúde pública, quanto particular<sup>10</sup>.

## 2. ASPECTOS JURÍDICOS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Hoje no Brasil, os casos de violência obstétrica submetidos ao Judiciário, encontram fundamentação nos direitos e garantias previstos constitucionalmente, bem como nas legislações estaduais e municipais que os disciplinam.

A responsabilidade penal, no entanto, quando da prática de violência obstétrica, se dará através de conduta ilícita, onde se faz necessária a presença de dolo ou culpa do agente, podendo tal violência se enquadrar em diversos tipos penais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a citar como exemplo o crime de lesão corporal previsto no artigo 129, do Código Penal.<sup>11</sup>

O Código de Ética Médica, disciplina as condutas vedadas no exercício da medicina e prevê punição administrativa ao profissional quando da prática de tais condutas, bem como o faz o Código de ética dos profissionais de enfermagem.

Não obstante, haja no ordenamento jurídico brasileiro, legislações esparsas que visam proteger a mulher contra violência na gestação, parto e puerpério, tais legislações, aparentam não ser suficientes para a efetiva proteção.

Tal constatação se dá quando da análise dos números divulgados na última pesquisa realizada pela Nascir no Brasil, com dados coletados entre 2011 e 2012, que revelou que 46% das gestantes atendidas pelo SUS no parto, são vítimas de maus tratos<sup>12</sup>.

A Nascir no Brasil, é a maior pesquisa sobre nascimentos, já feita no Brasil. A pesquisa considerou como violência obstétrica agressões verbais e psicológicas, tratamento desrespeitoso, falta de transparência e falta de respeito quando da realização de exames e

---

<sup>10</sup> RIBEIRO, Aline. *Violência obstétrica atinge cerca de 45% das mulheres na rede pública brasileira*; vítimas perdem bebês e ficam com lesões. 26 de dezembro de 2021. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/violencia-obstetrica-atinge-cerca-de-45-das-mulheres-na-rede-publica-brasileira-vitimas-perdem-bebes-ficam-com-lesoes-25332302>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>11</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848/compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848/compilado.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2022.

<sup>12</sup> NASCER NO BRASIL. *Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento*. Disponível em: [https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/12/sumario\\_executivo\\_nascir\\_no\\_brasil-novos\\_resultados.pdf](https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/12/sumario_executivo_nascir_no_brasil-novos_resultados.pdf). Acesso em: 06 mai. 2022.



ênfatisa que, caso houvesse maior entendimento do que se trata a violência obstétrica, a incidência poderia ter sido ainda maior.

A violência obstétrica no Brasil, quando constatada em via judicial, a reparação da vítima se dá através de ação de natureza indenizatória, contra o profissional de saúde, o hospital ou o convênio médico, baseada nos danos morais e estéticos sofridos.

No entanto, o que se pode observar através dos julgados dos tribunais brasileiros, é que a prova da violência obstétrica, se faz demasiadamente dificultosa. Isso porque, como dito anteriormente, o próprio conceito de violência obstétrica, é um conceito em construção, ainda muito aberto, inclusive nas comunidades científicas.

Estudo da Fiocruz acerca do tema conclui que<sup>13</sup>:

[...] é necessário delimitar os atos de forma que captem as experiências negativas e subjetivas da vítima. Ao mesmo tempo, não pode ser tão amplo a ponto de perder o significado e marginalizar toda e qualquer ação realizada pela equipe de saúde no atendimento à mulher. Além disso, é preciso demarcar quais atos são perpetrados pelos profissionais de saúde durante à assistência a mulher de fato e quais são decorrentes da falta de investimento em estrutura, materiais e equipamento do setor de saúde [...].

Não causa entranhamento que seja tão labiríntica a prova da violência obstétrica, tendo em vista a agrura que se encontra em conceituá-la, delimitando os atos que a configuram. E essa dificuldade aparenta também estar ligada à relação médico-paciente.

A vida se desenvolve em um contexto de hierarquia, a relação médico-paciente no Brasil não se olvidou dessa cultura, existente uma relação de superioridade, quase que paternalista, tornando especialmente dificultoso o apontamento de qualquer tipo de violência a esse profissional.

Como bem preconiza Flavia Siqueira, em trecho de seu livro, *Autonomia, consentimento e direito penal na Medicina*<sup>14</sup>, “[...] A relação médico-paciente é caracterizada, assim, por uma acentuada assimetria. O médico, colocado num pedestal, é visualizado como protetor do paciente, dotado do poder de cura, cujo título, lhe garante a onisciência [...]”

Desta maneira, quando do exame da prova apresentada, revela-se um abismo para que se entenda a necessidade do procedimento médico adotado, como uma cesariana necessária

<sup>13</sup> LEITE, Tatiana Henriques. Desrespeito e abusos, maus tratos e violência obstétrica: um desafio para a epidemiologia e a saúde pública no Brasil. *Ciência e Saúde*. Rio de Janeiro, v 27, n° 2, p.483-491, fev.2022. <<https://www.scielo.br/j/csc/a/vWq9rQQg8B8GhcTb3xZ9Lsj/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 06 mai.2022.

<sup>14</sup> SIQUEIRA, Flavia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.43.

para salvar a vida do bebê, ou uma cesariana realizada com único intuito de acelerar o processo de parto, que é notoriamente mais demorado quando acontece de forma natural.

Conhecidamente uma violência de gênero, a violência obstétrica, bem como toda violência cometida em razão do gênero, numa sociedade patriarcal, tem enfrentado um longo caminho para que seja vista como um problema. Tornou-se simbólica, isso posto que, é naturalizada, carrega em si a cultura e o reflexo da própria sociedade que a reproduz.

Não alheio as circunstâncias atuais, o Conselho Nacional de Justiça, editou em 2021 um protocolo para julgamento com perspectiva de gênero<sup>15</sup>.

Tal protocolo visa colaborar com a implementação de políticas públicas nacionais, voltadas ao enfrentamento à violência contra mulheres, e traz um verdadeiro guia, para que os julgamentos não perpetuem diferenças e constitua um espaço de rompimento com culturas de discriminação e preconceitos.

As Defensoras Públicas no Brasil, são pioneiras em ações no combate a violência obstétrica, todos os anos realizam campanhas de conscientização, publicam cartilhas educativas e prestam atendimentos às vítimas de violência obstétrica no intuito de elucidar dúvidas e promover conhecimento.

Essas ações têm sido de grande valia no sentido de prestar acolhimento as vítimas, e fazer crescer o conhecimento a cerca do tema, no entanto também não tem alcançado o intuito maior de diminuir a incidência dos casos de violência obstétrica.

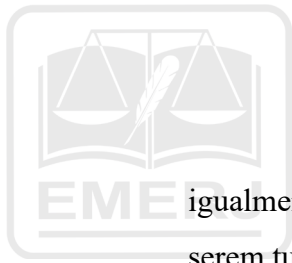
Diante dos dados destacados, depreende-se o questionamento de qual seria o papel do direito a fazer com que se coíba a violência obstétrica. Muito se debate quanto a criminalização dos atos, ser via para uma solução mais imediata, tendo em vista ainda ser longo o caminho percorrido pela via puramente pedagógica.

Entende-se que o Direito Penal é a última *ratio*, devendo se lançar mão quando nenhum outro mecanismo for capaz de solucionar o conflito persistente, não sendo qualquer bem jurídico tutelado por esse Direito, importante se faz entender qual o bem jurídico a ser tutelado na violência obstétrica.

As condutas citadas pela literatura como violência obstétrica, conforme aqui relatadas, apontam para a integridade física e psicológica das gestantes e, estuda-se ainda, o quanto estaria

---

<sup>15</sup> BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>> Acesso em: 8 fev. 2022.



igualmente afetando a integridade física e psicológica do bebê. Sendo esses os bens jurídicos a serem tutelados.

Signatário de tratados internacionais<sup>16</sup>, importante frisar que, o Brasil se comprometeu com a comunidade internacional a prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, sendo assim, dever do Estado, assentar no ordenamento jurídico interno, normas que consolidem esse comprometimento.

### 3. DA IMPRESCINDIBILIDADE DE DISPOSITIVO PENAL QUE TIPIFIQUE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A defesa da criminalização da violência obstétrica, fundamenta-se no Princípio da Proteção de Bem Jurídico. Tal princípio impõe que, a função precípua do Direito Penal, é a proteção de bens jurídicos.

Luís Grecco, quando trata do princípio de proteção de bens jurídicos, utiliza a seguinte definição, “por bem jurídico, devem-se entender dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional [...]”<sup>17</sup>

Não se trata dessa maneira, da interferência Estatal na defesa de qualquer bem jurídico, e sim, na proteção de bens jurídicos fundamentais para que se garanta a ordem social, dentro de um contrato estabelecido na sociedade, onde fora delegado ao Estado, a função de assegurar uma coexistência livre e pacífica da sociedade como um todo.

Dessa maneira, se diz que, o Direito Penal, possui uma função subsidiária, onde sua atuação, deve-se restringir apenas ao que não se pôde alcançar através de proibições administrativas e cíveis.

Nessa linha de entendimento, qual seja, da função subsidiária do Direito Penal e do limite de punição Estatal, emerge o questionamento acerca do que legitimaria proibições penais com cominação de penas ao indivíduo que as pratique.

---

<sup>16</sup> BRASIL. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)> Acesso em: 06 mai. 2022.

<sup>17</sup> GRECCO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do direito penal. *Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. V. 2, n. 3, p.249-276, dez. 2007. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2007;1000836924>>. Acesso em: 04 mai. 2022.



Para Claus Roxin<sup>18</sup>, “[...] os limites da faculdade estatal de punir, só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal [...]”.

Nesse caso, caberia ao Direito Penal, ser instrumento de prevenção geral positiva, onde o Estado estabelece diretrizes para a sociedade, mostrando a real importância de alguns bens jurídicos através de proibições penais e esclarecendo quais consequências advirão da prática de atos que vão de encontro a tais proibições, através de cominação de penas.

A exemplo do mencionado, cite-se, a Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha, criada a fim de reduzir a violência doméstica, apontando a gravidade de condutas realizadas nesse âmbito e impondo penas maiores para essas condutas.

De acordo com o IPEA, o índice de violência doméstica no ano seguinte a promulgação da lei, baixou de 5.28% por grupo de 100 mil mulheres, para 4,47% por grupo de 100 mil mulheres e após 15 anos de vigência da lei, mais de 555 mil processos de violência doméstica foram ingressados nos Tribunais Estaduais.<sup>19</sup>

Muito embora, a pesquisa aponte que houve problemas na manutenção dos índices nos anos seguintes, frise-se, por falta de políticas públicas, tal argumento não retira a força de prevenção exercida pela norma ao ser consolidada em nosso ordenamento, os números de processos ingressados no Judiciário, demonstra a confiança das vítimas no Estado.

Na Argentina desde 2009, está promulgada a Lei Nacional nº 25.959, tal lei se propõe a garantir os direitos das gestantes e nascituros. Prevê em seu escopo, a humanização do parto e sanção civil e penal quando do seu descumprimento.

Muito embora, a lei não preveja penalizações para os profissionais de saúde que praticam a chamada violência obstétrica, proporcionou ao povo Argentino, o chamado pacto de fidelização entre a sociedade e o Estado, fazendo com que as vítimas de violência obstétrica tivessem confiança para denunciar e buscarem por reparação junto ao poder judiciário.<sup>20</sup>

A Venezuela utilizando-se de um momento simbólico como o Dia Internacional pela Eliminação da Violência contra a Mulher, promulgou lei que abarca a violência obstétrica e a

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. São Paulo: Renovar, 2012, p.32.

<sup>19</sup> IPEA. *Livro lançado pelo IPEA analisa a aplicação da Lei Maria da Penha*: Mais de 555 mil processos de violência doméstica e familiar contra as mulheres foram ingressados nos tribunais estaduais em 2020. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=38752#:~:text=No%20dia%20de%20agosto,226%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38752#:~:text=No%20dia%20de%20agosto,226%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.)>. Acesso em: 22. fev. 2022.

<sup>20</sup> BRASIL DE FATO. *Argentina emite primeira denúncia por caso de violência obstétrica à ONU*. 8 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/12/08/argentina-emite-primeira-denuncia-por-caso-de-violencia-obstetrica-a-onu#:~:text=Institui%C3%A7%C3%B5es%20de%20direitos%20humanos%20na,emitido%20pelo%20pa%C3%ADs%20%C3%A0%20ONU.>>. Acesso em: 15 fev. 2022.



define como violência de gênero, além do Plano Nacional de Parto, onde se orienta que a gestante seja atendida de maneira respeitosa.

Tais dados, demonstram que, a comunidade internacional, caminha no sentido de cada vez dar mais amplitude à defesa de direitos humanos, à dignidade do indivíduo e a salutar plenitude de vida, entendendo que todo plano de evolução, traz como objeto o ser humano em si.

Conforme relatado anteriormente, no Brasil existem legislações estaduais e municipais que tratam da violência obstétrica, demonstrando dessa maneira a vontade em esclarecer e conscientizar a sociedade quanto a importância de se coibir esse tipo de violência.

Historicamente, a mulher enfrenta a desigualdade nos mais variados planos de sua vida, necessitando muitas vezes de uma maior proteção estatal tendo em vista a hipossuficiência que lhe fora imposta ao longo de sua existência. Sendo desta feita, um esforço diário e contínuo para que tenha respeitados seus direitos.

Cabe assim, ao Estado, através do Poder Punitivo que detém, intervir para que faça cessar práticas lesivas nos momentos de gestação, parto e puerpério assegurando direitos constitucionalmente garantidos, uma vez que persiste a resistência em cumprir o estabelecido por determinações civis e administrativas.

Sendo necessária a intervenção do Estado, utilizando-se do Direito Penal para criar normas proibitivas, com cominação de penas aos agentes que a cometa, levando-se em consideração o bem jurídico que se pretende tutelar no caso em questão.

A criação de um tipo penal específico para a violência obstétrica, diante da realidade relatada, presumivelmente, coadjuvaria a coibir a prática dessa violência, bem como, reafirmaria as vítimas, a confiança Estatal, fazendo com que buscassem reparação juntamente ao judiciário.

Contudo inegável a necessidade de que sejam criadas políticas públicas, juntamente com o dispositivo penal, para a erradicação desse tipo de violência. O tipo penal sozinho, traria tão somente o chamado direito penal simbólico, que não gera efeitos protetivos concretos.

## CONCLUSÃO

O trabalho apresentado objetivou abrir portas para um debate mais amplo acerca do tema violência obstétrica, buscou trazer como perspectiva para uma possível contenção desse tipo de violência e de assegurar que sejam respeitados os direitos de gestantes e parturientes, a criação de um tipo penal específico.



Tal discussão se fundou na premissa de que, muito embora a violência obstétrica esteja prevista e conceituada desde 2013 em legislações estaduais e municipais, somente conceito e informação, não tem demonstrado eficiência suficiente para combater este tipo de violência, isto porque, conforme verificado, a violência obstétrica no Brasil cresceu ao longo dos últimos anos.

Ao analisar os atos que caracterizam a violência obstétrica, deparou-se com a grande dificuldade no reconhecimento desses atos, isto porque, eles, os atos, são entendidos como práticas pertencentes a gestação, parto e pós-parto, tornando assim, obscura a percepção da violência quando praticada e sofrida.

Fato igualmente observado foi de que, muito embora em alguns casos quem é vítima de violência obstétrica entenda que sofreu a violência, sequer sabe como buscar por ajuda, ou fazer valer um direito que lhe é assegurado.

Além disso, o artigo buscou demonstrar a relação existente entre a ausência de uma tipificação penal que dê visibilidade a violência obstétrica, com a forma com que os casos chegam ao judiciário, muitas vezes mal instruídos e mal fundamentados, trazendo tão somente a narrativa do fato e a sensação da lesão em si.

A percepção captada é de que, tal ausência de tipo penal, dificulta uma uniformização acerca das condutas condenáveis, bem como, dos tipos de provas que contribuem para o deslinde da demanda judicial e da interpretação dada ao tema, causando dessa maneira, grande insegurança jurídica.

Contudo, salientou-se que, muito embora não haja uma legislação federal que tipifique esse tipo de violência, a violência obstétrica pode sim constituir crimes autônomos, caso estes, preencham os elementos que os constituem dentro dos tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, o entendimento foi de que, muitas vezes, este conhecimento está restrito aos operadores do direito.

No terceiro e último capítulo, buscou-se entender a necessidade de criação de uma lei que tipifique a violência obstétrica, especifique de forma clara, quais condutas tipificariam a violência e preveja além de sanção para quem a pratique, mecanismos que coíbam a prática desta violência e contribuam para que a vítima de maneira mais simples, consiga demonstrar a violência sofrida, tendo em vista sua hipossuficiência neste cenário.

Desta maneira, dentre as funções do Direito Penal, verificou-se a função de prevenção positiva, ao paralelizar a necessidade hoje de tipificação do crime de violência obstétrica, com a mesma necessidade de que à época, levou a criação da Lei nº 11.340/2006.



No Brasil, ainda se faz necessária uma atuação maior do Estado na imposição de regras, limites e sanções, tornando perceptível por toda a sociedade a finalidade da lei em proteger o bem jurídico a ser tutelado.

Muito embora todas as políticas públicas até hoje estabelecidas para coibir esse tipo de violência, sejam de enorme valia e tenham aumentado significativamente o número de denúncias realizadas, não foi possível constatar a queda almejada do número de mulheres que sofrem violência obstétrica.

Conclui-se desta forma que, o tema é de grande relevância, devendo ser debatido de forma ampla e multidisciplinar, incluindo em si, o debate sobre a tipificação penal autônoma do crime de violência obstétrica, como forma de coibir a prática deste tipo de violência.

Toda violência contra a mulher, em qualquer âmbito, deve ser rechaçada e combatida. A gestação e o parto são momentos não só de graciosidade e alegrias, mas também de vulnerabilidade e cuidados, sendo certo que, a situação ideal seria que, a ética regesse os comportamentos de toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Saúde. *Recomendação 024*. 317 reunião, Brasília, 17 de maio de 2019. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2019/Reco024.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Despacho nº 9087621*. Disponível em: <[https://sei.saude.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=9087621&codigo\\_crc=1A6F34C4&hash\\_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL DE FATO. *Argentina emite primeira denúncia por caso de violência obstétrica à ONU*. 8 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/12/08/argentina-emite-primeira-denuncia-por-caso>>





ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. São Paulo: Renovar, 2012.

RIBEIRO, Aline. *Violência obstétrica atinge cerca de 45% das mulheres na rede pública brasileira*; vítimas perdem bebês e ficam com lesões. 26 de dezembro de 2021. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/violencia-obstetrica-atinge-cerca-de-45-das-mulheres-na-rede-publica-brasileira-vitimas-perdem-bebes-ficam-com-lesoes-25332302>>. Acesso em: 15 fev. 2022

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 6.898*, de 18 de maio de 2021. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/66ff1c35b8d68ddd032578690069dda8/0715bb152c51a168032586d90062f5d0?OpenDocument>>. Acesso em: 9 set. 2021.

SIQUEIRA, Flavia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.



## IMPACTOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DA NÃO EXISTÊNCIA DE UM PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 250/2020 QUE AUMENTA O ITCMD NO ESTADO DE SÃO PAULO

Ana Beatriz Ferreira da Silva

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Ibmecc. Advogada.

**Resumo** – a morte é o momento delicado pelo qual todos irão passar. O ideal é que essa situação seja vivida da forma mais simples e tranquila possível. Este trabalho visa apresentar as consequências advindas da não existência de um planejamento sucessório. É necessário compreender, por meio do exemplo que ocorre no Estado de São Paulo, que é o projeto de lei que majora o ITCMD, a relevância de se ter um plano para o patrimônio que será sucedido. Analisa-se como, no momento atual, incidem alguns impostos sobre a herança quando não há um planejamento sucessório. Ademais, examina-se alguns dos instrumentos para se obter o melhor daquele, fazendo com que recaia menor ônus tributário sobre os bens herdados.

**Palavras-chave** – Direito Tributário. Direito Sucessório. Planejamento Sucessório. Tributos.

**Sumário** – Introdução. 1. Como atualmente ocorre a cobrança dos tributos na abertura do inventário após a morte do *de cuius*. 2. O possível aumento do ITCMD no Estado de São Paulo por meio do Projeto de Lei nº. 250/2020 e suas consequências. 3. O Planejamento Sucessório como forma de reduzir a cobrança de tributos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem por objetivo demonstrar algumas consequências negativas no que diz respeito à exagerada carga tributária brasileira aplicada à herança quando não há um Planejamento Sucessório. É preciso trazer à luz dos brasileiros como é a taxação dos tributos antes, ou seja, quando há uma organização sucessória, e depois, quando é aberto o inventário após a morte sem o referido planejamento.

Aborda-se também sobre o possível aumento do ITCMD no Estado de São Paulo e suas consequências, demonstrando o motivo pelo qual dar prioridade para um plano sucessório pode implicar em reduzir o pagamento de tributos.

Sabe-se que desde o momento em que o homem deixou de ser nômade e passou a construir o seu próprio patrimônio, tais bens são adquiridos e, naturalmente, passados de geração em geração, isso é chamado de herança.

Com efeito, ao transmitir a herança para os herdeiros, sem que haja um planejamento sucessório, estes precisam pagar uma alta carga tributária para conseguirem receber os bens deixados pelo *de cuius*.

Atenta-se que a má gestão patrimonial e sucessória leva a muitos conflitos familiares. As famílias acabam por sofrer com a morte do ente querido e ainda ter de lidar com os valores



a serem pagos pelos tributos a título de transmissão de herança. A cobrança tributária é feita em cada Estado-Membro, por Imposto de Transmissão *Causa Mortis* ou Doação (ITCMD), que não pode exceder a alíquota máxima de oito por cento (8%), e também tem os custos com o Imposto de Renda (IR), tornando a alienação dos bens ainda mais onerosa e complexa.

Dessa forma, as consequências do não Planejamento Sucessório podem ser terríveis para os herdeiros, pois estes terão de lidar com o luto e com a alta carga tributária a ser paga, o que pode ser evitado com uma simples organização econômica e sucessória.

No primeiro capítulo, aborda-se como se dá a cobrança dos tributos na abertura do inventário do *de cuius* após sua morte quando este não fez uma organização de seu patrimônio. Como é recolhido cada tributo no momento da transmissão dos bens da herança. Analisa-se a seguinte hipótese: as pessoas no Brasil pagam muito mais tributos quando fazem um Planejamento Sucessório do que quando deixam para paga-los após a morte do autor da herança?

Já no segundo capítulo, estuda-se quais são as consequências do possível aumento do Importo de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) no Estado de São Paulo. O Projeto de Lei nº 250/2020 que altera o referido tributo pode ensejar subjetividade e disputas no contencioso? Analisa-se o Projeto de Lei que pode ensejar o aumento do tributo no referido Estado e os possíveis efeitos que essa nova alteração pode causar.

Por fim, no terceiro e último capítulo, examina-se a eficácia do Planejamento Sucessório feito pelo autor da herança. Realmente é possível reduzir a cobrança de tributos? Os herdeiros pagarão menos tributos se houver um plano sucessório e econômico deixado pelo *de cuius*? Ademais, apresenta-se como pode ser feito e quais são as melhores formas de organizar a transmissão de bens para os herdeiros, de forma que paguem poucos tributos ou paguem muito menos se comparada a situação em que não houvesse uma organização tributária.

A pesquisa é desenvolvida pelo método descritivo-explicativo, pois a pesquisadora demonstra como ocorre o instituto da arrecadação tributária no direito sucessório com diversos questionamentos e soluções para o caso.

Além disso, é usado o método científico hipotético-dedutivo, em que apresentam-se hipóteses dispostas pelo Projeto de Lei que aumenta o ITCMD no Estado de São Paulo e são demonstradas as falhas trazidas pelas hipóteses.

E, finalmente, é necessário usar o método explicativo, fazendo uso da pesquisa bibliográfica, na medida em que é preciso demonstrar aquilo que os doutrinadores já apresentaram até hoje no que diz respeito ao tema.





## 1. COMO ATUALMENTE OCORRE A COBRANÇA DOS TRIBUTOS NA ABERTURA DO INVENTÁRIO APÓS A MORTE DO *DE CUJUS*

O enfoque deste capítulo é tratar a incidência dos tributos no processo de inventário após morte quando a pessoa falecida não organizou o seu patrimônio para quem fosse lhe suceder.

Em primeiro lugar, é preciso pontuar que há dois processos sucessórios: a sucessão patrimonial legítima e a sucessão patrimonial testamentária, sobre aquela, Pires<sup>1</sup> observa que:

uma das principais escolhas legislativas, se não a mais importante, ao regular a matéria, resume-se em definir: (i) qual liberdade entregar ao futuro autor da herança e (ii) qual direito garantir aos seus familiares próximos. Traduzindo o dilema para a linguagem do direito das sucessões, o legislador precisa optar entre a plena liberdade de testar e a imposição legal de uma sucessão necessária. No meio do caminho, subsistem opções mais ou menos radicais de ambos os lados, inclusive a utilizada pelo direito brasileiro, qual seja, reservar uma quota da herança para alguns familiares. Suma síntese, este é o papel do ordenamento jurídico pátrio, que consiste na metade dos bens da herança que pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, mais especificamente, o descendente, o ascendente, o cônjuge e o companheiro (arts. 1.845 e 1.846, do Código Civil).

Partindo desse ponto, vale dizer que o tributo mais importante nessa operação sucessória é o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* ou Doação (ITCMD), que é um imposto de competência dos Estados, portanto, estes são responsáveis por instituir e cobrar o referido imposto; há, porém, incidência de outros impostos, que serão vistos adiante.

Destaca-se a cobrança feita por alguns Estados brasileiros, quais sejam: no Rio de Janeiro, a Legislação do ITCMD está disposta na Lei nº 7.174/15, em que são estabelecidas as alíquotas de 4% (quatro por cento) a 8% (oito por cento), ou seja, segue-se a tabela progressiva a incidir sobre os bens transmitidos. Assim, segundo o art. 26 da Lei nº 7.174/15<sup>2</sup>, calcula-se o ITCMD aplicando-se o valor fixado para a base de cálculo, considerando a totalidade dos bens e direitos transmitidos, a alíquota de 4% para valores de até 70.000 UFIR-RJ; (...) 7% para valores acima de 300.000 UFIR-RJ e até 400.000 UFIR-RJ; e 8% para valores acima de 400.000 UFIR-RJ.

No que tange à cobrança do referido imposto no Estado de São Paulo, a Lei nº 10.705/2000, por outro lado, não aplica a tabela progressiva no ITCMD, mas incide a alíquota

<sup>1</sup> PIRES, Caio Ribeiro. A legítima e o planejamento sucessório: entre o antes e o depois, o inadiável agora. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 41.

<sup>2</sup> RIO DE JANEIRO. *Lei ordinária nº 7.174/2015*. Disponível em: <alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF>. Acesso em: 3 out. 2021.



fixa de 4%, sem observar a base de cálculo do bem. Tem-se, então, o art. 16 da Lei nº 10.705/2000<sup>3</sup>, segundo o qual dispõe que o imposto é calculado aplicando-se a alíquota de 4% (quatro por cento) sobre o valor fixado para a base de cálculo. Sendo referido imposto resultante da soma total da quantia apurada na respectiva operação de aplicação dos percentuais sobre cada uma das parcelas em que vier a ser decomposta a base de cálculo, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

Já no Estado de Minas Gerais, em outro aspecto, a Lei Estadual nº 14.941/03 disciplina que a alíquota é fixa de 5% (cinco por cento), recaindo sobre o valor de mercado dos bens ou direitos transmitidos a título gratuito. Nesse sentido, o art. 10 da Lei Estadual nº 14.941/03<sup>4</sup> dispõe que o ITCMD será calculado aplicando-se a alíquota de 5% (cinco por cento) sobre o valor total fixado para a base de cálculo dos bens e direitos recebidos em doação ou em face de transmissão *causa mortis*.

Assim, é possível observar que apenas alguns Estados brasileiros instituíram a alíquota máxima de 8% (oito por cento) permitida para o ITCMD, nos termos da Resolução nº 9, de 1992.<sup>5</sup> Com relação à base de cálculo do ITCMD Araujo<sup>6</sup> salienta que:

esta é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional na data da abertura da sucessão, o qual deve ser atualizado monetariamente a partir do dia seguinte, seguindo a variação da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo - UFESP até a data do pagamento do imposto.

Ademais, há alguns casos em que incidirá o Imposto de Renda (IR) sobre o ganho de capital que os herdeiros vierem a suceder.

Sabe-se que referido imposto é de competência legislativa e arrecadatória da União Federal. Conforme preceitua Ricardo Alexandre<sup>7</sup>, “ trata-se de tributo com finalidade marcantemente fiscal” (...) “Nos termos constitucionais, o “imposto de renda” não incide apenas sobre a renda, mas também sobre os proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, III).”.

Com efeito, nas palavras de Araujo<sup>8</sup>, “a transferência de bens e direitos a herdeiros e

<sup>3</sup>SÃO PAULO. *Lei ordinária nº. 10.705/2000*. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>>. Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>4</sup>MINAS GERAIS. *Lei Estadual nº 14.941/03*. Disponível em: <[www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao\\_tributaria/leis/114941\\_2003.html](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/114941_2003.html)> Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>5</sup>BRASIL. *Resolução nº 9, de 1992*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/1992/resolucao-9-5-maio-1992-451294-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>6</sup>ARAUJO, Dayane de Almeida. *Planejamento tributário aplicado aos instrumentos sucessórios*. São Paulo: Almeida, 2018, p. 79.

<sup>7</sup>ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 552.

<sup>8</sup>ARAUJO, op. cit., p. 81.



legatários na sucessão causa mortis poderá ser sujeita a incidência do ganho de capital.”.

Observa-se que o artigo 43, inciso II, do Código Tributário Nacional<sup>9</sup> disciplina que o imposto que trata sobre a renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

Acrescenta ainda o §1º do mesmo artigo que para incidir referido imposto não é preciso identificar a receita ou rendimento, localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de ganho. Contudo, é preciso ter em mente que nem sempre os herdeiros precisarão pagar o Imposto de Renda, uma vez que há algumas isenções legais sobre isso. (Lei nº 7.713/88).<sup>10</sup> Nessa linha, aponta Araujo<sup>11</sup> que:

recomenda-se que os herdeiros e legatários analisem todas as situações previstas em lei, como eventuais benefícios e isenções fiscais concedidos. Existem situações, por exemplo, em que é mais vantajoso para os herdeiros e legatários declarar o bem recebido pelo valor de mercado e antecipar o pagamento do imposto de renda no processo de inventário.

Portanto, segundo França<sup>12</sup>, “caso haja ganho de capital, ou seja, aumento de renda durante o processo de transferência de bens fica o espólio responsável por cumprir as obrigações fiscais, dentre elas, o pagamento do IR.”.

Outrossim, existem algumas hipóteses em que haverá incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Nesse contexto, pontua Ricardo Alexandre<sup>13</sup>:

nos termos do art. 156, inciso II, da CF/1988, compete aos Municípios instituir imposto sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis (...) e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

Nota-se, então, que a alíquota aplicável do ITBI no Município do Rio de Janeiro recebeu um aumento a partir da Lei nº 6.250/17<sup>14</sup>, que alterou a Lei nº 1.365/88, passando de

<sup>9</sup>BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)> Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>10</sup>BRASIL. *Lei Federal nº 7.713/1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm)> Acesso: 3 out. 2021.

<sup>11</sup>ARAUJO, op. cit., p. 83.

<sup>12</sup>FRANÇA, Talissa. *Incidência imposto de renda sobre herança?*. Disponível em: <<https://www.nataliapimentel.com/incide-imposto-de-renda-sobre-heranca>> Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>13</sup>ALEXANDRE, op. cit., p. 638.

<sup>14</sup>RIO DE JANEIRO. *Lei ordinária nº 6.250/2017*. Disponível em: <[mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/controllei.nsf/7cb7d306c2b748cb0325796000610ad8/3518886cb3f67455832581aa005432fb?OpenDocument](mailto:camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/controllei.nsf/7cb7d306c2b748cb0325796000610ad8/3518886cb3f67455832581aa005432fb?OpenDocument)>. Acesso em: 3 out. 2021.



2% (dois por cento) para 3% (três por cento) do valor de mercado ou do valor declarado, observando-se a base de cálculo que é o valor venal<sup>15</sup>. A mesma alíquota é cobrada pelo Município de São Paulo, conforme a Lei nº 16.098 de 29 de dezembro de 2014.<sup>16</sup>

Vale dizer ainda que esse assunto é bastante controvertido entre os juristas, pois alguns, como por exemplo Manoel Ferreira Jardim Filho<sup>17</sup>, entendem que é ilegal a exigência do mencionado imposto sobre a operação, haja vista que não há lei complementar federal que estabeleça as regras gerais para o imposto municipal que defina os respectivos fatos geradores, conforme previsto no art. 146 da CRFB<sup>18</sup>.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal já tem entendimento consolidado na Súmula nº 116<sup>19</sup>, consagrando que, na hipótese de desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados. Sendo assim, segundo Filho<sup>20</sup>, o ITBI deverá ser pago pelos herdeiros na hipótese em que houver, na sucessão, atribuição de imóveis ao herdeiro, ultrapassando em valor aquele que seria o valor total do quinhão, determinado na partilha.

Além da sucessão patrimonial legítima, tem-se o testamento que, segundo Tepedino<sup>21</sup>, “é o ato de disposição de última vontade (CC, art. 1.786), disciplinado conforme a manifestação de vontade do testador expressa a partir das disposições testamentárias.”. Porém, o que ocorre nesse instituto com relação à tributação, conforme critica Araujo<sup>22</sup>, “é o mesmo que ocorre no processo de inventário, ou seja, em nada auxilia na redução ou eliminação da carga tributária incidente na sucessão patrimonial.”.

Assim, diante da alta carga tributária que pode incidir sobre os herdeiros, faz-se necessário um planejamento sucessório.

<sup>15</sup> RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Fazenda e Planejamento - SMFP. *Cálculo do ITBI, informações gerais*. Disponível em: <<https://www.rio.rj.gov.br/web/smf/exibeconteudo?id=142354>>. Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>16</sup>SÃO PAULO. *Lei Municipal nº 16.098* de 29 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/arquivos/secretarias/financas/legislacao/Lei-16098-2014.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>17</sup>JARDIM FILHO, Manoel Ferreira. *Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI): incidência sobre meação ou quinhão*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22363/imposto-sobre-transmissao-de-bens-imoveis-itbi-incidencia-sobre-meacao-ou-quinhao>>. Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>18</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 8 set. 2021.

<sup>19</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 116*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula116/false>>. Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>20</sup>JARDIM FILHO, op. cit.

<sup>21</sup>TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 189.

<sup>22</sup>ARAÚJO, op. cit., p. 94.



## 2. O POSSÍVEL AUMENTO DO ITCMD NO ESTADO DE SÃO PAULO POR MEIO DO PROJETO DE LEI Nº 250/2020 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Fala-se, há muito tempo, sobre o aumento da alíquota do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* ou Doação (ITCMD) no Estado de São Paulo, tendo em vista que a lei que disciplina sobre a arrecadação do referido tributo é do começo dos anos 2000, ou seja, de mais de 20 anos, o que, para muitos, precisa ser atualizada.

A justificativa para o Projeto de lei, de autoria dos Deputados Federais Paulo Fiorilo e José Américo, ambos filiados ao Partido dos Trabalhadores, é em razão da alta concentração de renda que acontece no Brasil. Dessa forma, a maneira mais fácil de equilibrar essa situação entre ricos e pobres é “adotando normas tributárias mais progressivas e justas”.<sup>23</sup>

Ainda acrescentam que a causa do referido projeto é em razão dos elevados gastos públicos com a pandemia do novo coronavírus (Covid-19), visando, assim, uma maior arrecadação tributária do Estado.

Das principais alterações, estão: o aumento da alíquota de 4% para até 8% na tabela progressiva; alteração na avaliação do valor do imóvel; alteração da base de cálculo para doação de quotas de capital social; e nova taxação dos planos de previdência privada, PGBL e VGBL.<sup>24</sup>

O artigo 16 do projeto de lei<sup>25</sup> dispõe que o imposto será calculado, de forma progressiva, segundo a base de cálculo, aplicando-se o percentual de:

- I - 0% (zero por cento) sobre a parcela da base de cálculo que for igual ou inferior a 10.000 UFESPs na hipótese de transmissão “*causa mortis*” ou igual ou inferior a 2.500 UFESPs na hipótese de transmissão por doação (NR)
- II - 4% (quatro por cento) sobre a parcela da base de cálculo que exceder 10.000 UFESP se for igual ou inferior a 30.000 UFESPs na hipótese de transmissão “*causa mortis*” ou superior a 2.500 UFESP se igual ou inferior a 15.000 UFESPs na hipótese de transmissão por doação (NR)
- III - 5% (cinco por cento) sobre a parcela da base de cálculo que exceder 30.000 UFESPs e for igual ou inferior a 50.000 UFESPs; na hipótese de transmissão “*causa mortis*” ou superior a 15.000 UFESP se igual ou inferior a 50.000 UFESPs na hipótese de transmissão por doação (NR)
- IV - 6% (seis por cento) sobre a parcela da base de cálculo que exceder 50.000 UFESPs e for igual ou inferior a 70.000 UFESPs seja na transmissão **causa mortis**

<sup>23</sup> SÃO PAULO. Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. *Projeto de Lei nº 250*, de 2020. Altera a Lei nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000, que dispõe sobre o Imposto sobre a Transmissão “*Causa Mortis*” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD visando à mitigação dos efeitos da pandemia do novo coronavírus - COVID 19 no âmbito do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000322805>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

<sup>24</sup> AZEVEDO NETO ADVOGADOS. *O possível aumento do ITCMD: quais as implicações*. Disponível em: <<https://azevedoneto.adv.br/o-possivel-aumento-do-itcmd-quais-as-implicacoes-de-tal-aumento/>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

<sup>25</sup> SÃO PAULO, op, cit., nota 23.



ou doação (NR)

V - 7% (sete por cento) sobre a parcela da base de cálculo que exceder 70.000 UFESPs e for igual ou inferior a 90.000 UFESPs seja na transmissão *causa mortis* ou doação (NR)

VI - 8% (oito por cento) sobre a parcela da base de cálculo que exceder 90.000 UFESPs seja na transmissão *causa mortis* ou doação (NR).

Há também a nova alteração na avaliação do valor do imóvel. Na lei atual (Lei nº 10.705/00), dispõe o art. 13 que a base de cálculo do ITCMD nas doações é o valor venal do IPTU, se o imóvel for urbano. Caso o seja rural, será considerado o valor venal do ITR (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural). Com a nova redação, seria<sup>26</sup>:

Artigo 13 - No caso de imóvel, urbano ou rural, o valor da base de cálculo é o valor de mercado (NR)

§ 1º - O valor de mercado será divulgado pela Secretaria da Fazenda, que, para essa finalidade, poderá celebrar convênios, termos de cooperação, parcerias, contratar serviços especializados ou adotar outros procedimentos previstos na legislação para a apuração do referido valor.

A lei atual isenta a transmissão *causa mortis*, na hipótese de imóvel residencial, urbano ou rural, cujo valor não ultrapasse R\$ 138.050,00 e que os herdeiros sejam “familiares” do *de cuius* e não possuam outro imóvel.<sup>27</sup>

Outra mudança é com relação à doação de quotas de capital social, no caso de empresas que não são negociadas em bolsa, em que a base de cálculo para atribuir o ITCMD, atualmente, é o valor patrimonial da parte doada. Já o projeto de lei<sup>28</sup> prevê:

§ 3º do artigo 14 - Nos casos em que a ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital social não for objeto de negociação ou não tiver sido negociado nos últimos 180 (cento e oitenta) dias, a base de cálculo será o valor do patrimônio líquido, apurado nos termos do artigo 1.179 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), ajustado pela reavaliação dos ativos e passivos, incluindo-se a atualização dos ativos ao valor de mercado na data do fato gerador, observando-se o disposto na legislação, em especial o previsto no Capítulo IV desta lei (NR).

Essa parte final do dispositivo traz uma certa subjetividade, tendo em vista que será preciso ajustar o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica à uma nova avaliação dos ativos e passivos. Referida avaliação se submete às incertezas do mercado, fazendo com que haja disputas no contencioso.<sup>29</sup>

<sup>26</sup>SÃO PAULO. *Lei ordinária nº. 10.705/2000*. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>>. Acesso em: 3 out. 2021.

<sup>27</sup> BUCAR, Daniel. Planejamento Sucessório e a isenção do ITCMD. In: TEIXEIRA, op. cit., p. 109.

<sup>28</sup> SÃO PAULO, op. cit., nota 23.

<sup>29</sup> LOPES, Felipe. *Alterações no ITCMD podem gerar aumento da subjetividade e do contencioso em São Paulo; entenda o que muda para sua empresa*. Disponível em: <<https://www.fecomercio.com.br>>.



Por fim, uma das alterações relevantes é no que tange à nova taxação dos planos de previdência privada, quais sejam, o PGBL e o VGBL. A lei atual não dispõe sobre essa taxação. Todavia, o Projeto<sup>30</sup> elenca da seguinte forma:

III - acrescente-se o inciso IX ao artigo 8º, com a seguinte redação:  
“IX - as entidades de previdência complementar, públicas ou privadas, e as sociedades seguradoras, na hipótese de transmissão de valores e direitos relativos a planos de previdência complementar, tais como Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) ou Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL).”

Acrescenta-se que essa nova forma de cobrança do imposto é a mais controvertida, tendo em vista que já há entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que entende que o ITCMD não incide sobre os valores de VGBL.

Na última decisão que a Corte Superior proferiu sobre o tema, a Ministra Assusete Magalhães, relatora, julgado em 17/11/2021, pontuou que a própria Susep (Superintendência de Seguros Privados), autarquia federal, que controla e fiscaliza a previdência privada aberta, mercados de seguro etc considera o VGBL um seguro de vida individual, cuja finalidade é pagar uma indenização sob forma de renda ou pagamento único. E, como bem apontou a Ministra, o art. 794 do Código Civil<sup>31</sup> dispõe que o seguro de vida não pode ser considerado como herança para todos os efeitos de direito.<sup>32</sup>

Assim, por decisão unânime, o STJ reconhece que os valores recebidos pelo(s) herdeiro(s) a título de plano VGBL são isentos de qualquer incidência do ITCMD.

### 3. O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO COMO FORMA DE REDUZIR A COBRANÇA DE TRIBUTOS

O brasileiro, em regra, não gosta de falar de morte. Quando é preciso tocar no assunto, ouve-se “pare de me agourar” ou “não vamos falar sobre isso porque atrai” e outras frases do tipo. Nesse contexto, muitos deixam de fazer um planejamento

---

com.br/conselhos/codecon/noticias/alteracoes-no-itcmd-podem-gerar-aumento-da-subjetividade-e-do-contencioso-em-sao-paulo-entenda-o-que-muda-para-sua-empresa>. Acesso em: 6 fev. 2022.

<sup>30</sup> SÃO PAULO, op. cit., nota 23.

<sup>31</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 8 set. 2021. Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.961.488*. Valores de VGBL não integram herança e não se submetem à tributação de ITCMD. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19112021-Valores-de-VGBL-nao-integram-heranca-e-nao-se-submetem-a-tributacao-de-ITCMD.aspx>>. Acesso em: 6 fev. 2022.



sucessório ou o fazem quando estão diante de uma situação de iminente risco de morte.

Segundo Araujo<sup>33</sup>, “o planejamento sucessório é a adoção de medidas preventivas pelo titular do patrimônio com relação ao destino de seus bens após a morte, visando a preservação do patrimônio adquirido no decorrer da vida pelos sucessores.”.

Para começar a organização sucessória, Ehrhardt<sup>34</sup> aponta que é preciso “analisar minuciosamente o acervo de bens do interessado, incluindo débitos e possíveis contingências.”. Após, examina-se o melhor instituto para ser empregado aos bens e a sua destinação/finalidade.

A seguir serão vistos alguns dos instrumentos de planejamento sucessório, são eles: 1. Doação; 2.  *Holding* patrimonial ou familiar; 3. Planos de Previdência Privada; e 4. Deserdação.

Vale ressaltar, ainda, que como consagra Araujo<sup>35</sup>:

existem infinitas possibilidades e alternativas lícitas para ajudar na elaboração de um planejamento sucessório que implica, em alguns casos, planejamento tributário, quer seja na forma de antecipação do imposto, quer seja na forma de redução ou até mesmo na eliminação da carga tributária.

O primeiro instrumento e mais conhecido é a doação. Trata-se de contrato que permite que uma pessoa transfira bens para outra de forma livre e gratuita.

Destaca Ferrão<sup>36</sup>:

o exame da doação como instrumento de planejamento sucessório deve partir de uma perspectiva funcional, levando em conta não somente a causa concreta do negócio de doação, mas especialmente a *ratio* por trás das normas que regulam os efeitos sucessórios desse tipo de contrato. Cumpre delimitar, portanto, os aspectos a serem considerados exclusivamente para a qualificação de um contrato de doação para fins sucessórios, ou seja, para determinar, a *priori*, a incidência das regras que determinam efeitos do contrato para a sucessão do doador, como aquelas referentes à presunção de antecipação da legítima (CC, art. 544), à doação inoficiosa [...].

Com efeito, incide sobre o referido instrumento o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* ou Doação (ITCMD), que é devido no momento da transferência do bem, implicando, sobretudo, no planejamento tributário, tendo em vista que citado imposto garante a alíquota atual já que leva-se em consideração a abertura da sucessão ou da

<sup>33</sup> ARAUJO, op. cit., p. 35.

<sup>34</sup> EHRHARDT, Marcos Jr. Planejamento sucessório na perspectiva do advogado. In: TEIXEIRA, op. cit., p. 300

<sup>35</sup> ARAUJO, op. cit., p. 40.

<sup>36</sup> FERRÃO, Camila dos Santos; KONDER, Carlos Nelson. A doação como instrumento de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, op. cit., p. 494.





transmissão, momento em que é resguardado ao contribuinte para que não sofra com futuros aumentos da alíquota do imposto, conforme sustenta Araujo<sup>37</sup>.

A segunda forma de organizar um planejamento sucessório é por meio de uma  *Holding*  Patrimonial ou Familiar. O instrumento consiste na “formação de uma sociedade para a qual são transferidos bens de determinada pessoa, que, em contrapartida, torna-se titular de quotas ou ações da referida sociedade.”<sup>38</sup> Tudo isso acontece por meio de uma integralização do capital social.

Destaca-se as principais vantagens tributárias da  *holding* , quais sejam: a alíquota do ITCMD vigente no momento da transferência do bem, assim como ocorre na doação, livrando o contribuinte de mudanças no referido imposto; a alíquota de doação pode ser menor do que de transmissão  *causa mortis* , em alguns Estados brasileiros; e na hipótese de usufruto, o imposto será pago em dois momentos distintos. Essas são umas das principais vantagens da implementação do instituto  *Holding* , segundo o que salienta Araujo<sup>39</sup>.

O terceiro grande instrumento de planejamento sucessório são os Planos de Previdência Privada. Estes são oferecidos pelas sociedades seguradoras ou pelas entidades abertas de previdência complementar, com caráter previdenciário, cujo objetivo é complementar os benefícios oferecidos pelo regime geral de previdência social.<sup>40</sup>

Com relação à tributação aplicável, pontua-se o Imposto de Renda (IR), que “no momento do resgate do VGBL, referido imposto incidirá sobre o rendimento. E no resgate do PGBL, o IR incidirá sobre o valor total resgatado (o rendimento mais o principal) ”.<sup>41</sup>

No que tange o ITCMD, conforme explicado no capítulo anterior, é posicionamento pacífico do STJ no sentido de que não incide o referido imposto sobre os planos de previdência privada.

Por último mas não menos importante, tem-se o instituto da deserdação como

---

<sup>37</sup> ARAUJO, op. cit., p. 100.

<sup>38</sup> TASSINARI, Simone Cardoso Fleischmann; GRAEFF, Fernando René. Contornos jurídicos da  *holding*  familiar como instrumento de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, op. cit., p. 675.

<sup>39</sup> ARAUJO, op. cit., p. 110.

<sup>40</sup> SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. *Previdência Complementar Aberta*. <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 6 mar. 2022.

<sup>41</sup> ARAUJO, op. cit., p. 125.



uma forma de planejamento sucessório. Este consiste na perda da herança, por ato de vontade do autor manifestada em testamento, nos termos dos artigos 1.691 a 1.695 do Código Civil<sup>42</sup>. Aqui, somente os herdeiros necessários (filhos, pais e cônjuges podem sofrer)<sup>43</sup>. Assim, cuida-se de hipótese drástica aplicada à sucessão patrimonial, que deverá ser reconhecida judicialmente após a morte do *de cuius*.

Sobre a eficácia da deserdação, preceitua Barboza<sup>44</sup>:

até a abertura da sucessão não há que se falar em eficácia da deserdação, pois a cláusula deserdativa acompanhará a eficácia *post mortem* do testamento no qual é instrumentalizada. É a partir da abertura da sucessão que a doutrina diverge, havendo aqueles que defendem a eficácia imediata da deserdação, enquanto outros advogam no sentido de que a cláusula não produzirá efeitos até que seja confirmada judicialmente, estando, pois, sob condição suspensiva.

Para o referido autor, a legítima é um “limite inderrogável ao planejamento sucessório”. Sendo assim, o objetivo do mencionado instituto é respeitar a vontade do autor da herança que, planejando sua sucessão, deseja deserdar um familiar que tenha incorrido em atos tipificados em lei. Nesse caso, não há falar em qualquer cobrança de tributos para a referida operação.

## CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe à tona a problemática que acontece quando a pessoa não faz um planejamento sucessório, adequando-se à realidade dos bens que serão deixados para os seus sucessores.

Discutiu-se sobre a forma com que é feita a cobrança tributária do inventário quando o *de cuius* não se dedicou a organizar a sucessão para os herdeiros, de forma que incida uma maior carga tributária sobre os bens deixados, comprometendo todo o patrimônio da família.

Apresentaram-se as formas de arrecadação tributária nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais como exemplos de como ocorre a incidência de alguns impostos na fase de transmissão de bens após a morte, e a diversidade com que é feita de um Estado para o outro.

---

<sup>42</sup> BRASIL, op. cit., nota 31.

<sup>43</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Indignidade X Deserdação*. <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/indignidade-x-deserdacao>>. Acesso em: 6 mar. 2022.

<sup>44</sup> BARBOZA, Maici dos Santos Colombo. A deserdação como instrumento de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, op. cit., p. 675.



Foram examinadas as alterações do Projeto de Lei nº 250/2020 que aumenta o ITCMD no Estado de São Paulo. Imposto esse que compromete significativamente a sucessão hereditária. E que, conforme esse projeto, só prova a questão da necessidade de se fazer um planejamento sucessório, pois, assim como há essa ameaça de aumento da carga tributária, muitos outros Estados poderão fazer o mesmo, o que será ruim para todos.

O assunto é complicado e complexo, já que muitos não gostam de falar sobre a morte e o *post mortem* com a desculpa de que “isso atrai”, porém é preciso ter em mente que o planejamento sucessório é uma forma de preservar o patrimônio deixado para os herdeiros.

Ouve-se falar de pessoas que gastaram uma quantidade absurda de dinheiro quando o parente morreu, pois este não fez um planejamento sucessório, precisando, assim, comprometer boa parte do capital, e, em razão disso, ao final, o valor líquido é extremamente inferior da herança, comparando-se a hipótese em que o falecido tivesse se preocupado em fazer um plano para a sucessão dos bens, reduzindo a carga tributária.

A morte é o evento futuro e certo que todos devem se preparar. Por esse motivo, o titular do patrimônio, sendo ele grande ou pequeno, deve acolher medidas preventivas a fim de zelar e proteger ao máximo o acervo hereditário.

Considerando tal problemática, diversas são as formas de se fazer um planejamento sucessório, conforme foi apresentado no presente trabalho. Existem inúmeros institutos que podem ser adotados com a finalidade de redução da carga tributária.

Além dos citados neste artigo, pontua-se também: o seguro de vida, a conta conjunta, uma nova modalidade do fideicomisso, as cláusulas restritivas de propriedade, o pacto sucessório, as *trusts* e muitos outros.

Salientou-se que alguns instrumentos de planejamento sucessório são mais eficazes do que outros no que tange à incidência dos tributos, contudo, não se pode olvidar da importância daquele para quem irá suceder, mesmo porque, o herdeiro já precisa lidar com o luto de perder o ente querido, mais complicado ainda se torna quando há burocracia para receber o patrimônio deixado pelo *de cuius*.

Ressalte-se que não existe uma “receita de bolo” ou algo padronizado para seguir no que diz respeito ao planejamento sucessório. Cada caso é um caso. Com efeito, deve-se analisar o proprietário do patrimônio, a quantidade de bens, a



quantidade de herdeiros, os detalhes do acervo, a finalidade e a destinação de cada coisa, sob pena de causar inutilidade do planejamento feito.

Portanto, tem-se o instrumento que faz com que o indivíduo não sofra com um possível aumento da carga tributária a incidir sobre herança, principalmente levando como exemplo o projeto de lei que tramita no Estado de São Paulo, conforme demonstrado nesta pesquisa: o planejamento sucessório.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ALMEIDA, Ivan. *ITCMD: entenda o que é e como é aplicado esse imposto!*. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/itcmd/>>. Acesso em: 2 out. 2021.

ARAÚJO, Dayane de Almeida. *Planejamento tributário aplicado aos instrumentos sucessórios*. São Paulo: Almeida, 2018.

AZEVEDO NETO. *O possível aumento do ITCMD: quais as implicações*. Disponível em: <<https://azevedoneto.adv.br/o-possivel-aumento-do-itcmd-quais-as-implicacoes-de-tal-aumento/>> Acesso em: 6 fev. 2022.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 8 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 8 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)> Acesso em: 3 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei Federal n.º 7.713/1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17713.htm)> Acesso em: 3 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Resolução n.º 9, de 1992*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/1992/resolucao-9-5-maio-1992-451294-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 3 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 116*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula116/false>> Acesso em: 3 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.961.488*. Valores de VGBL não integram herança e não se submetem à tributação de ITCMD. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19112021-Valores-de-VGBL-nao-integram-heranca-e-nao-se-submetem-a-tributacao-de-ITCMD.aspx>> Acesso em:



6 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Indignidade X Deserdacão*. <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/indignidade-x-deserdacao>>. Acesso em: 6 mar. 2022.

JARDIM FILHO, Manoel Ferreira. *Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI): incidência sobre meação ou quinhão*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22363/imposto-sobre-transmissao-de-bens-imoveis-itbi-incidencia-sobre-meacao-ou-quinhao>> Acesso em: 3 out. 2021.

FRANÇA, Talissa. *Incide imposto de renda sobre herança?*. Disponível em: <<https://www.nataliapimentel.com/incide-imposto-de-renda-sobre-heranca>> Acesso em: 3 out. 2021.

LOPES, Felipe. *Alterações no ITCMD podem gerar aumento da subjetividade e do contencioso em São Paulo; entenda o que muda para sua empresa*. Disponível em: <<https://www.fecomercio.com.br/conselhos/codecon/noticias/alteracoes-no-itcmd-podem-gerar-aumento-da-subjetividade-e-do-contencioso-em-sao-paulo-entenda-o-que-muda-para-sua-empresa>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

MINAS GERAIS. *Lei Estadual n.º 14.941/03*. Disponível em: <[www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao\\_tributaria/leis/114941\\_2003.html](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/114941_2003.html)> Acesso em: 3 out. 2021.

PIRES, Caio Ribeiro. A legítima e o planejamento sucessório: entre o antes e o depois, o inadiável agora. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RIO DE JANEIRO. *Lei ordinária n.º 7.174/2015*. Disponível em: <[alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF](http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF)> Acesso em: 3 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei ordinária n.º 6.250/2017*. Disponível em: <[mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/7cb7d306c2b748cb0325796000610ad8/3518886cb3f67455832581aa005432fb?OpenDocument](mailto:camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/7cb7d306c2b748cb0325796000610ad8/3518886cb3f67455832581aa005432fb?OpenDocument)>. Acesso em: 3 out. 2021.

SÃO PAULO. *Lei Municipal n.º 16.098 de 29 de dezembro de 2014*. Disponível em: <<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/arquivos/secretarias/financas/legislacao/Lei-16098-2014.pdf>> Acesso em: 3 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei ordinária n.º 10.705/2000*. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>> Acesso em: 3 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei n.º 250, de 2020*. Altera a Lei n.º 10.705, de 28 de dezembro de 2000, que dispõe sobre o Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000322805>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

SAPONI, Nayara Hellen de Andrade; GOMES, Magno Federici. *Procedimentos sucessórios e*



*partilha*: dimensão jurídico política da sustentabilidade [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Fi, 2018.

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA E PLANEJAMENTO - SMFP. *Cálculo do ITBI, informações gerais*. Disponível em: <<https://www.rio.rj.gov.br/web/smf/exibeconteudo?id=142354>>. Acesso em: 3 out. 2021.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. *Previdência Complementar Aberta*. <<http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>>. Acesso em: 6 mar. 2022.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. T.II. Belo Horizonte: Fórum, 2021.



## O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Ana Carolina Gomes Barreto

Graduada pela Universidade de Direito Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado da EMERJ.

**Resumo** – a presente pesquisa tem por finalidade identificar as vantagens da Guarda Compartilhada, bem como a possibilidade da Guarda Alternada em tempos de pandemia. A pandemia do coronavírus tem provocado mudanças no cotidiano familiar, uma vez que as medidas restritivas de isolamento social foram impostas pelos profissionais de saúde. Logo, surgiu o conflito entre o direito à convivência familiar e o direito à saúde. A essência do trabalho é mostrar que a manutenção da Guarda Compartilhada é o meio mais eficaz para conservação da convivência familiar e dos vínculos afetivos, tendo em vista o princípio do melhor interesse do menor.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Guarda Compartilhada. Pandemia

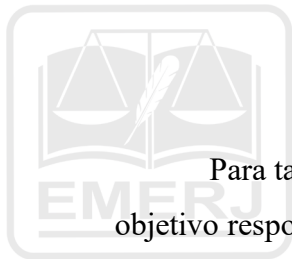
**Sumário** – Introdução. 1. Controvérsias quanto à Guarda Compartilhada dos filhos durante a pandemia do coronavírus: uma discussão pautada pelos direitos à saúde e à visita aos filhos. 2. Da possibilidade da Guarda Alternada na pandemia, uma análise comparativa da Guarda Alternada e da Guarda Compartilhada. 3. Manutenção da Guarda Compartilhada para o fortalecimento dos laços familiares e preservação dos vínculos afetivos em tempos de pandemia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A pandemia do coronavírus trouxe consequências tanto para a saúde pública como para as relações familiares, uma vez que, diante da orientação de isolamento social para o controle do vírus, alguns pais têm demonstrado interesse na guarda unilateral e na suspensão do direito de visitas do outro genitor, sob o argumento de que a alternância dos filhos entre as residências resulta em maior risco de contágio pelo vírus.

Contudo, alguns pais estão valendo-se da pandemia como desculpa para praticar alienação parental e, assim, impedir o convívio dos filhos com o outro genitor, sem respeitar o desejo dos menores de manter contato com o genitor não residente.

Destarte, a demanda de pedidos ao Judiciário aumentou, já que os genitores distantes do convívio com os filhos começaram a acionar a justiça para garantir o seu direito de manter os laços familiares durante a pandemia. A partir de então, surge o desafio de encontrar soluções para garantir a proteção da saúde de todos sem prejudicar a harmonia de uma família. Empenha-se em preservar a convivência familiar e os vínculos afetivos, valendo-se do bom senso para atender sempre ao melhor interesse e proteção do menor.



Para tanto, a pesquisa científica é relevante tanto do ponto de vista jurídico quanto social e tem por objetivo responder as seguintes questões norteadoras: Como mediar os direitos e deveres dos genitores no tocante à Guarda Compartilhada dos filhos em tempos de pandemia? Como analisar a seguinte problemática: pais que desejam suspender o direito às visitas do outro genitor e filhos que desejam manter o convívio paterno-filial durante a pandemia?

Inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa discutindo as controvérsias quanto à Guarda Compartilhada dos filhos durante a pandemia. Avalia-se o conflito de dois direitos fundamentais: o direito à saúde e à convivência familiar, ou seja, resguardar o direito à saúde respeitando as medidas de isolamento impostas pelos médicos, e em contraposto, preservar o direito de visitas aos filhos durante a pandemia.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo sobre a possibilidade da Guarda Alternada na pandemia com uma análise comparativa da Guarda Alternada e da Guarda Compartilhada, considerando as vantagens e desvantagens de ambas nos processos judicializados de continuidade da convivência familiar na pandemia.

O terceiro capítulo da pesquisa aborda a prevalência da convivência familiar para preservação dos vínculos afetivos. Procura-se a manutenção da Guarda Compartilhada e o fortalecimento dos laços familiares para atender as necessidades de ordem emocional existentes entre pais e filhos, indispensáveis à formação integral da pessoa.

Trata-se de uma pesquisa etnometodológica, uma vez que tem como foco compreender como as pessoas constroem ou reconstróem a realidade social. Deste modo, busca entender como os indivíduos se comportam, suas ações cotidianas e a sua interação com os outros.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, pois há subjetividades e nuances que não são quantificáveis por si só, uma vez que o pesquisador pretende compreender e interpretar determinados comportamentos, opiniões, expectativas, sentimentos, percepções, entre outros aspectos imateriais.

Deste modo, o pesquisador pretende proporcionar uma maior familiaridade com o tema e se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e formulada na fase exploratória, assim como da legislação, doutrina e jurisprudência para sustentar a sua tese.





## 1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELOS DIREITOS À SAÚDE E À VISITA AOS FILHOS

A situação global da pandemia trouxe algumas questões importantes na área de Direito de Família. Com o coronavírus veio a quarentena e o isolamento social, e essa nova realidade transitória impacta com outras indagações urgentes que atormentam o Direito de Família, bem como o direito de visitas aos filhos. Resta a dúvida entre resguardar o direito à saúde, respeitando as medidas de isolamento impostas pelos profissionais de saúde, e em contraposto, preservar o direito de visitas aos filhos durante a pandemia.

A questão habita em como considerar dois lados, o dos filhos que almejam manter o convívio com ambos os genitores após a dissolução da sociedade conjugal, e dos pais que pretendem a guarda unilateral e a suspensão compulsória da convivência com o genitor não detentor da guarda, tendo em vista as possíveis consequências da alternância do filho entre as residências e a preocupação com a saúde dos familiares.

Enquanto perdurar a pandemia, o convívio do filho com o genitor não detentor da guarda, demanda no conflito de dois direitos fundamentais do menor: o direito à saúde e à convivência familiar. Como nenhum direito fundamental deve se sobrepor ao outro, deve-se buscar soluções para que ambos sejam respeitados. Logo, o direito que deve preponderar necessita do exame de cada caso concreto, visando a melhor alternativa para a preservação dos vínculos afetivos e do princípio do melhor interesse da criança.

O direito de visitas aos filhos é de suma importância para a estabilidade emocional do menor, e a convivência do filho com o genitor não detentor da guarda não pode ser impossibilitada pelo outro genitor. Porém, é necessária a observância de casos específicos em que há o desrespeito das medidas sanitárias impostas pelos profissionais da saúde e de pessoas do grupo de risco convivendo na residência da família. Nesses casos atípicos que a suspensão do convívio deve ser pleiteada, a regra é a manutenção da Guarda Compartilhada<sup>1</sup> e da conservação dos vínculos familiares.

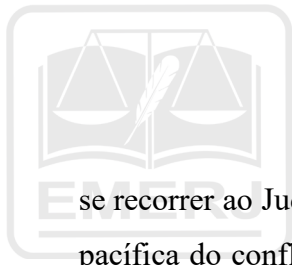
Caso ocorra uma proibição infundada do convívio de um dos genitores com os filhos, é provável que um dos pais esteja se beneficiando das circunstâncias de vulnerabilidade da pandemia como motivo para praticar a Alienação Parental<sup>2</sup>. Trata-se de um processo psicológico através do qual uma pessoa manipula o filho para distanciá-lo do outro genitor, causando afastamento e desconexão da relação familiar.

Quando há casos que não se resolvam com o diálogo, cuidado e bom senso, o jeito é buscar as medidas judiciais cabíveis e a Guarda Compartilhada<sup>3</sup> veio para solucionar tais questões. Porém, antes de

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

<sup>3</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.



se recorrer ao Judiciário é recomendável que os pais busquem alternativas extrajudiciais para uma solução pacífica do conflito, agindo com responsabilidade e equilíbrio neste período de pandemia para encontrar uma solução harmoniosa que atenda as necessidades da criança. Os fundamentos para instauração da Guarda Compartilhada<sup>4</sup>, estão dispostos no § 2º do Art. 1.584, do Código Civil<sup>5</sup>, de 2002: “Quando não houver acordo entre mãe e pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Portanto, o direito de visitas que envolve os filhos no regime de convivência de Guarda Compartilhada<sup>6</sup> pode ser suspenso temporariamente em caso de risco à saúde do menor em virtude do deslocamento durante a pandemia. Deve-se sempre ter em mente o princípio do melhor interesse do menor, princípio consagrado mundialmente e previsto na CRFB88<sup>7</sup> e no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>8</sup>. Assim, os pais precisam usar do bom senso para buscarem uma rotina dinâmica que seja favorável ao desenvolvimento da criança, para preservar o melhor interesse dos filhos em tempos de pandemia. O artigo 227 da CRFB88<sup>9</sup> estabelece que os genitores devem agir com liberdade na convivência familiar, contudo, devem colocá-los a salvo de toda negligência:

Art. 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Há um Projeto de Lei<sup>10</sup> em curso, na Câmara dos Deputados, que permite a suspensão temporária da Guarda Compartilhada<sup>11</sup> dos filhos durante a pandemia em casos em que um dos pais não esteja obedecendo as regras de distanciamento social ou as medidas de higiene pessoal impostas pelos profissionais de saúde. Nesses casos, as visitas e a convivência familiar poderão ser suspensas enquanto durar a pandemia do coronavírus.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

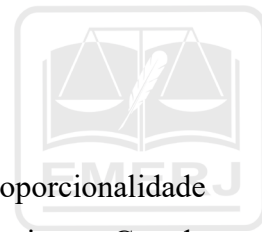
<sup>7</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

<sup>8</sup>BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>10</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279879>>. Acesso em: 27 set. 2021.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



Em sentido contrário, há um posicionamento válido que alega que deve haver proporcionalidade entre a preponderância entre o direito à saúde e o direito à convivência familiar. Assim, a Guarda Compartilhada<sup>12</sup> vem para trazer soluções para este conflito, pois possibilita a manutenção dos vínculos afetivos em tempos de pandemia. Portanto, cabe ao Poder Judiciário analisar cada caso concreto para que sejam tomadas as devidas providências, sempre levando em consideração o princípio do melhor interesse do menor, com a intenção de manter a continuidade dos laços afetivos.

Logo, o convívio familiar e a Guarda Compartilhada<sup>13</sup> devem ser interrompidos, apenas, quando há comprovação concreta de que um dos genitores coloca em perigo à saúde da família. Nesse caso, a restrição excepcional da convivência pode criar alternativas, como por exemplo, a busca de plataformas virtuais para que as visitas se deem de forma virtual, com o uso das redes sociais e videochamadas. Desse modo, mantém-se o convívio familiar, assim como a proteção à saúde de todos.

## 2.A POSSIBILIDADE DA GUARDA ALTERNADA NA PANDEMIA, UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA GUARDA ALTERNADA E DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o surgimento da pandemia do coronavírus em março de 2020, inúmeras famílias foram afetadas pela nova rotina imposta pelos médicos em razão do isolamento social, com isso a convivência familiar ficou prejudicada e muitos genitores foram afastados dos filhos. Diante dessa nova realidade, surgiram questões jurídicas problemáticas acerca da aplicação da Guarda Alternada e da Guarda Compartilhada<sup>14</sup>, e o tipo de guarda que deve prevalecer e atender ao melhor interesse do menor no que tange a divisão dos períodos de convivência.

A Guarda Alternada não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, porém é uma possibilidade admitida, mas não muito aceita judicialmente. Nesse caso, a guarda fica com um e depois com o outro genitor, ou seja, o filho mora com os dois genitores alternando entre as duas residências. Os dois convivem com o menor e compartilham alternadamente das responsabilidades e decisões sobre a vida do filho.

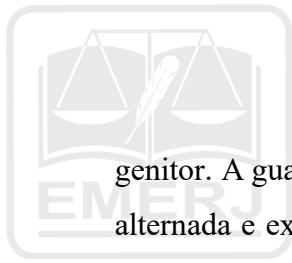
Na Guarda Alternada, os genitores podem optar pela Guarda Alternada semanal, quinzenal, mensal ou a que melhor se enquadre ao princípio do melhor interesse do menor. Neste modelo, o filho reside com um genitor por um período determinado previamente entre as partes e alterna para a residência do outro

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.



genitor. A guarda é dos dois genitores, portanto ambos se responsabilizam e dão suporte ao filho de forma alternada e exclusiva durante os períodos determinados em que ocorre a transferência absoluta do poder familiar em relação ao menor.

Lamentavelmente, a Guarda Alternada não é muito aplicada no Judiciário brasileiro, pois acreditam que atrapalha o amadurecimento do menor, uma vez que prejudica a formação da criança em consequência da instabilidade de residência. A Lei e o Judiciário entendem que a Guarda Compartilhada <sup>15</sup> é a mais adequada, já que a Guarda Alternada representa detrimento ao eficaz desenvolvimento da criança. Portanto, tal espécie de guarda não tem sido aceita pelos tribunais brasileiros<sup>16</sup>:

DIREITO DE VISITAÇÃO. GUARDA ALTERNADA. PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. I. O genitor que não detém a guarda do filho tem o direito inarredável de visitá-lo e tê-lo em sua companhia, a fim de cultivar o afeto e de firmar os vínculos familiares[...],deverá ser conciliado com as limitações sanitárias decretadas pela autoridade administrativa para impedir a propagação do vírus causador da covid-19, com a relação entre os genitores, bem como com a verificação da razoabilidade da guarda alternada para preservação do melhor interesse da menor. III - Negou-se provimento ao recurso

Para alguns doutrinadores a Guarda Alternada não é aceita, considerando que o menor perde a estabilidade e a referência de residência em virtude das constantes alterações na sua rotina. Waldyr Grisard Filho<sup>17</sup>, assevera:

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica a alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio da continuidade, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

Em contrapartida, Evandro Luiz Silva<sup>18</sup>, entende que a aplicação da Guarda Alternada pode ser satisfatória para os menores, pois “não haveria perda do referencial de lar, mas sim a criação de vínculos com dois lares, coisa perfeitamente possível[...]”. Assim como José Fernando Simão<sup>19</sup>, que defende o modelo de Guarda Alternada em tempos de pandemia :

Neste momento de suspensão de aulas presenciais e de ensino à distância. Permitir às crianças que residam 15 dias com o pai e 15 dias com a mãe, já que boa parte das pessoas se encontra em home office. Isso tem duas vantagens: a criança convive com pai e mãe e não fica afastada de nenhum deles

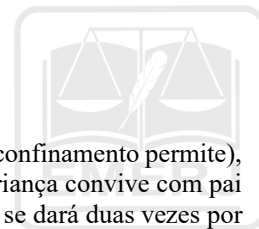
<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *AG nº0737010720208070000*. Relator: José Divino. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1155804304/7370107020208070000-segredo-de-justica-0737010-7020208070000>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

<sup>17</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: RT, 2002, p. 154.

<sup>18</sup> SILVA, Evandro Luiz et al. *Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

<sup>19</sup> SIMÃO, José Fernando. *Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas*. Disponível em: <<https://professorsimao.com.br/direito-de-familia-em-tempos-de-pandemia-hora-de-escolhas-tragicas-uma-reflexao-de-7-de-abril-de-2020/>>. Acesso em: 27 dez. 2021.



por período longo, o deslocamento se dará duas vezes por mês apenas (o que o confinamento permite), e ajuda pai e mãe a produzirem em home office. Isso tem duas vantagens: a criança convive com pai e mãe e não fica afastada de nenhum deles por período longo, o deslocamento se dará duas vezes por mês apenas (o que o confinamento permite), e ajuda pai e mãe a produzirem em home office, pois terão os 15 dias do mês sem a preocupação com os cuidados que os filhos exigem.

Entretanto, há controvérsias em relação a aplicação do modelo de Guarda Alternada. Vale ressaltar que ela não é a mais recomendada e usualmente desaconselhada pela prática forense em face da constante mudança de residência e consequente perda de referências. Portanto, a Guarda Compartilhada<sup>20</sup> vem sendo o modelo mais adequado e aceito nos tribunais.

A Guarda Compartilhada<sup>21</sup> tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro, neste caso, o menor mora com um dos genitores, mas o outro possui o direito a visitas, ao convívio e as responsabilidades e decisões sobre a vida do menor são repartidas conjuntamente por ambos os genitores, que têm os mesmos direitos e os mesmos deveres com o menor, ou seja, a responsabilidade é conjunta no exercício do poder familiar. Os fundamentos estão dispostos no § 2º do Art. 1583 e § 3º do Art. 1.584, ambos do Código Civil<sup>22</sup>, de 2002:

Art. 1.583, § 2º- Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Art. 1584, § 3º- Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Tal modelo de guarda emerge para proteger o direito do menor, respeitando os direitos fundamentais e os princípios constitucionais que abrangem o Direito de Família, em especial, o princípio do melhor interesse da criança. Neste caso, há conservação e estabilidade de residência para o menor e ambos os pais decidem juntos e em harmonia sobre a vida do filho. O intuito da Guarda Compartilhada<sup>23</sup> é a possibilidade do filho de conviver com os pais divorciados apesar da pandemia do coronavírus. O ideal é que haja consenso entre os genitores para que se defira este modelo de guarda, porém, se não for possível estabelecer um acordo, deverá ser determinado judicialmente, se houver necessidade.

Na Guarda Compartilhada<sup>24</sup> é possível a alternância entre duas residências, o que não configura Guarda Alternada, em que os dois genitores se responsabilizam pelo menor somente no período em que estão fisicamente juntos. Neste caso, o menor possui duas residências, porém ambos os genitores são

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>24</sup> Ibid.



conjuntamente responsáveis e de forma igualitária, participando efetivamente das questões fundamentais que surgem no cotidiano do menor. Portanto, a Guarda Compartilhada com alternância de residências não se confunde com a Guarda Alternada, pois o compromisso dessa modalidade de guarda é igualar a convivência dos genitores e do menor sem prejudicar o seu desenvolvimento, uma vez que ambos os pais participam concomitantemente da rotina do filho.

A Guarda Compartilhada com alternância de residências não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, porém encontra amparo em alguns dispositivos legais para a sua aplicação. A função social deste modelo é garantir uma melhoria para a qualidade de vida da criança e o equilíbrio da convivência entre os genitores, em que ambos os pais interferem de forma participativa no cotidiano dos filhos, cooperando conjuntamente e desfrutando em igualdade de tempo a companhia do filho. Logo, é de suma importância a convivência do menor com ambos os genitores para que se mantenha uma forte relação do poder familiar, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal dos pais.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira<sup>25</sup>, são evidentes os benefícios que a Guarda Compartilhada com alternância de residências proporciona para a rotina do menor:

O próximo passo evolutivo em direção à proteção das crianças e adolescentes é entender que, na maioria dos casos, os filhos podem ter duas casas. Crianças são adaptáveis e maleáveis e se ajustam a novos horários, desde que não sejam disputadas continuamente e privada de seus pais. O discurso de que as crianças/adolescentes ficam sem referência, se tiverem duas casas, precisa ser revisto, assim como as mães deveriam deixar de se expressarem que “deixam” o pai ver e conviver com o filho. Ao contrário do discurso psicologizante estabelecido no meio jurídico, e que reforça a supremacia materna, o fato de a criança ter dois lares pode ajudá-la a entender que a separação não tem nada a ver com ela.

Não obstante, há quem faça duras críticas a este modelo e defenda a residência única como a opção mais adequada para a formação do menor, utilizando expressões como “guarda da mochila nas costas” e “criança ping pong” para ilustrar a ideia de que a alternância entre residências não é benéfica para a qualidade de vida do menor.

Desse modo, para a preponderância da convivência familiar nesse cenário de pandemia, é importante que sejam tomadas algumas medidas necessárias, assim como a adoção do modelo de Guarda Alternada, Guarda Compartilhada<sup>26</sup> ou Guarda Compartilhada com alternância de residências. O ideal é buscar o equilíbrio, o bom senso, o entendimento entre as partes para que seja feita uma escolha sensata que atenda ao melhor interesse do menor.

<sup>25</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Guarda Compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



### 3. MANUTENÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA O FORTALECIMENTO DOS LAÇOS FAMILIARES E PRESERVAÇÃO DOS VÍNCULOS AFETIVOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

O desempenho do regime de convivência familiar em tempos de pandemia tem conduzido a debates jurídicos acerca do assunto. A nova realidade requer consciência e flexibilidade do núcleo familiar diante dos novos desafios impostos pela pandemia, uma vez que o convívio entre as pessoas está limitado em virtude da alta transmissibilidade do coronavírus. Deste modo, surgiram incertezas sobre a manutenção do convívio familiar e o cumprimento das medidas de distanciamento social determinadas pelos profissionais de saúde.

Entretanto, tais medidas não são suficientes para interromper o contato familiar, pois o direito à convivência familiar é um direito fundamental garantido pela CRFB88<sup>27</sup> e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>28</sup>. Viviane Girardi<sup>29</sup> enfatiza a preponderância do direito de convivência entre pais e filhos:

Vale considerar que a pandemia não é motivo suficiente a inibir o contato entre pais e filhos e ou a suprimir o direito de convivência, tanto que países europeus severamente atingidos pelo COVID-19, a exemplo de Itália e França mantiveram entre as atividades permitidas para circulação das pessoas o exercício do direito de convivência.

O direito à convivência familiar é de suma importância para atender as necessidades de ordem emocional existentes entre pais e filhos, indispensáveis à formação do menor. A Guarda Compartilhada<sup>30</sup> é a modalidade de guarda mais vantajosa para a preservação dos vínculos afetivos, pois ambos os genitores compartilham de forma conjunta e igualitária as responsabilidades do menor e, concomitantemente, o menor usufrui da presença e cuidado de ambos os pais de maneira equilibrada e harmônica após a dissolução da sociedade conjugal, diferente do que ocorre em outros modelos de guarda. Ana Maria Frota Velly<sup>31</sup> assevera:

Guarda conjunta ou compartilhada propicia mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A proposta é manter os laços de afetividade, diminuindo os efeitos que a separação provoca nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.

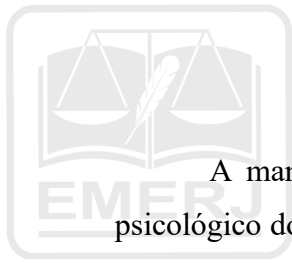
<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>29</sup> GIRARDI, Viviane et al. *Coronavírus: impactos sobre o direito de família e sucessões*. São Paulo: Foco, 2020, p. 234.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>31</sup> VELLY, Ana Maria Frota. *Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos*. Porto Alegre: IBDFAM. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%202029\\_06\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%202029_06_2011.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2022.



A manutenção da Guarda Compartilhada<sup>32</sup> apresenta-se favorável ao desenvolvimento físico e psicológico do menor, pois garante estabilidade tanto residencial quanto emocional, bem como assegura a convivência com ambos os genitores. Entretanto, para a viabilidade da Guarda Compartilhada<sup>33</sup> deve haver uma relação harmoniosa entre os genitores, baseada na cumplicidade e na cooperação, para que seja viável a divisão conjunta das decisões sobre o cotidiano do filho. Destarte, é primordial que exista cooperação entre os genitores, pois repercute na qualidade de vida e no desenvolvimento do menor. Como observa-se em decisões judiciais<sup>34</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR. IMPOSSIBILIDADE. MÉRITO. GUARDA COMPARTILHADA.

1. Não obstante o instituto da guarda compartilhada ser, em tese, o mais adequado ao desenvolvimento da infante, quanto aos aspectos referentes ao seu pleno desenvolvimento, no caso dos autos, tal hipótese é inviável de ser estabelecida, diante da evidente ausência de consenso e de boa convivência entre os genitores do menor [...]

A Guarda Compartilhada<sup>35</sup> difere de outros tipos de guarda, como a Guarda Unilateral. Na Guarda Unilateral, o genitor detentor da guarda fica exclusivamente responsável pelo cotidiano do menor, enquanto o outro genitor tem apenas o direito a visitas. Logo, ocorre o afastamento do vínculo afetivo do menor com o genitor não guardião, desrespeitando os princípios da convivência e do compartilhamento em família. Para que isso não ocorra, a Guarda Compartilhada<sup>36</sup> surge para preservar os laços familiares e para que não sucedam alterações bruscas na vida do menor após o divórcio dos pais.

Portanto, na prática, a Guarda Compartilhada<sup>37</sup> proporciona benefícios aos genitores, pois lhes oferece a possibilidade de estarem mais presentes na rotina dos filhos e compartilharem solidariamente das responsabilidades da vida do menor, ou seja, ambos os genitores possuem os mesmos direitos e obrigações na relação parental. Assim, ao compartilhar o cuidado e a divisão das tarefas do cotidiano dos menores de forma igualitária, os pais ganham mais tempo de convivência com os filhos e em contrapartida ganham mais espaço para realizar suas próprias atividades pessoais e profissionais. Waldyr Grisard Filho<sup>38</sup> aduz:

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimizando o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. AP nº 0419351-0920158090076. Relator: Kisleu Dias Maciel Filho. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932349937/apelacao-cpc-4193510920158090076>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> GRISARD FILHO, op. cit., p. 222.





melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades.

A Guarda Compartilhada<sup>39</sup> também proporciona benefícios aos menores, já que o menor não é privado do contato com o genitor não detentor da guarda, bem como evita a frustração e o sofrimento da criança de ter que escolher com qual genitor deseja ficar. Tal decisão coloca o menor em uma situação desagradável, já que ele se vê dividido entre seus pais. Logo, diferente da Guarda Unilateral, mantém-se o elo parental, os vínculos afetivos, o amor e o cuidado de ambos os pais, já que a função materna e a função paterna permanecem intactas após a dissolução da sociedade conjugal.

Como demonstrado no decorrer da pesquisa, para o desenvolvimento saudável do menor é imprescindível a presença dos pais no cotidiano dos filhos. A manutenção do modelo de Guarda Compartilhada<sup>40</sup> é o que melhor atende ao princípio do melhor interesse do menor, pois proporciona a permanência de uma convivência igualitária com cada um dos pais mesmo após o divórcio, promovendo a colaboração entre os genitores de modo a fortalecer os laços familiares em tempos de pandemia.

## CONCLUSÃO

Essa pesquisa abordou temas relacionados ao Direito de Família em tempos de pandemia, bem como o exercício do poder familiar, os modelos de guarda e a regulamentação de visitas em meio às restrições de isolamento social e medidas sanitárias impostas pelos profissionais de saúde para a contenção da disseminação do coronavírus.

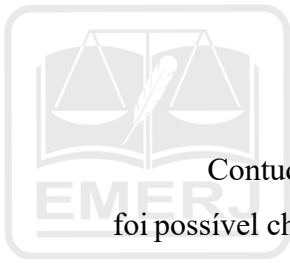
A problemática essencial desta pesquisa é a existência de um conflito de importantes proporções jurídicas e sociais entre a preponderância do direito à convivência familiar e a preservação dos vínculos afetivos, e em contraposto, o direito à saúde. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre esses dois direitos fundamentais da criança e do adolescente, como seres em desenvolvimento, à luz da Constituição Federal de 1988, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De um lado, pais que querem manter a convivência com seus filhos em tempos de pandemia; de outro, pais que desejam preservar a saúde de seus familiares mediante a alta transmissibilidade do coronavírus e o perigo do deslocamento do menor entre as residências.

---

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>40</sup> Ibid.



Contudo, em resultância das análises fundamentadas que se desenrolaram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que nenhum direito fundamental pode se sobrepor ao outro, e que deve-se ter em mente o bom senso, o equilíbrio e a harmonia familiar para enfrentar os obstáculos perante a pandemia. A regra é a manutenção da convivência familiar, das visitas já regulamentadas e da conservação dos vínculos afetivos, entretanto, se houver comprovação concreta de que um dos genitores coloca em perigo à saúde da família, as visitas podem ser suspensas.

O objetivo da pesquisa foi chegar à conclusão de que a Guarda Compartilhada é o modelo de guarda mais benéfico ao melhor interesse do menor, pois os genitores compartilham o exercício do poder familiar de forma conjunta e igualitária, uma vez que ambos os pais possuem os mesmos direitos e deveres na vida do filho. Logo, os pais dividem solidariamente as responsabilidades e a execução de tarefas do dia a dia do menor, enquanto o menor usufrui do cuidado e carinho de ambos os pais mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

Quanto à questão que se apresentou no decorrer do segundo capítulo, a da possibilidade da Guarda Alternada na pandemia, esta pesquisa chegou ao entendimento de que a Guarda Alternada atrapalha o amadurecimento do menor, pois opõe-se fortemente ao princípio da continuidade, já que os genitores se responsabilizam pelos menores de forma alternada, ou seja, somente nos períodos determinados em que ocorre a transferência absoluta do poder familiar.

Ficaram evidentes as vantagens da Guarda Compartilhada em relação aos outros modelos de guarda, como a Guarda Alternada e a Guarda Unilateral. Pois na Guarda Alternada o menor perde as referências de lar, em razão da constante troca de residências; já na Guarda Unilateral, o menor fica sem o contato com o genitor não detentor da guarda.

Por outro lado, a pesquisa apontou a possibilidade da Guarda Compartilhada com alternância entre residências, o que não configura Guarda Alternada, pois nesse modelo de guarda, o menor possui duas residências, porém ambos os genitores se responsabilizam pelo menor conjuntamente e desfrutam em igualdade de tempo a convivência com o filho sem prejudicar o seu desenvolvimento.

Destarte, no terceiro capítulo, verificou-se que a Guarda Compartilhada é vista pela doutrina e jurisprudência como a modalidade de guarda mais vantajosa para fortalecer os laços familiares e preservar os vínculos afetivos, já que mostrou-se eficaz ao pleno desenvolvimento físico e psicológico da criança e do adolescente, uma vez que o menor continua recebendo todo o suporte necessário de ambos os pais para lidar com a nova rotina imposta pela pandemia.

Sendo assim, foram elaboradas estratégias para a manutenção da convivência familiar em tempos de pandemia, visando respeitar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais que abrangem o Direito de Família. Logo, buscou-se apresentar a Guarda Compartilhada como uma solução harmônica para atenuar o impacto danoso que o divórcio dos pais gera no cotidiano dos filhos.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279879>>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *AG nº 0737010720208070000*. Relator: José Divino. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1155804304/7370107020208070000-segredo-de-justica-0737010-7020208070000>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Goiás. *AP nº 0419351-0920158090076*. Relator: Kisleu Dias Maciel Filho. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932349937/apelacao-cpc-4193510920158090076>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

GIRARDI, Viviane et al. *Coronavírus: impactos sobre o direito de família e sucessões*. São Paulo: Foco, 2020.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Guarda Compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

SILVA, Evandro Luiz et al. *Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

SIMÃO, José Fernando. *Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas*. Uma reflexão de 7 de abril de 2020. Disponível em: <<https://professorsimao.com.br/direito-de-familia-em->>



tempos-de-pandemia-hora-de-escolhas-tragicas-uma-reflexao-de-7-de-abril-de-2020/>. Acesso em: 27 dez. 2021.

VELLY, Ana Maria Frota. *Guarda Compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos*. Porto Alegre: IBDFAM. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029\\_06\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2022.



## MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Ana Paula Targine Ribeiro de Lyra

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada.

**Resumo** – os mandados constitucionais de criminalização são obrigações de tutela penal previstas na CRFB/88, as quais impõem uma atuação positiva ao Estado para que, por meio de leis, ele criminalize determinadas condutas lesivas a bens jurídicos constitucionalmente previstos. Diante do reconhecimento de um mandado constitucional de criminalização, é preciso que o legislador penal observe as limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente de bens jurídicos para que não haja inconstitucionalidade, seja em razão de sua inércia em elaborar leis criminalizadoras ou em razão da elaboração de leis descriminalizadoras. Nesses casos, o texto constitucional confere ao Poder Judiciário a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade da atividade normativa do Poder Legislativo para verificar a existência de inconstitucionalidade e proteger os bens jurídicos fundamentais.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Penal. Mandados constitucionais de criminalização. Vedação à proteção deficiente de bens jurídicos.

**Sumário** – Introdução. 1. Os mandados constitucionais de criminalização e a discussão acerca da obrigatoriedade do legislador de castigar lesões a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. 2. A aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos e a eventual inconstitucionalidade por omissão e de leis descriminalizadoras. 3. Interpretação e controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos diante dos mandados constitucionais de criminalização e a possibilidade de ativismo judicial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a existência dos mandados constitucionais de criminalização, que são obrigações de tutela penal estabelecidas pela CRFB/88 para a proteção de determinados bens jurídicos fundamentais, e a aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente, decorrente do princípio da proporcionalidade o qual proíbe não só a proteção em excesso, como também, a proteção deficiente de bens jurídicos.

Nesse contexto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho reconhecendo a existência dos mandados de criminalização, também chamados de mandados de otimização, e analisando se a sua presença no texto constitucional tem o condão de vincular a atuação do legislador, de modo que a criminalização de lesões a bens jurídicos constitucionais se torne obrigatória, ou se a proteção penal desses bens jurídicos está inserida na sua esfera de discricionariedade.

Isso se mostra importante porque a atuação do legislador ordinário, baseada em seu juízo de conveniência, pode ser capaz de ofender o princípio da vedação à proteção deficiente



de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, seja por sua omissão diante das imposições constitucionais de criminalização, seja pela sua atuação na elaboração de leis que descriminalizam determinadas condutas lesivas.

Diante disso, no segundo capítulo, busca-se analisar se a inércia do legislador em atender às imposições constitucionais é capaz de gerar uma inconstitucionalidade por omissão, bem como, se algumas leis descriminalizadoras podem reduzir a proteção de bens jurídicos previstos na Constituição e, conseqüentemente, podem ser consideradas inconstitucionais por violação ao princípio da vedação à proteção deficiente.

Ademais, a discussão acerca da obrigatoriedade do legislador de criminalizar condutas diante dos mandados constitucionais de criminalização e da aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente é de grande relevância, também, no que se refere ao controle de constitucionalidade de leis exercido pelo poder judiciário.

Dessa forma, no terceiro capítulo, procura-se abordar se o reconhecimento dos mandados constitucionais de criminalização pelos tribunais, de forma recorrente, com base na vedação à proteção deficiente interfere no juízo de conveniência do legislador e amplia a atuação do Poder Judiciário em detrimento da atuação do Poder Legislativo, ocasionando um ativismo judicial.

Cumprido destacar que a pesquisa tem natureza aplicada, na medida em que pretende gerar conhecimentos e aplicá-los na solução de problemas. É uma pesquisa exploratória, tendo em vista que busca uma maior compreensão do fenômeno estudado, e possui uma abordagem qualitativa, pois objetiva compreender os fenômenos por meio de suas explicações.

Além disso, a pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, na medida em que há a análise de dados gerais para se alcançar conclusões específicas. Por fim, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, pois se utiliza de materiais e fontes diversas, como legislação, doutrina, jurisprudência e trabalhos científicos, para a sua elaboração.



## 1. OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E A DISCUSSÃO ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DO LEGISLADOR PENAL DE CASTIGAR LESÕES A BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>1</sup> (CRFB/88) traz em seu texto a necessidade de proteção de diversos bens jurídicos fundamentais. Isso decorre da eficácia objetiva dos direitos fundamentais<sup>2</sup> que, ao contrário da eficácia subjetiva a qual impõe um dever de abstenção ao Estado em prol da liberdade dos indivíduos, impõe uma atuação positiva ao Estado a fim de proteger e garantir esses direitos fundamentais.

Em alguns casos, a própria Constituição determina a forma de proteção desses bens jurídicos ao indicar a necessidade de criminalização e penalização ou ao exigir a criminalização e a penalização de certas condutas lesivas, dando origem aos mandados constitucionais de criminalização.

De acordo com Andrade<sup>3</sup>, os mandados constitucionais de criminalização consistem em deveres ou obrigações estatais de criação, não revogação e aplicação do direito penal, provenientes do direito constitucional, os quais também são chamados pela doutrina, dentre outras expressões, de mandados de penalização, cláusulas ou deveres de criminalização, obrigações positivas de criminalização e imposições constitucionais de tutela penal.

Portanto, os mandados constitucionais de criminalização podem ser definidos como obrigações de tutela penal previstas na CRFB/88, as quais impõem uma atuação positiva ao Estado para que, por meio de leis, ele criminalize determinadas condutas lesivas e, como consequência, proteja bens jurídicos constitucionalmente previstos.

Nesse contexto, muito se discute na doutrina a respeito da atuação do legislador ordinário diante das imposições constitucionais de criminalização. Isso porque alguns doutrinadores entendem que os mandados de criminalização são capazes de vincular o legislador, de modo que a proteção penal desses bens jurídicos, considerados fundamentais, não é facultativa, mas sim, obrigatória.

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2022.

<sup>2</sup>Em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Mendes destaca que “a concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*) mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.022.

<sup>3</sup>ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 9.



A esse respeito Luciano Feldens<sup>4</sup> destaca que:

[...] essas normas constitucionais indicam que, ademais de legitimar a atividade do legislador penal, em determinados casos a Constituição exige sua intervenção por meio de normas que designamos mandados constitucionais de tutela penal (criminalização). A Constituição funciona, aqui, como fundamento normativo do Direito Penal, transmitindo um sinal verde ao legislador, o qual, diante da normatividade da disposição constitucional que o veicula, não poderá recusar-lhe a passagem. Trata-se, pois, de uma zona de obrigatoria intervenção do legislador penal.

Nesse mesmo sentido, Ponte<sup>5</sup> afirma que os mandados constitucionais de criminalização são “matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”.

Faz-se necessário ressaltar, entretanto, que a doutrina costuma classificar os mandados constitucionais de criminalização em mandados explícitos ou expressos de criminalização e mandados implícitos ou tácitos de criminalização. Tal distinção torna a controvérsia acerca da limitação da liberdade de atuação do legislador ainda mais complexa, na medida em que a identificação desses mandados constitucionais pode dar margem a diversas interpretações.

Considerando-se o entendimento de Feldens<sup>6</sup>, os mandados explícitos de criminalização são aqueles em que o texto constitucional determina expressamente a necessidade de punição de determinadas condutas lesivas, como por exemplo, o artigo 5º incisos XLII, XLIII e XLIV da CRFB/88<sup>7</sup>, nos quais há previsão de punição das práticas de racismo, tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Em relação aos mandados explícitos de criminalização, Flávio Eduardo Turessi<sup>8</sup> parte da premissa de que o seu reconhecimento pode ser feito de acordo com uma concepção ampla ou com uma concepção restrita e estabelece:

o critério mais amplo de identificação dos mandados expressos de criminalização enxerga a existência dessa obrigatoriedade de atuação do Direito Penal sempre que a norma constitucional se socorra da locução “nos termos da lei”, ou similar. (...) De outro vértice, o critério restritivo de identificação dos mandados expressos de criminalização afasta o seu reconhecimento nessas hipóteses. Exige algo a mais.

<sup>4</sup>FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

<sup>5</sup>PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

<sup>6</sup>FELDENS, op. cit., p. 73-81.

<sup>7</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>8</sup>TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 163-164.



Essa visão restritiva reclama, pois, a verificação de outros indicativos que tornem inequívoca a opção pelo emprego do direito penal como imperativo de tutela.

Diante disso, o autor adota a concepção restritiva dos mandados expressos de criminalização com base nos princípios informadores do direito penal, sobretudo, o da intervenção mínima, o da ofensividade e o da proporcionalidade. Na visão do autor, portanto, os dispositivos constitucionais que contenham a expressão “nos termos da lei” não caracterizam, por si só, a existência de um mandato expresso de criminalização capaz de obrigar o legislador penal a tipificar as condutas ali previstas.

Do mesmo modo, Andrade<sup>9</sup> adota a concepção restritiva dos mandados expressos de criminalização e afirma que apenas haverá um mandato expresso quando a opção constitucional pelo uso das sanções penais for clara e inequívoca, como no caso do artigo 227, §4º da CRFB/88<sup>10</sup>, o qual estabelece que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Por outro lado, os mandados implícitos de criminalização são aqueles que, apesar de não estarem expressamente previstos, podem ser extraídos do texto constitucional e podem determinar a criminalização de certas condutas lesivas. Conforme esclarecido por Evânio Moura<sup>11</sup>, “também nos mandados implícitos de criminalização, tem-se uma limitação da liberdade normativa do parlamento, posto que o mesmo está obrigado a atender o querer da *Lex Legum*”.

Cumprido ressaltar que, sob outra perspectiva, autores como Jorge Figueiredo Dias<sup>12</sup> defendem a inexistência de mandados implícitos de criminalização na CRFB/88<sup>13</sup>. De acordo com o autor:

[...] todo o bem jurídico penalmente relevante tem de encontrar uma referência, expressa ou implícita, na ordem constitucional dos direitos e deveres fundamentais. Mas, justamente em nome do critério da necessidade e da consequente subsidiariedade da tutela jurídico-penal, a inversa não é verdadeira: no preciso sentido de que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização.

<sup>9</sup>ANDRADE, op. cit., p. 12-13.

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>11</sup>MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. In: PONTE, Antonio Carlos da; CASTRO, Wellington Clair de. *Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 102-103.

<sup>12</sup>DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 59.

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

Para Figueiredo Dias, portanto, na falta de um mandado expresso de criminalização, o qual torna obrigatória a atuação do legislador ordinário para criminalizar determinada conduta lesiva, não há razão para reconhecer a obrigação de aplicação da tutela penal.

Entretanto, depreende-se da CRFB/88<sup>14</sup> diversos bens jurídicos fundamentais, como o direito à vida, que indicam a necessidade de tutela penal para que sejam efetivamente garantidos, ainda que não haja um mandado de criminalização previsto de forma expressa no texto constitucional. Isso se verifica, pois não seria razoável que houvesse proteção penal apenas para os bens jurídicos dos quais decorrem os mandados expressos de criminalização e que não houvesse proteção penal para outros bens jurídicos constitucionalmente consagrados, como o direito à vida. Conforme destacado por Turessi<sup>15</sup>:

[...] de forma inegável, a Constituição Federal de 1988 estabelece uma ordem de valores fundamentais que, em determinados casos, ainda que não de forma expressa, reclama, como imperativo de tutela, o recurso do Direito Penal. (...) Dessa forma, valores constitucionalmente consagrados, como, por exemplo, o direito à vida e à integridade física, ainda que inexistente mandado expresso de criminalização, não podem prescindir do Direito Penal, como instrumento de efetiva proteção.

Nesse mesmo sentido, Lênio Streck<sup>16</sup> reconhece a existência dos mandados implícitos de criminalização e afirma que:

[...] não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferencialmente para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Nesse ponto, aliás, entendo que é nesse espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes do texto constitucional.

Apesar de reconhecer que os mandados implícitos indicam ao legislador o dever de criminalizar, Andrade<sup>17</sup> ressalta que sempre que a escolha da norma constitucional pela sanção penal não for expressa, haverá necessidade de demonstração de um dever constitucional de proteção estatal que exija a tutela penal para evitar a proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

---

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>TURESSI, op. cit., p. 173-174.

<sup>16</sup>STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (“*ubermassverbot*”) à proibição de proteção deficiente (“*untermassverbot*”) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, ano 32, nº 97, p. 171-202, mar. 2005.

<sup>17</sup>ANDRADE, op. cit., p. 13.

A respeito da atividade normativa do legislador diante das imposições implícitas de criminalização, Gilmar Mendes<sup>18</sup> aponta que:

[...] como bem anota Luciano Feldens, os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais. No entanto, além dos mandados expressos de criminalização, a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal. Nesse contexto, a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de discricção legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo.

Diante de tais considerações, é possível afirmar que a forma de proteção dos bens jurídicos fundamentais que decorre dos mandados implícitos está inserida na esfera de discricionariedade do legislador, de modo que cabe a ele estabelecer se essa proteção deve ou não ensejar criminalizações. Porém, essa liberdade de atuação não é absoluta, devendo observar as limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade para que a eventual penalização de práticas lesivas seja proporcional às condutas praticadas.

## 2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DE BENS JURÍDICOS E A EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DE LEIS DESCRIMINALIZADORAS

Em primeira análise, faz-se necessário destacar que o princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos decorre do princípio da proporcionalidade. Isso porque o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, a qual proíbe o excesso da atividade estatal na penalização de condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais, bem como, a proteção deficiente ou insuficiente desses bens jurídicos.

Além disso, o princípio da vedação à proteção deficiente está diretamente relacionado à teoria dos mandados constitucionais de criminalização, sobretudo, dos mandados implícitos. Isso ocorre porque, ao interpretar o texto constitucional e extrair o mandado de criminalização, o legislador penal deve observar o princípio da proporcionalidade e adotar as medidas normativas adequadas a fim de que não haja uma proteção deficiente do bem jurídico ali tutelado.

---

<sup>18</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 700.

A respeito da vedação à proteção deficiente e dos mandados implícitos de criminalização, Andrade<sup>19</sup> destaca:

[...] ante a evolução histórica dos direitos fundamentais, entendidos tanto como deveres de abstenção como de tutela estatal, percebe-se que o imperativo da proporcionalidade incide tanto para impedir excessos como para obstar a proteção estatal insuficiente. Os direitos fundamentais, instituídos por normas principiológicas que trazem comandos de otimização, abrem uma ampla esfera de apreciação ao legislador em sua atividade regulamentadora e conformadora: contudo, sua discricionariedade não é ilimitada sendo contido pelo imperativo da proporcionalidade, em sua dupla perspectiva.

Segundo Luciano Feldens<sup>20</sup>, o referido princípio foi constitucionalmente reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão em sua segunda decisão sobre o aborto, na qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei de reforma do Código Penal, que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses da gestação, e destacou que o cumprimento do dever prestacional, que decorre das imposições constitucionais, obriga o legislador a observar a proibição de proteção deficiente para que as medidas por ele adotadas sejam suficientes a uma proteção adequada e eficaz. Nesse contexto, o autor aponta que:

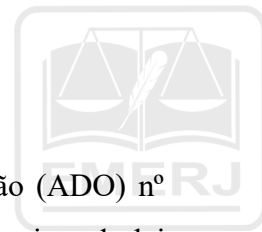
nesse tom, a sentença do Tribunal Constitucional, se bem a entendemos, oportuniza um raciocínio segundo o qual o espaço de atuação do legislador estaria estreitado a dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, sendo que se deve extrair da proibição da proteção excessiva a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima.

Em razão da incidência do princípio da vedação à proteção deficiente, acredita-se que a inércia do legislador em elaborar leis que criminalizem e penalizem condutas lesivas a determinados bens jurídicos fundamentais, diante da existência de imposições constitucionais, pode acarretar uma inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, Feldens<sup>21</sup> assevera que “a proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma *omissão* total ou parcial – vulnera um direito fundamental”.

<sup>19</sup> ANDRADE, op. cit., p. 52.

<sup>20</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 108-110.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 110.



Em 2019, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26<sup>22</sup>, a qual tratava da omissão do Poder Legislativo em relação à votação de projeto de lei para criminalizar a homofobia, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que o conceito de “racismo” abrange a homofobia e reconheceu a inércia do legislador diante dos mandados constitucionais de criminalização presentes no artigo 5º, incisos XLI e XLII da CRFB/88<sup>23</sup>, dos quais decorre a necessidade de criminalização de toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e do racismo, e diante da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos fundamentais. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, “deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição da proteção insuficiente.”

Da mesma forma, no Mandado de Injunção (MI) nº 4.733<sup>24</sup>, o STF destacou:

[...] (ii) considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, é necessária a criminalização específica de tais ofensas porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBTI+ tem tornado inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero; (iii) existe ordem constitucional de legislar criminalmente que obriga o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que: (iii.1) a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, em relação ao qual existe comando constitucional específico de criminalização (art. 5º, XLII, CF [2]); (iii.2) a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, razão pela qual, caso não as entenda como espécies do gênero racismo, se enquadram no disposto no art. 5º, XLI, CF [3], que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais ofensas; (iii.3) todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões. [...].

A respeito da declaração de inconstitucionalidade por omissão, Gilmar Mendes<sup>25</sup> preceitua que “a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.”

Além dos casos em que há omissão legislativa, a proteção deficiente de bens jurídicos também pode ser verificada quando o legislador descriminaliza determinadas

<sup>22</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 25 fev. 2022.

<sup>23</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>24</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 25 fev. 2022.

<sup>25</sup>MENDES, op. cit., p. 1761.

condutas que afetem bens jurídicos fundamentais ou que, à luz da CRFB/88<sup>26</sup>, são consideradas como crimes. Isso porque a descriminalização pode reduzir a proteção dada a esses bens jurídicos, de modo que ela se torne insuficiente. Nesse caso, a lei descriminalizadora pode ser considerada inconstitucional por violação à proteção deficiente.

Nas palavras de Evânio Moura<sup>27</sup>:

[...] importante registrar ser perfeitamente aplicável no Direito Penal o princípio da proporcionalidade, buscando-se evitar o excesso ou a hipossuficiência. Nem se pode punir com extrema severidade condutas que não representam lesão de maior monta a bem jurídico penalmente tutelado, bem como, também não se pode ser leniente ou mesmo descriminalizar condutas que atentam contra graves bens jurídicos.

Nesse contexto, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) nº 971.959<sup>28</sup>, com repercussão geral, o STF entendeu que o artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)<sup>29</sup>, o qual prevê como crime a ação do condutor de se afastar do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, é constitucional. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo, a fim de que a conduta não fosse mais considerada crime em razão do princípio da não autoincriminação, traria uma proteção deficiente ao bem jurídico “administração da justiça”.

Diante da exposição dos referidos julgados, constata-se que o princípio da vedação à proteção deficiente possui grande aplicabilidade prática e muita relevância na defesa e na garantia dos direitos fundamentais. Além disso, a obediência do legislador a tal princípio demonstra o seu esforço para atender às imposições constitucionais de criminalização a fim de que os bens jurídicos sejam protegidos e garantidos da maneira mais apropriada, ou seja, de maneira suficiente. Para Lênio Streck<sup>30</sup>:

[...] com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição da proteção deficiente” (Untermassverbot).”

<sup>26</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>27</sup>MOURA, op.cit. p. 86-87.

<sup>28</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 971.959. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361628>. Acesso em: 25 fev. 2022.

<sup>29</sup>BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm). Acesso em: 25 fev. 2022.

<sup>30</sup>STRECK, op. cit., p. 176-177.

Verifica-se, portanto, que o princípio da vedação à proteção deficiente pode incidir tanto quando há a necessidade de uma atuação positiva do legislador penal, diante de um mandado constitucional de criminalização expresso ou implícito, como para impedir a descriminalização de condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais. É nesse contexto, que a própria CRFB/88<sup>31</sup> prevê a possibilidade de controle judicial da atividade normativa a fim de sanar eventual insuficiência na proteção desses bens jurídicos.

### 3. INTERPRETAÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E DE ATOS NORMATIVOS DIANTE DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE ATIVISMO JUDICIAL

Conforme assinalado anteriormente, os mandados constitucionais de criminalização decorrem da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, a qual impõe uma atuação positiva ao Estado para que ele proteja e garanta esses direitos fundamentais. Como regra, essa atuação positiva do Estado é exercida pelo Poder Legislativo que, por meio de sua função típica de legislar, fica incumbido de elaborar leis que criminalizem condutas capazes de lesar os bens jurídicos fundamentais.

Entretanto, faz-se necessário ressaltar que não há uma liberdade absoluta na atividade normativa do legislador. Isso se verifica, pois ele deve sempre observar as limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição do excesso e em sua vertente de proibição à proteção deficiente, para que a eventual penalização de práticas lesivas seja proporcional às condutas praticadas.

É nesse sentido que a CRFB/88<sup>32</sup> prevê a possibilidade de manifestação do Poder Judiciário quando o legislador não observa as limitações que lhe são impostas, dando ensejo ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Diante do disposto pelos artigos 102, I, “a” e 103, §2º da CRFB<sup>33</sup>, por exemplo, verifica-se que o referido controle de constitucionalidade pode ser efetuado tanto quando há a elaboração de leis contrárias aos preceitos constitucionais como quando há omissão do legislador na elaboração de leis para criminalizar condutas lesivas aos bens jurídicos fundamentais.

Contudo, a possibilidade de controle de constitucionalidade diante da existência de mandados de criminalização, acarreta uma enorme discussão no âmbito jurídico. Isso ocorre

---

<sup>31</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>Ibid.

porque esse controle exercido pelos juízes e pelos tribunais, para a efetivação das normas constitucionais, pode interferir no juízo de conveniência do legislador e ampliar a atuação do Poder Judiciário em detrimento da atuação do Poder Legislativo, ocasionando um ativismo judicial.

Para Luís Roberto Barroso<sup>34</sup>, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Em relação ao ativismo judicial, Elival da Silva Ramos<sup>35</sup> aponta que:

a singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior (...) a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).

O ativismo judicial pode ser visto, com mais facilidade, na atuação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que ele é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da CRFB/88. Apesar disso, os demais tribunais e os juízes de primeiro grau também possuem um papel significativo na garantia dos valores constitucionalmente consagrados, tendo em vista que, muitas vezes, são incumbidos de efetuar o controle da atividade normativa do legislador, a qual é capaz de gerar uma inconstitucionalidade.

A respeito do ativismo judicial praticado pelo STF, Barroso<sup>36</sup> destaca:

[...] há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias, e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público, sobre criação de município e sobre a criminalização da homofobia – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua

<sup>34</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 160.

<sup>35</sup>RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142-143.

<sup>36</sup>BARROSO, op.cit., p. 160.



função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito.

É possível verificar uma posição ativista do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.899<sup>37</sup>, por exemplo, no qual o tribunal entendeu que o dispositivo da Lei nº 9.504/1997<sup>38</sup>, o qual determinava a implementação do voto impresso no Brasil, era inconstitucional, conforme se expõe:

[...] 1. A exigência legal do voto impresso no processo de votação, contendo número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, vulnera o segredo do voto, garantia constitucional expressa. 2. A garantia da inviolabilidade do voto impõe a necessidade de se assegurar ser impessoal o voto para garantia da liberdade de manifestação, evitando-se coação sobre o eleitor. 3. A manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, o que não se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor. 4. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 12.034/2009.

Cumprido ressaltar, que, apesar da importância de uma participação ativista do Poder Judiciário para a efetivação de normas constitucionais, o exercício do controle de constitucionalidade deve respeitar os limites constitucionalmente previstos a fim de evitar eventual violação à separação de poderes. Segundo Alexandre de Moraes<sup>39</sup>:

[...] o bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.

Nesse contexto, Ramos<sup>40</sup> aponta que:

se, por meio do exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder, etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder

<sup>37</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.899*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315097717&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

<sup>38</sup>BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 08 mar. 2022.

<sup>39</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 874.

<sup>40</sup>RAMOS, op. cit., p. 144.

Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional (...). Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada da discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). [...].

Diante do exposto, verifica-se que a interpretação e o controle de leis e atos normativos, diante dos mandados constitucionais de criminalização, podem caracterizar a existência de ativismo judicial. Entretanto, o Poder Judiciário, em especial o STF, possui atribuições provenientes do texto constitucional, as quais determinam que, quando provocado a processar e julgar determinada demanda, o tribunal analise a atuação do Poder Legislativo a fim de sanar eventuais inconstitucionalidades por ação ou por omissão e, assim, proteger e garantir os valores constitucionalmente consagrados.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o trabalho apresentado objetivou demonstrar a existência de divergência doutrinária acerca dos mandados constitucionais explícitos e implícitos de criminalização e as consequências decorrentes do seu reconhecimento. Verificou-se, portanto, que os mandados constitucionais de criminalização são obrigações de tutela penal que decorrem da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, a qual impõe uma atuação positiva ao Estado para que ele promova a proteção e a garantia desses direitos.

Diante disso, analisou-se se o reconhecimento de um mandato constitucional que exija a criminalização ou que indique a necessidade de criminalização de condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais vincula a atuação do legislador, para que ele seja obrigado a penalizar a referida conduta, ou se a sua atuação normativa, nesses casos, é discricionária. Nesse contexto, foi possível constatar que há diversos pontos de vista doutrinários a respeito do tema, principalmente, em decorrência da diferenciação entre os mandados explícitos de criminalização e os mandados de implícitos de criminalização.

Apesar da grande divergência na doutrina, percebeu-se que o reconhecimento de mandados de criminalização previstos de forma explícita no texto constitucional vincula a atuação do legislador e faz com que a elaboração de leis que criminalizem e penalizem condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais não seja facultativa, mas sim, obrigatória. Por outro lado, ficou claro que o reconhecimento de mandados implícitos no texto constitucional confere ao legislador uma maior liberdade em sua atuação normativa. Essa liberdade,



entretanto, não é absoluta ou ilimitada, na medida em que ele deve sempre observar as limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade.

Além disso, o trabalho destacou a incidência do princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos, o qual decorre da dupla face do princípio da proporcionalidade, na medida em que ele proíbe tanto o excesso da atividade estatal na penalização de condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais como a proteção deficiente ou insuficiente desses bens jurídicos. O princípio da vedação à proteção deficiente, portanto, relaciona-se diretamente à teoria dos mandados constitucionais de criminalização, pois ao interpretar o texto constitucional e extrair o mandato de criminalização, o legislador deve observar o princípio da proporcionalidade e adotar as medidas normativas adequadas para que não haja uma proteção deficiente do bem jurídico ali tutelado.

A proteção deficiente pode ser verificada tanto quando há omissão do legislador, diante de uma imposição constitucional de criminalização, como quando há a ação do legislador de descriminalizar condutas lesivas a bens jurídicos cuja penalização decorre do texto constitucional. Em ambos os casos, pode haver o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão ou de inconstitucionalidade da lei descriminalizadora feito pelo Poder Judiciário, o qual exerce o controle de constitucionalidade.

Dentro dessa perspectiva, a pesquisa buscou analisar, por fim, se o controle da atividade do legislador, a fim de verificar eventuais inconstitucionalidades em razão da inobservância de mandados de criminalização, e se a limitação de sua liberdade de atuação pelo Poder Judiciário são capazes de ampliar a atividade desse Poder em detrimento da atividade do Poder Legislativo e ocasionar um ativismo judicial.

Nesse contexto, verificou-se que, nem sempre, a intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Legislativo acarreta um ativismo judicial e viola o princípio constitucional da separação de poderes. Isso porque, nos casos de inobservância dos mandados de criminalização, o controle de constitucionalidade da atuação legislativa é conferido ao Poder Judiciário pelo próprio texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.



BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm). Acesso em: 25 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 08 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.899*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315097717&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 25 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 25 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 971.959*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361628>. Acesso em: 25 fev. 2022.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022.

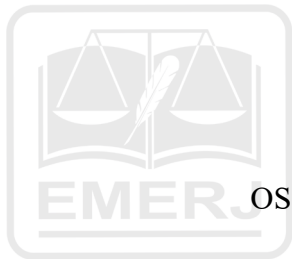
MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. In: PONTE, Antonio Carlos da; CASTRO, Wellington Clair de. *Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (“*ubermassverbot*”) à proibição de proteção deficiente (“*untermassverbot*”) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, ano 32, nº 97, p. 171-202, mar. 2005.

TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015.



## OS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES NA EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Anderson Silva Prata

Graduado em Direito pela Universidade Iguazu do Estado do Rio de Janeiro – Campus Nova Iguazu. Graduado em Gestão de Recursos Humanos. Membro Representante da Sociedade Civil no Conselho Estadual de Acompanhamento e Controle Social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica no Rio de Janeiro-Cacs FUNDEB/RJ.

**Resumo**—os padrões decisórios vinculantes são fontes de direito potencialmente úteis na garantia da eficácia na prestação jurisdicional. Em divergência de parte da doutrina, o direito processual civil possibilita rediscussão de teses vinculantes, desde que observados requisitos norteadores, consonantes a princípios constitucionais basilares. Assim, não há engessamento do Judiciário. A (re)formulação de temas consolidados sujeitam-se à participação popular através da Sociedade Civil. Com efeito, é possível uma profunda reflexão do tema posto ao debate, suscetível à consolidação. O aprofundamento permite decisões mais humanas, ao considerar os efeitos práticos da decisão inerentes à busca pela harmonia social. Os vinculantes consolidam no Judiciário uma gestão efetivamente participativa, ao homenagear a Supremacia do Interesse Público, em face de entendimentos superados ou minoritários. Há demonstração inovadora de que, na atividade jurisdicional, os vinculantes abrangem tanto súmulas quanto súmulas vinculantes, divergindo de quase totalidade da doutrina. Temas consolidado e proposto à consolidação demonstram a relevância para Eficácia da prestação jurisdicional, que atinge seu ápice quando alcança o fim do direito- a paz.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Padrões decisórios vinculantes. Racionalização. Sociedade Civil. Engessamento.

**Sumário** – Introdução. 1. Os padrões decisórios vinculantes e as respectivas utilidades em defesa da Eficácia na prestação jurisdicional. 2. A racionalização de temas pelo poder judiciário como elemento propulsor da eficiência em face dos anseios sociais. 3. A relevância da sociedade civil na atividade jurisdicional e os respectivos instrumentos de legitimação. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O artigo rompe a relação dos padrões decisórios vinculantes, aperfeiçoados no Código de Processo Civil- CPC, em 2015, ao engessamento do Judiciário. Relacionam-se os vinculantes à eficácia da prestação jurisdicional, ao serem potencialmente úteis no cumprimento dos princípios constitucionais.

No primeiro capítulo, os padrões decisórios vinculantes são definidos como resultado da racionalização na atividade jurisdicional. Além de identificar padrões pacificamente adotados pela doutrina como vinculantes, o artigo prova que toda súmula, desde que, claro,



vigente, na atividade jurisdicional, é vinculante. Relacionam-se, ainda, os vinculantes à finalidade do direito- a paz.

No segundo capítulo, uma análise temporal do surgimento dos padrões decisórios vinculantes, revela o desenvolvimento gradual da eficiência na prestação jurisdicional. Anseios sociais, até então, inatingíveis em razão de ineficácias de normas, são atendidos pelos vinculantes. Colacionam-se temas firmados pelo Judiciário, que foram capazes de equilibrar relações sociais e, com efeito, permitir maior confiabilidade dos jurisdicionados.

No terceiro capítulo, demonstra-se a relevância da sociedade civil na atividade jurisdicional, nacional e internacionalmente, através dos preceitos normativos de participação no firmamento de teses norteadoras das relações sociais. Verifica-se a representação do povo na legitimidade da sociedade civil nos processos em que se formam os padrões decisórios vinculantes.

A pesquisa é de natureza exploratória, em face da análise prévia da pertinência ao assunto; da necessidade de novas pesquisas e áreas a serem exploradas. A metodologia de base consiste de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com análise de artigos, decisões, livros e acervos eletrônicos. Assim, toda pesquisa está harmonizada ao tema do artigo, ao identificar os padrões decisórios vinculantes na Eficácia da prestação jurisdicional. Além disso, permite ao leitor compreender a importância teórica, inovadora e experimental de teses consolidadas.

## 1. A IDENTIFICAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES E RESPECTIVAS UTILIDADES EM DEFESA DA EFICÁCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Defender a eficácia na atividade jurisdicional é zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais basilares nos casos submetidos à jurisdição. É neste sentido que o artigo 8º do Código de Processo Civil<sup>1</sup> determina ao magistrado, na aplicação do ordenamento jurídico, o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, sem prejuízo dos princípios constitucionais. Nessa missão, os padrões decisórios vinculantes são potencialmente úteis.

Necessário verificar a abrangência dos padrões decisórios, que comportam precedentes e enunciados de súmula. E ambos esses padrões decisórios atuam com função normativa,

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2022.

sendo, pois fontes do Direito<sup>2</sup>. Quando a quantidade de demandas, versando sobre a mesma questão de direito, aumenta, ao ponto de prejudicar o tempo razoável de duração de processos e a isonomia, torna-se imprescindível a racionalização. A eficácia da atividade jurisdicional depende do tempo de espera e tratamento igualitário aos submetidos à situação jurídica idêntica.

O precedente, pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior<sup>3</sup>, difere-se de súmula. Esta é algo que se extrai de diversas decisões sobre a mesma matéria<sup>4</sup>. Essas fontes do direito assumem caráter vinculante, quando a racionalização, praticada pelo Judiciário, no cumprimento dos princípios constitucionais, revela-se determinante para uma prestação jurisdicional eficaz.

Quando constituídos de força vinculante, os padrões decisórios são capazes de solucionar a ausência de efetividade, eficácia social, das normas. A norma pode ser eficaz, quando está apta a produzir os efeitos que lhe são próprios<sup>5</sup>, mas não possuiu eficácia social, efetividade, ao não cumprir sua finalidade<sup>6</sup>. Quando a norma não é cumprida ou seus efeitos são incapazes de harmonizar as relações sociais, o resultado é um aumento de demandas judiciais. A atividade jurisdicional, então, fica incumbida de atender aos anseios sociais de forma racional, equânime. Neste sentido<sup>7</sup>:

Neste cenário, é que se inserem os mecanismos que possam tentar realizar a árdua tarefa de julgar os litígios envolvendo direitos individuais homogêneos de centenas, milhares ou milhões de pessoas, mediante uma ou poucas ações coletivas ou outros meios de resolução coletiva de demandas repetitivas, de massa ou plúrimas. E também os instrumentos voltados para a solução de questões comuns enfrentadas pelos órgãos judiciários, ainda que em demandas heterogêneas, como escopo de se garantir, ao mesmo tempo, a economia processual e o princípio da isonomia. (...) O mecanismo diante das demandas repetitivas terá que ceder à lógica da gestão, na qual o julgamento reiterado e desenfreado terá que dar lugar à lógica da racionalização

Os vinculantes refletem em tratamento isonômico ao jurisdicionado, porque viabiliza o mesmo julgamento, em face de mesma situação jurídica decorrente da ineficácia social da

<sup>2</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual de Direito Processual Civil*. Barueri: Atlas, 2022, p.19.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.27.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.24.

<sup>5</sup> GOMES, Rede de Ensino Luiz Flavio. *Validade, Vigência e Eficácia das Normas*. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147091/validade-vigencia-e-eficacia-das-normas>>. Acesso em: 25 mar.2022.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.9.



norma. Neste contexto, nasce o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ante a existência da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica<sup>8</sup>. Assim, o processo civil comporta os incidentes nos tribunais locais e superiores<sup>9</sup>.

Outro fator da racionalização é a redução do tempo de espera. É o caso, por exemplo, da tutela de evidência, que será concedida, independentemente da demonstração da urgência, quando houver tese firmada em sede de repetitivos ou súmula vinculante. Além disso, permite ao magistrado conceder tutela em caráter liminar<sup>10</sup>. Não diferente, há redução do tempo de espera, ante a inibição de recursos destinados a rediscutir direito consolidado.

Os artigos 1030 e 1042 do Código de Processo Civil determinam a negativa ao recurso especial ou extraordinário contra acórdão, que esteja em conformidade a entendimento firmado em sede de recurso especial ou extraordinário repetitivos<sup>11</sup>. Neste caso, sequer cabe agravo dirigido ao tribunal superior. Questiona-se, então, se há engessamento por, aparentemente, inviabilizar a possibilidade de mudança no entendimento.

A resposta é categoricamente negativa. O código vedou a rediscussão de matéria, sob fundamentos superados de maneira exaustiva, repetitiva. Após realizar fundamentação adequada e específica, demonstrando que a superação do entendimento será o melhor para a segurança jurídica, a proteção da confiança e da isonomia, o recurso especial poderá ter fundamento por violação ao artigo 927, parágrafo 4º do Código de Processo Civil<sup>12</sup>. Alguns temas são praticamente impossíveis de serem alterados. É o caso do repetitivo, tema 1076 do Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup>, em que preservou a segurança jurídica, fez prevalecer o que dispõe o código e eliminou, definitivamente, os honorários “loteria”.

Assim, atendidos os requisitos processuais, o recurso especial poderá ser recebido por tribunal superior, ainda que contrário a tema consolidado, em razão do assegurado pelo código processual. O cumprimento dos requisitos revela a racionalização, que exige das partes, ao adotarem determinado posicionamento, a demonstração de melhor resultado ao equilíbrio social. Requer, assim, humanização do conflito e sensibilidade ao tema. Da mesma

---

<sup>8</sup> BRASIL, op.cit., nota 01.

<sup>9</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, prefácio.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo nº 1906618*. Relator Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16032022-STJ-veda-fixacao-de-honorarios-por-equidade-em-casos-de-grande-valor-com-apoio-no-CPC.aspx>>. Acesso em: 25 mar.2022.

forma, um acórdão pode promover essa fundamentação em potencial de modificar o vinculante, cabendo ao tribunal competente, em sede recursal, decidir pela mudança ou não do entendimento consolidado.

Os padrões decisórios vinculantes também permitem ao relator acolher ou rejeitar monocraticamente um recurso, dispensando a submissão do direito ao colegiado e, com efeito, reflete mais uma vez redução do tempo de espera. É o que dispõe o artigo 932, incisos IV e V do Código de Processo Civil<sup>14</sup>. Em face da utilidade processual dos padrões decisórios vinculantes, cumpre demonstrar a força vinculante dos elementos constantes no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil<sup>15</sup>.

As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência e temas firmados em sede de repetitivos são pacificamente compreendidos como vinculantes. Assim, demonstra-se a força vinculante das súmulas e dos órgãos especiais aos quais estiverem vinculados em matéria constitucional. No capítulo seguinte, demonstra-se, ainda, a força vinculante do mandado de injunção.

Inicialmente, diferencia-se súmula vinculante de súmula. Esta não vincula órgãos de outros poderes como ocorre com a vinculante, ao teor do artigo 2º da Lei nº 11417/2006<sup>16</sup>. No entanto, ambas vinculam órgãos do poder Judiciário na atividade jurisdicional. Suscitada pela parte a aplicação da súmula ao caso, o magistrado deve enfrentá-la, sob pena de omissão, conforme o artigo 927, inciso IV do Código de Processo Civil<sup>17</sup>.

Após o enfrentamento da súmula, o magistrado somente poderá negar o direito pretendido, se demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, nos termos do artigo 489, inciso VI, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil<sup>18</sup>. Com efeito, se não houver distinção jurídica do caso, a não aplicação da súmula só ocorrerá se estiver superada. No entanto, a superação de súmula, assim como para mudanças das teses firmadas em sede de repetitivos, depende de procedimento específico.

O artigo 125 do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça<sup>19</sup> determina a prevalência das súmulas, que somente podem ser alteradas através de procedimento previsto

---

<sup>14</sup>BRASIL, op.cit., nota 01.

<sup>15</sup>Ibidem.

<sup>16</sup>BRASIL. *Lei nº 11.417*, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm)>. Acesso em: 25 mar.2022.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

no regimento. Com efeito, é impossível demonstrar a superação de súmula, se ela permanece vigente e, assim, ao magistrado caberá aplicá-la, em situação jurídica adequada ao direito sumulado. Da mesma forma, na dicção do artigo 11, inciso III do regimento interno do Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>, o entendimento do ministro contrário à súmula, depende da submissão ao plenário.

No artigo 129 do regimento interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>21</sup>, RITJRJ, consta a súmula como uniformizadora da jurisprudência. Uniformizada, não pode o magistrado decidir em sentido contrário. Assim, a súmula vigente, suscitada, quando adequada ao caso, deverá ser aplicada, enquanto não houver a superação na forma preceituada nos regimentos dos respectivos tribunais. Com efeito, toda súmula vigente, na atividade jurisdicional, é vinculante. O que não se confunde com engessamento. O artigo 122 do RITJRJ<sup>22</sup>, por exemplo, permite qualquer magistrado suscitar a modificação do verbete.

A diferença entre súmula, não vinculante, para tema firmado em sede de repetitivos, no tocante a vinculação, encontra-se numa resistência maior para modificação atribuída aos repetitivos. Enquanto a súmula pode ser modificada por procedimentos regimentais, os repetitivos dependem da lei processual, que exige maiores requisitos. Noutra giro, os regimentos ratificam eficácias vinculantes. É o caso do RITJRJ em que o artigo 109<sup>23</sup> reconhece força vinculante decorrente de declaração de inconstitucionalidade do órgão especial. O resultado é uma prestação jurisdicional eficaz, porque, ao viabilizar harmonia no entendimento, promove a paz, que é o fim do direito, conforme defende Rudolf Von Ihering<sup>24</sup>:

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Essa luta não é propriamente do Judiciário. A luta é do povo, que a exerce também através da sociedade civil. Assim, há uma exigência cada vez maior dos poderes em responder

<sup>20</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/REGIMENTO%20STF.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

<sup>21</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/10136/15998/regimento-interno-24mar2022.pdf/4eea9e84-091b-e574-3424-594c19d3e3f4?version=1.0>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> PENSADOR. *O fim do Direito é a paz*. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/NDQ00TU/>>. Acesso em: 25 mar. 2022.



os anseios sociais com a efetiva participação popular. Com efeito, o ordenamento jurídico cria instrumentos processuais destinados a legitimar a participação da sociedade civil. A racionalização de temas, submetida à participação popular, resulta em padrões decisórios vinculantes, que se destinam a atingir a finalidade do direito- a paz.

## 2. A RACIONALIZAÇÃO DE TEMAS PELO PODER JUDICIÁRIO COMO ELEMENTO PROPULSOR DA EFICIÊNCIA EM FACE DOS ANSEIOS SOCIAIS

A racionalização do Judiciário acontece de forma gradual, em atendimento aos anseios sociais. A Emenda Constitucional nº 3/1993<sup>25</sup> atribuía à Ação Declaratória de Constitucionalidade força vinculante. A Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>26</sup>, regulamentada pela Lei nº 11.147/2006<sup>27</sup>, passou a exigir a repercussão geral nas questões submetidas ao Recurso Extraordinário. Assim, os temas enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal deixaram de abarcar direitos restritos às partes.

A Lei nº 11.418/2006<sup>28</sup> introduziu o artigo 543-B no antigo Código de Processo Civil de 1973<sup>29</sup> com racionalização da multiplicidade de recursos, em idêntica controvérsia de direito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, a Lei nº 11.672/2008<sup>30</sup> estabeleceu o recurso especial repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e incumbiu aos tribunais estaduais a competência para negar recurso especial contrário à tese firmada em sede de repetitivos.

No âmbito dos tribunais regionais e estaduais, a racionalização esteve presente, antes das modificações trazidas pelo atual Código de Processo Civil. Com fundamento na súmula vinculante 10<sup>31</sup> da suprema corte, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2015, concedeu segurança contra acórdão de câmara civil, que decidiu em sentido oposto ao órgão especial. Na ocasião, foi reiterada a vinculação dos órgãos fracionários, sob pena de inconstitucionalidade e violação dos dispositivos regimentais.

<sup>25</sup>BRASIL. *Emenda Constitucional nº 03*, de 17 de março de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm)>. Acesso em: 18 fev.2022.

<sup>26</sup>BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 18 fev.2022.

<sup>27</sup>BRASIL, op.cit., nota 16.

<sup>28</sup>BRASIL. *Lei nº 11418*, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm)>. Acesso em: 18 fev.2022.

<sup>29</sup>BRASIL, op.cit., nota 01.

<sup>30</sup>BRASIL. *Lei nº 11.672*, de 8 de maio de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111672.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111672.htm)>. Acesso em: 18 fev.2022.

<sup>31</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº10*. Disponível em: <[https://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2224/Sumulas\\_e\\_enunciados](https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2224/Sumulas_e_enunciados)>. Acesso em: 18 fev.2022.



Fora do rol do artigo 927 do Código de Processo Civil<sup>32</sup>, o mandado de injunção também deve ser observado pelos tribunais. O Supremo Tribunal Federal vinha conferindo efeitos erga omnes ao mandado de injunção, em razão de viabilizar exercício de direito fundamental insculpido no artigo 5º, inciso LXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>33</sup>. No entanto, o alcance vinculativo do direito firmado em sede do mandado de injunção foi sedimentado pelo artigo 9º da Lei nº 13300/2016<sup>34</sup>.

A atribuição de força vinculante ao mandado de injunção conforma-se ao objetivo fundamental de desenvolvimento, previsto no artigo 3º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>35</sup>. Neste sentido, em resposta à Defensoria Pública, no Mandado de Injunção nº 7300<sup>36</sup>, ante a falta de norma regulamentadora da Lei nº 10835/2004<sup>37</sup>, a suprema corte, em 2021, ressaltou a dignidade da pessoa humana inerente ao exercício da cidadania:

O mandado de injunção é instrumento para suprir omissão a tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.(...) A cidadania não se limita ao direito de votar e ser votado. Deve ser interpretada em conjunto com os valores e direitos encerrados na Constituição Federal. Dignidade, liberdade e igualdade são alguns deles, levando Ulisses Guimarães a denominá-la cidadã

Ficou estabelecido de forma vinculativa o pagamento de auxílio de um salário mínimo a pessoas acometidas por vulnerabilidade econômica, a partir de 2022. A sensibilidade dos magistrados, com a situação calamitosa, socorre mais de 16 milhões de pessoas, mormente após a pandemia internacional<sup>38</sup>, independentemente da idade ou condições físicas. A suprema corte foi além dos direitos individuais homogêneos e discorreu sobre a gestão participativa condigna ao Estado Democrático de Direito em que ressaltou a imprescindibilidade de condições econômica e social para exercício da cidadania<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> BRASIL, op.cit., nota 01.

<sup>33</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 fev.2022.

<sup>34</sup>BRASIL. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm)>. Acesso em: 18 fev.2022.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 7300*. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1267966151/mandado-de-injuncao-mi-7300-df-0089397-8320201000000/inteiro-teor-1267966159>>. Acesso em: 18 fev.2022.

<sup>37</sup> BRASIL. *Lei nº 10835*, de 8 de janeiro de 2004. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.835.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.835.htm)>. Acesso em: 18 fev.2022.

<sup>38</sup>Ibidem.

<sup>39</sup>BRASIL, op.cit., nota 35.

Outra ferramenta voltada para Eficácia Jurisdicional, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi introduzido pela Lei nº 13.105 de 2015<sup>40</sup>. A força vinculativa, atribuída pelos artigos 927, 985 e 988 do Código de Processo Civil<sup>41</sup>, permite reclamação dirigida ao respectivo tribunal contra decisão contrária à tese firmada, que alcança todos os processos, em curso, com direito idêntico.

Nos tribunais superiores, em reconhecimento aos benefícios trazidos pelos vinculantes, o firmamento de teses é cada vez maior. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repetitivos, consolidou o entendimento de que “O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro”.<sup>42</sup> Na prática, o comprovante de pagamento do ITBI poderá ser dispensado por decisão judicial, através de tutela de evidência, para se registrar o contrato habitacional.

No Superior Tribunal de Justiça, a crescente demanda consumerista ensejou o repetitivo em que se firmou o tema 953: “A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação”.<sup>43</sup> Em 2020, segundo Infomoney, o volume em crédito, concedido pelos bancos, ultrapassou R\$ 7,36 trilhões de reais, superando o Produto Interno Bruto Brasileiro de R\$ 7,3 trilhões em 2019.<sup>44</sup>

Uma análise simples permite compreender o impacto. Tomando por base a taxa de juros de 1% nos contratos, em 2020, temos uma diferença de 350 bilhões de reais a mais, quando operado de forma capitalizada. Assim, os padrões decisórios vinculantes são capazes de limitar direitos de consumidores, impactando a ordem econômica. Com efeito, o Judiciário equilibra as relações jurídicas, em razão dos conflitos sociais diariamente submetidos à jurisdição.

Os anseios populacionais também se manifestam através da sociedade civil, em resposta à necessidade do equilíbrio no exercício do direito nacional e internacional. Em reconhecimento aos princípios consagrados pela organização dos Estados Americanos, focada

---

<sup>40</sup> BRASIL, op.cit., nota 01.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Repetitivo em Agravo nº 1294969*. Relator Ministro Presidente Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345685716&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 fev.2022.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo nº 1388972/SC*. Relator Ministro Marco Buzzi. <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27201301760262%27.REG>>. Acesso em: 19 fev.2022.

<sup>44</sup> ESTADÃO. *Conteúdo. Ativos de bancos somam 7,4 trilhões e superam PIB brasileiro*, 25 de jul. 2020. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/economia/ativos-de-bancos-somam-r-74-trilhoes-e-superam-pib-brasileiro/>>. Acesso em: 19 fev.2022.



no aumento de participação da sociedade civil nos assuntos governamentais<sup>45</sup>, o Supremo Tribunal Federal atribuiu prevalência do *Pacto de San José*<sup>46</sup>sobre leis ordinárias<sup>47</sup>.

Assim, o entendimento, pela constitucionalidade da prisão do depositário infiel, restou vencido em 2006<sup>48</sup>. Em 16/12/2009, o Pleno editou a súmula vinculante 25 “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”<sup>49</sup>. Em particular, essa tese revela como a vinculação se estabelece, ao longo dos anos, em sinônimo de justiça. Atualmente, a prisão do depositário infiel seria um total absurdo.

No entanto, os benefícios, oriundos dos padrões vinculantes, seriam inócuos, se não existissem parâmetros capazes de diminuir demandas judiciais inerentes à expectativa da harmonia social. O tribunal a quem compete dizer finalmente sobre interpretação de lei federal, vedou a reclamação ao Superior Tribunal de Justiça contra decisões dissonantes de temas firmados em repetitivos, na forma do artigo 988 do Código de Processo Civil<sup>50</sup>. Ao considerar os efeitos práticos da decisão, ao teor do artigo 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, a Ministra Nancy Andrighi assentou<sup>51</sup>:

[...] 7.Outrossim, a admissão da reclamação na hipótese em comento atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação dos litígios(...)Uma vez uniformizado o direito, é dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto.(...)Em tal sistemática, a aplicação em concreto do precedente não está imune à revisão, que se dá na via recursal ordinária, até eventualmente culminar no julgamento, no âmbito do Tribunal local, do agravo interno de que trata o art.1.030, § 2º, do CPC/15.

A evolução do Judiciário, mais participativo, integrado à sociedade civil, nacional e internacionalmente, revela-se na eficácia da prestação jurisdicional. Aliado a outros fatores, tais como a justiça digital, os padrões decisórios vinculantes melhoram continuamente o

---

<sup>45</sup>SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *MPMA, Materiais Educacionais, de treinamento e Advocacy*. Disponível em:<[https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros\\_de\\_apoio/cao\\_direitos\\_humanos/direitos\\_humanos/textos/sistemaInteramericano.htm](https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/textos/sistemaInteramericano.htm)>. Acesso em: 19 fev.2022.

<sup>46</sup>BRASIL. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 19 fev.2022.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº466.3431-SP*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 19 de fev.2022.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº25*. Disponível em:<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula774/false>>. Acesso em: 19 fev.2022.

<sup>50</sup> BRASIL, op.cit., nota 01.

<sup>51</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 36476-SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Rcl%2036476.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

desempenho processual e, com efeito, a expectativa da sociedade. Não diferente, uma pesquisa promovida pelo IPESPE, FGV e AMB, em 2019, demonstra o Judiciário, dentre os poderes, com o maior nível de confiabilidade pelos brasileiros<sup>52</sup>.

Dados do Conselho Nacional de Justiça demonstram a menor taxa de crescimento histórica de processos judiciais, em 2017, com um acervo de 80,1 milhões de ações na espera de solução definitiva. Em 2019, a quantidade de processos baixados atingiu a marca histórica de 35,4 milhões de casos. Em 2020, eram 75,4 milhões de processos em tramitação- a menor quantidade, desde 2009<sup>53</sup>. Assim, a busca constante pela Eficiência, através de mecanismos materiais, jurídicos e processuais reflete melhoria da Eficácia jurisdicional, em face dos anseios sociais, que também se representam através da sociedade civil.

### 3. A RELEVÂNCIA DA SOCIEDADE CIVIL NA ATIVIDADE JURISDICIONAL E OS RESPECTIVOS INSTRUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil<sup>54</sup> é também denominada de cidadã, ao contemplar a gestão participativa estatal. No artigo 1º, parágrafo único<sup>55</sup> há atribuição do poder ao povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos do próprio texto constitucional. Neste sentido, a participação da sociedade civil na formação de temas vinculantes é relevante. Cláudia Barbosa e Danielle Pamplona entendem que a visibilidade das sessões públicas, na mídia, do Judiciário é essencial para efetividade da gestão participativa inerente ao Estado Democrático de Direito<sup>56</sup>.

Não diferente, o artigo 8º do Código de Processo Civil<sup>57</sup> estabelece a missão do magistrado em atender as exigências do bem comum, sem prejuízo aos princípios constitucionais basilares. Comprometidas com a sociedade, as Leis nº 9.868/1999<sup>58</sup> e 9.882/1999<sup>59</sup>, que regulamentam as ações diretas de inconstitucionalidade, as ações

---

<sup>52</sup> ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. *Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro*, dezembro de 2019. Disponível em: <[https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO\\_DA\\_IMAGEM\\_DO\\_JUDICIARIO\\_BRASILEIRO\\_COMPLETO.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf)>. Acesso em: 20 fev.2022.

<sup>53</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB\\_V2\\_SUMARIO\\_EXECUTIVO\\_CNJ\\_JN2020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf)>. Acesso em: 20 fev.2022.

<sup>54</sup> BRASIL, op.cit., nota 32.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. A Judicialização da Política e as Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, 2011. N. 18, p. 69-78

<sup>57</sup> BRASIL, op.cit., nota 01.

<sup>58</sup> BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>59</sup> BRASIL. *Lei nº 9.882*, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.





declaratórias de constitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental, possibilitam audiências públicas, visando o fomento à participação social.

A missão do legislador, em dar voz à sociedade na atividade jurisdicional, verifica-se com análise de dispositivos inerentes aos ritos processuais. Nos termos do artigo 1038, inciso I do Código de Processo Civil<sup>60</sup>, em recursos extraordinários e especiais repetitivos, o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno.

O artigo 1035, parágrafo 4º do Código de Processo Civil<sup>61</sup> possibilita a manifestação de terceiro, em sede de repercussão geral. O artigo 983<sup>62</sup> determina a oitiva de interessados, pessoas, órgãos e entidades nos temas submetidos ao incidente de resolução de demandas repetitivas. A figura do *amicus curiae* tem previsão expressa no artigo 138 do Código de Processo Civil<sup>63</sup>.

O *Amicus Curiae* permite a participação da sociedade em diversas modalidades processuais. A suprema corte tem admitido a habilitação, desde que cumpridos os requisitos da necessidade e utilidade. Neste cenário, o Ministro Ayres Britto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510<sup>64</sup>, acatou o pedido de audiência pública formulado pela Procuradoria Geral da República, além de deferir o ingresso de cinco *amicus curiaes*, ressaltando a relevância da sociedade civil:

Além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.

O indeferimento na habilitação de *amicus curiae* não obsta a legitimidade de organizações na formação dos vinculantes. A suprema corte recepciona memoriais de entidades nas ações, mesmo quando ausentes os requisitos de *amicus curiae*. Assim, a legitimidade da sociedade civil para, de alguma forma, contribuir na formação de temas, com abrangência dos vinculantes, não é limitada aos requisitos exigidos pelo ordenamento, tais como a demonstração da utilidade e necessidade.

---

<sup>60</sup>BRASIL, op.cit., nota 01.

<sup>61</sup>Ibidem.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Estreitar a relação com a sociedade civil, ainda que, em princípio, fora do âmbito dos vinculantes, permite o fortalecimento da gestão participativa. Assim, tem-se um Judiciário cada vez mais participativo. Não diferente, no cenário internacional, a Organização das Nações Unidas fomenta a participação social, através de Organizações Não Governamentais, na tomada de decisões.

Estima-se em 30 mil o número de pessoas que participaram dos foros das organizações não governamentais (ONGs), paralelamente à Conferência de Pequim (China) sobre a Mulher, em 1995, e em 35 mil as pessoas que participaram da Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, em Joanesburgo (África do Sul), em 2002. A ONU já alcançou o apoio de 3052 ONGs<sup>65</sup>. Os efeitos demonstram reflexão, aprofundamento dos temas e visibilidade popular internacional.

A carta da organização das nações unidas, promulgada no Brasil pelo Decreto 19841 de 1945<sup>66</sup>, prevê em seu artigo 71 a consulta de organizações não-governamentais em assuntos no âmbito da respectiva competência. Os entendimentos podem ser firmados com organizações nacionais e internacionais, depois de efetuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso. A necessidade de se inclinar aos anseios populacionais, na tomada de decisões, é globalmente reconhecida.

Entidades especializadas, autorizadas pela Assembleia Geral da ONU, poderão consultar pareceres consultivos da Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário das Nações Unidas.<sup>67</sup> Com efeito, o Judiciário internacional interage com a sociedade civil na busca de soluções necessárias a questões surgidas no desempenho de atividades de interesse público. A proximidade das organizações com a sociedade permite uma contribuição mais sensibilizada aos conflitos vivenciados.

Assim, os movimentos sociais, ao se organizarem, no livre exercício de associação, constituem entidades da sociedade civil, que representam o povo na atividade jurisdicional do Estado. A participação social, então, torna-se efetiva com o fomento e fortificação das organizações, a exemplo da legitimidade promovida pela ONU na missão da paz e harmonia internacional. É, portanto, relevante a sociedade civil no exercício jurisdicional, porque possibilita o aprofundamento de reflexão do tema, incluindo os vinculantes, posto ao debate.

---

<sup>65</sup> NAÇÕES UNIDAS BRASIL. UNIC Rio de Janeiro, 2021. *A ONU e a sociedade civil*. Disponível em: <<https://unicrio.org.br/acao/sociedade-civil/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>66</sup> BRASIL. *Decreto nº 1.9841*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>67</sup>Ibidem.

## CONCLUSÃO

Os padrões decisórios vinculantes são capazes de harmonizar as relações sociais, sem prejuízo dos princípios constitucionais basilares. A redução do tempo de espera para solução de casos submetidos à jurisdição e a observância da isonomia norteiam a atividade jurisdicional, ante a implantação e aplicação dos vinculantes. O direito processual civil vem, gradualmente, consolidando ferramentas capazes de atender aos anseios sociais, ao dar efetividade às normas. Nesse sentido, os padrões decisórios vinculantes são potencialmente úteis.

Diferentemente do que defende parte da doutrina, não existe engessamento, em face da consolidação de temas. Além disso, o rol do artigo 927 do Código de Processo Civil apresenta todos os padrões, constantes nos incisos, com força vinculante, diferentemente do entendimento de quase totalidade doutrinária. A participação da sociedade civil na atividade jurisdicional é relevante, ao permitir maior proximidade com os problemas sociais enfrentados. O magistrado sai do campo teórico e adentra nas peculiaridades dos casos consoantes à humanização dos conflitos.

Os padrões decisórios vinculantes são, em sua magnitude, capazes de racionalizar a prestação jurisdicional, homenageando os princípios constitucionais basilares. O tratamento igualitário, em situações jurídicas idênticas, transcende a isonomia. Não é moralmente legítimo submeter jurisdicionado, na mesma situação de direito, à solução jurídica distinta. A vinculação permite ao magistrado, caso tenha entendimento diverso, maior reflexão da matéria apta a ensejar os requisitos para modificação. Com efeito, não há engessamento.

A eficiência e a moralidade são homenageadas, porque o bem comum não pode ficar submissa a pensamentos minoritários. Quando os padrões decisórios vinculantes dão efetividade à norma, pacificando entendimentos, o resultado é harmonização social e, com efeito, a finalidade do direito é alcançada- a paz. Assim, há eficácia na prestação jurisdicional. O artigo permite, então, vislumbrar a função do judiciário na paz mundial, porque identifica os elementos capazes de consolidar esse tão sonhado desejo humanitário. Se um dia houver paz mundial, o Judiciário terá contribuído fundamentalmente com utilização dos vinculantes.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. *Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro*, dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp>



content/uploads/2020/04/ESTUDO\_DA\_IMAGEM\_DO\_JUDICIARIO\_BRASILEIRO\_CO\_MPLETO.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. A Judicialização da Política e as Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, 2011. N. 18, p. 69-78

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020*. Disponível em:<[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB\\_V2\\_SUMARIO\\_EXECUTIVO\\_CNJ\\_JN2020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.9841*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 03*, de 17 de março de 1993. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.882*, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10835*, de 8 de janeiro de 2004. Disponível em<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.835.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.835.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2022.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.417*, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11418*, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm)>. Acesso em 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.672*, de 8 de maio de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111672.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111672.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 36476-SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Rcl%2036476.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo nº 1388972/SC*. Relator Ministro Marco Buzzi. <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27201301760262%27.REG>>. Acesso em: 19 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo nº 1906618*. Relator Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16032022-STJ-veda-fixacao-de-honorarios-por-equidade-em-casos-de-grande-valor-com-apoio-no-CPC.aspx>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 7300*. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1267966151/mandado-de-injuncao-mi-7300-df-0089397-8320201000000/inteiro-teor-1267966159>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.3431-SP*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 19 de fev. 2022.



## A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL APLICADA NA HERMENÊUTICA DE SUAS LIMITAÇÕES

Augusto Garcia Nascentes

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pós-graduado em Gestão e Produção Cultural na Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Ator. Advogado.

**Resumo** – o artigo tem como escopo a apresentação das limitações dos direitos autorais em face dos direitos constitucionais à criação artística, à educação e à informação. No cenário tecnológico atual, a produção cultural ganhou novos contornos. O direito autoral trata-se de um monopólio do autor sobre a obra criada e lhe confere o direito de comercialização. Entretanto, deve-se, no caso concreto, sobrepesar o interesse social que a obra possuiu no desenvolvimento social garantido pela Carta Maior. Em um contexto onde as redes sociais se tornaram um fenômeno mundial e permitem o acesso à produção cultural no momento em que é produzida, faz-se mister uma hermenêutica que possibilite o maior acesso aos bens culturais. A Suprema Corte já decidiu nesse sentido ao permitir a biografia sem autorização prévia. No embate entre o direito à privacidade do biografado, venceu a liberdade de expressão. Sem embargos, qualquer excesso deve ser corrigido pelo Poder Judiciário. Não obstante, as limitações dos direitos autorais devem ser interpretadas em consonância com o a função social da propriedade e o princípio da boa-fé, corolários do Direito Civil Pátrio.

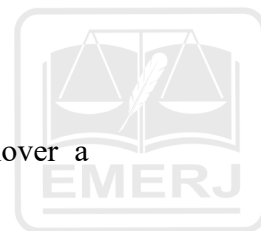
**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Civil. Direitos Autorais. Direitos Patrimoniais. Direitos Morais. Limitações. Lei dos Direitos Autorais.

**Sumário** – Introdução. 1. Os direitos autorais e suas limitações. 2. O perfil de redes sociais como extensão do indivíduo. 3. As limitações do direito do autor na sua função pedagógica e sociocultural. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo a análise do artigo 46, VI, da Lei nº 9610/98, que descreve hipóteses de limitação do direito do autor, em consonância com o artigo 5º, IX, CF/88. O que se pretende é um exame detalhado acerca da abrangência das hipóteses de exclusão de pagamento dos direitos autorais dentro de um paradigma de interpretação com base no dispositivo constitucional.

De acordo com este preceito, é livre toda e qualquer expressão artística, independentemente de censura ou licença. Entretanto, o artigo 22, da Lei nº 9610/98, garante ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a sua obra. Assim, é importante que o julgador, no caso concreto, busque o equilíbrio entre esses dois interesses legítimos. Ao criador deve ser garantido o pagamento pelo seu trabalho e criação artística.



Entretanto, deve-se respeitar o interesse da coletividade no sentido de promover a informação e livre manifestação artística.

A função do artigo 46 é, de maneira precípua, compatibilizar o dispositivo insculpido na Carta Magna com a Lei nº 9610/98, que defende os direitos autorais. Destarte, uma interpretação à luz do artigo 5º, IX, CF/88, pode elucidar diversos pontos obscuros sobre a hermenêutica mais adequada a ser aplicada no caso concreto.

Com intuito de melhor expor o tema, o primeiro capítulo apresentará a grande dificuldade contemporânea acerca da diferenciação entre o conceito de público e privado. Uma das hipóteses de não pagamento dos direitos autorais é a apresentação privada. No entanto, as redes sociais contribuíram para a formação de um novo paradigma, onde o privado pode ser exposto e alcançar enorme repercussão, inclusive financeira.

O segundo capítulo é dedicado ao exame do perfil de redes sociais como extensão do indivíduo, uma vez que o desenvolvimento tecnológico proporcionou uma nova forma de interação entre pessoas de diversas regiões do mundo. A privação de liberdade para manifestação nos perfis digitais pode representar grave cerceamento ao direito à informação e a livre criação artística.

Por fim, com base nos paradigmas fixados anteriormente, cumpre ao terceiro capítulo examinar a limitação do direito do autor prevista no art. 46, VI, da Lei nº 9610/98. A previsão legal é no sentido de não ser necessário o pagamento de direitos autorais quando a apresentação musical ou teatral é realizada no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino. Em todo caso, não pode haver intuito de lucro. No entanto, é primordial a conjugação desse dispositivo com o art. 5º, IX, da CF/88, também com a função social e pedagógica do direito autoral.

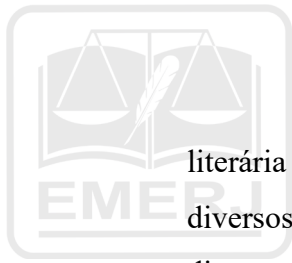
A presente pesquisa é realizada pelo método hipotético-dedutivo, pois traça como premissa geral a limitação dos direitos autorais à luz da Carta Maior.

O artigo é do tipo dogmático, estuda a legislação e doutrina de modo lógico-dedutivo, com o escopo de melhor entendimento e sistematização do objeto de estudo.

## 1. OS DIREITOS AUTORAIS E SUAS LIMITAÇÕES

Os direitos autorais são aqueles que o criador de uma obra intelectual tem em relação à sua obra.

Trata-se de um ramo do Direito Privado que possui como escopo a regulamentação jurídica da criação e utilização de obras intelectuais, estéticas, científica,



literária e artística. Esse direito está previsto no artigo 5º, da CF/88<sup>1</sup>, e é definido por diversos tratados e convenções internacionais, dentre os quais, o mais importante, nos dias que correm, é a Lei nº 9610/98<sup>2</sup>. É uma modalidade da propriedade intelectual e um dos direitos humanos fundamentais infirmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em harmonia com a Convenção de Berna, a proteção ao direito acontece de forma automática e não está condicionada ao registro ou qualquer outra formalidade. O art. 18, da Lei nº 9610/98<sup>3</sup>, prevê que a proteção aos direitos autorais não depende de registro. Destarte, o registro é um instrumento declaratório e não constitutivo do direito do autor. Caso um autor deixe de realizar o devido registro da obra, não vai ter, por essa razão, seus direitos mitigados. Entretanto, não obstante os direitos autorais se incluam no âmbito do Direito Privado, possuem características de ordem pública.

De extrema importância é a diferenciação entre os direitos patrimoniais do autor e os direitos morais do autor, previstos no art. 24, da Lei nº 9610/98<sup>4</sup>. O direito moral está vinculado à personalidade do autor, é perpétuo, inalienável e irrenunciável. Assim, o autor possui a prerrogativa de reivindicar a autoria da obra e ter seu nome divulgado sempre que for utilizada. Por sua vez, o direito patrimonial é o referente ao uso econômico da obra. Os direitos morais, de acordo com a doutrina de Carlos Alberto Bittar<sup>5</sup>, são:

[...] os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. Como os aspectos abrangidos se relacionam à própria natureza humana e desde que a obra é emanção da personalidade do autor – que nele cunha, pois, seus próprios dotes intelectuais –, esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador [...]

O que pode ser transferido a terceiros são apenas os direitos patrimoniais e não os morais. Um exemplo cristalino de um direito moral do autor é a divulgação de seu nome na obra. Assim, os direitos morais garantem a autoria da criação da obra intelectual, sendo irrenunciáveis e intransferíveis. Do outro lado, os direitos patrimoniais dizem respeito à

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 9610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 47.





utilização econômica da obra e, conseqüentemente, podem ser cedidos ou licenciados a terceiros.

Por sua vez, o artigo 46, da Lei nº 9610/98<sup>6</sup>, traz as circunstâncias onde o direito do autor será limitado. Ou seja, caso se enquadre em alguma hipótese descrita no referido artigo, o direito patrimonial do autor será mitigado pela atenção ao direito de utilização da obra por terceiros e, conseqüentemente, não será devido o pagamento dos direitos patrimoniais, nem será necessária a autorização do autor ou representante para a utilização da obra por terceiros.

Com efeito, o artigo traz a possibilidade de utilização de obras autorais sem qualquer vínculo patrimonial com o autor. Importa reiterar que apenas os aspectos patrimoniais estão liberados de autorização, mas aspectos morais devem ser respeitados, pois, conforme exposto, são irrenunciáveis e intransferíveis. Portanto, mesmo que se enquadre em alguma hipótese prevista no referido artigo, a utilização da obra deverá respeitar os direitos morais do autor.

Dessa forma, caso uma pessoa deseje realizar a recitação de um poema na confraternização de Natal, na casa de sua família, ou cantar alguma música, não precisará de autorização autoral. Entretanto, nos dias que correm, o desenvolvimento tecnológico permite que uma intimidade seja divulgada em tempo real para o mundo inteiro. Assim sendo, uma questão que se apresenta muito relevante é se uma gravação, dentro de um contexto privado, divulgada na internet deixa de ser hipótese elencada no artigo 46, da Lei nº 9610/98<sup>7</sup>. Esse exemplo pode ser estendido também para uma peça teatral que foi apresentada em um ambiente de aprendizado, dentro da instituição de ensino, mas que, por conta da internet, se tornou um enorme sucesso, trazendo, por consequência, lucros diretos e indiretos.

O desenvolvimento tecnológico proporcionou importantes alterações na concepção e interpretação dos direitos autorais. Desde a reprodução ilegal de CDs e DVDs até a publicação de livros de enorme sucesso e que, posteriormente, se confirmaram como sendo plágio, cada vez mais se torna difícil delinear a fronteira entre a referência e o plágio, o público e o privado, com intuito de lucro ou não.

As redes sociais servem como importante mecanismo de divulgação de trabalhos artísticos. Não é uma tarefa fácil identificar se a execução de uma obra, no contexto de redes sociais, possui intuito de lucro, mesmo que se trate de uma execução privada. A

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.



própria linha de diferenciação entre o artista amador e o profissional se tornou tênue e, muitas vezes, flexível.

Desafio para o julgador, o art. 46, da Lei nº 9610/96<sup>8</sup>, dispositivo que, conjugado com o art. 5º, da CF/88<sup>9</sup>, poderá criar uma hermenêutica capaz de consolidar os direitos autorais no contexto do atual mundo globalizado e tecnológico.

## 2. O PERFIL DE REDES SOCIAIS COMO EXTENSÃO DO INDIVÍDUO

As redes sociais têm desempenhado uma função de extrema importância na cultura e nas formas de relacionamentos humanos. O seu desenvolvimento possibilitou uma diferente maneira de interação entre indivíduos. Assim, limitar o acesso à rede social significa limitar a forma como a pessoa se relacionará dentro desta plataforma. Qualquer um, mediante cadastro, pode criar perfil na rede social e interagir com perfis de todo o mundo. De acordo com o autor Torres<sup>10</sup>, “[...] as redes sociais são sites onde as pessoas se cadastram, registram seus dados pessoais, nos chamados perfis, e podem se relacionar com outras pessoas, publicando fotos, enviando mensagens e criando listas de amigos [...]”.

No campo da produção artística, essa ferramenta se apresenta como uma possibilidade de divulgação de novas criações. No entanto, o engajamento criado pelas redes sociais acaba por transgredir a fronteira entre o público e o privado. O principal mote das redes sociais é transformar o privado em público.

Conforme o sociólogo Bauman<sup>11</sup>:

[...] Já há algum tempo, a famosa “prova de existência” de Descartes, “Penso, logo existo”, tem sido substituída e rejeitada por uma versão atualizada para nossa era de comunicação de massas: “Sou visto, logo existo”. Quanto mais pessoas podem escolher me ver, mais convincente é a prova de que estou aqui [...]

Destarte, é importante a criação de uma hermenêutica capaz de resolver as questões acerca do controle dos direitos autorais num contexto onde pessoas criam vídeos e músicas para as redes sociais. É verdade que a oportunidade que os artistas passaram a ter em relação ao registro de seus próprios trabalhos permite a realização de produções

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>10</sup> TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital*. São Paulo: Novatec: 2009, p. 74.

<sup>11</sup> BAUMAN Zygmunt. *44 Cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: 2011, p. 28.

que conseguem ir de encontro aos processos da indústria cultural. Vale destacar a ideia de Dias<sup>12</sup>:

[...] No âmbito da indústria cultural, o conjunto desse processo promove mudanças de proporções jamais observadas. Os artistas, agentes da criação artística, aproximam-se do processo de produção, antes intermediado e realizado pela grande indústria [...]

É recorrente o fato de pessoas postarem vídeos na internet executando a composição de outro artista, sem qualquer tipo de autorização para utilização da obra. Esses vídeos, em sua maioria, são realizados em ambientes privados, gravados pelo próprio criador do conteúdo e sem qualquer interesse financeiro direto. Por óbvio, é cediço que as redes sociais se tornaram uma enorme possibilidade de lucro. Neste sentido, Torres<sup>13</sup>:

[...] Mesmo que não sejam aproveitadas em sua estratégia de marketing, o que é um erro, ou mesmo que você não tenha atividades na Internet, saiba que as mídias sociais são pessoas falando com pessoas, e muitas vezes falando do seu negócio sem você saber [...]

No entanto, a maior parte do conteúdo é produzida apenas com o intuito de se comunicar com seus seguidores e sem contrapartida.

Vale lembrar que as redes sociais têm uma importante função social, na medida em que permitem a conexão entre pessoas, apesar do distanciamento físico. Importa trazer o ensinamento de Bauman<sup>14</sup>:

[...] Nesse mundo sempre desconhecido, imprevisível, que constantemente nos surpreende, a perspectiva de ficar sozinho pode ser tenebrosa; é possível citar muitas razões para conceber a solidão como uma situação extremamente incômoda, ameaçadora e aterrorizante [...]

Assim, dentro de um contexto privado, sem intuito de lucro, alguns vídeos são criados com a utilização de obras de terceiros sem prévia autorização. Alguns vídeos gravados no ambiente privado, sem intuito de lucro, acabam alcançando um número elevado de visualizações. Quanto maior o número de pessoas seguindo e interagindo com o vídeo, maior a probabilidade de obtenção de lucro.

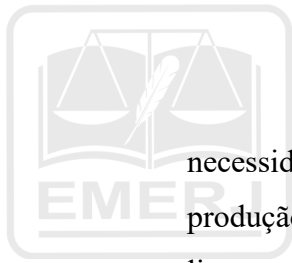
Entretanto, o intuito lucrativo é muito mais amplo do que o recebimento de dinheiro pelo vídeo. Essa medida não dá conta de cuidar da disciplina. É necessário o desenvolvimento de uma compreensão baseada na realidade e no caso concreto. A

---

<sup>12</sup> DIAS, Márcia. *Os donos da voz*. São Paulo: Boitempo Editorial: 2000, p. 41.

<sup>13</sup> TORRES, op. cit., p. 75.

<sup>14</sup> BAUMAN, op. cit., p. 14.



necessidade de autorização prévia para a realização de tais vídeos inviabilizaria a produção e violaria o preceito constitucional que garante a liberdade de expressão e a livre manifestação artística. O acesso às redes sociais, bem como a criação de conteúdo, possibilita a conexão social e, portanto, integra os direitos individuais. Exigir a prévia autorização para a criação de conteúdo faria com que apenas as pessoas com capacidades financeiras elevadas pudessem elaborar trabalhos artísticos para as redes sociais. Vale trazer o ensinamento de Santos<sup>15</sup>:

[...] A Internet tornou-se mais uma forma de extensão do homem. Extensão que é coroada pelo fato de estar em determinados lugares ao mesmo tempo, quedando imóvel. Pode-se conversar com alguém que esteja além-mar. Com o Oriente, com a América e, até, com um vizinho. Vizinho no aspecto físicocorporal, porque no mundo mítico da Internet há como que uma aproximação do Oriente com o Ocidente, estendendo as possibilidades do ser humano que é a deslocação rápida, eficaz e sem maiores traumas, pois basta um click para a viagem começar [...]

Através das redes sociais é possível perceber uma espécie de extensão da personalidade humana, pois as chances de comunicação se apresentam de forma global. Assim, a produção de conteúdo digital, sem intuito de lucro direto, enquadra-se em um paradigma de liberdade de comunicação e informação. As novas tecnologias trouxeram possibilidades pelas quais o indivíduo pode produzir ações com repercussão em toda sociedade sem precisar sair do ambiente privado. Com isso, uma nova forma de comunicação humana se apresenta e exige uma hermenêutica jurídica capaz de privilegiar os direitos fundamentais de informação e manifestação.

### 3. AS LIMITAÇÕES DO DIREITO DO AUTOR NA SUA FUNÇÃO PEDAGÓGICA E SOCIOCULTURAL

As limitações dos direitos autorais possuem o escopo de concretizar os preceitos constitucionais previstos no art. 5º, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB<sup>16</sup>. Desse modo, deve-se levar em consideração, na interpretação do caso concreto, a função pedagógica e sociocultural das obras intelectuais. Os direitos do autor e a liberdade de expressão são garantias constitucionais que devem ser compatibilizadas. A defesa do direito do criador da obra deve ser respeitada. No entanto, o art. 46, da Lei

<sup>15</sup> SANTOS, Antônio. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método: 2001, p. 22.

<sup>16</sup> BRASIL. op. cit., nota 01.

nº 9610/96<sup>17</sup>, não pode ser interpretado de forma que conduza a um cerceamento do princípio insculpido na Carta Constitucional.

Nesse sentido, é primordial levar em consideração o caráter confinante dos direitos do autor, que pode provocar impactos negativos tanto na área cultural, quanto no direito à informação e à educação.

Para resolver esse conflito, deve-se optar por uma interpretação restritiva ou extensiva das hipóteses de exclusão dos direitos autorais.

De acordo com a visão do doutrinador Sampaio Jr<sup>18</sup>:

[...] a interpretação extensiva, por sua vez, também leva em consideração a *mens legis*, ampliando o sentido da norma para além do contido em sua letra, demonstrando que a extensão do sentido está contida no espírito da lei, considerando que a norma diz menos do que queria dizer [...]

Por outro lado, a interpretação restritiva deve ser utilizada para obstar o alcance da norma, de modo que se concretize a norma jurídica como objeto autônomo. Nesse sentido, a doutrina de Coelho<sup>19</sup>:

[...] a interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, mesmo havendo amplitude da sua expressão literal, através do uso de considerações teleológicas e axiológicas. A interpretação restritiva, portanto, leva em consideração o critério da *mens legis* (vontade da lei), levando em consideração a norma jurídica como algo independente da vontade do legislador, assumindo significado próprio, uma vez expressado [...]

Como paradigma de um estado democrático de direito, a limitação a qualquer garantia constitucional deve ser interpretada de forma restritiva. De acordo com o doutrinador Sampaio Jr<sup>20</sup>.

[...] em síntese, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. Também uma exceção deve sofrer uma interpretação restritiva [...]

Com efeito, as hipóteses que limitam os direitos dos autores também garantem o princípio constitucional da livre manifestação artística e de pensamento. Para a

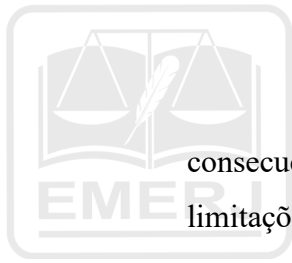
---

<sup>17</sup> BRASIL. op. cit., nota 02.

<sup>18</sup> SAMPAIO JR, Tercio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 290.

<sup>19</sup> COELHO, Luis Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 153.

<sup>20</sup>SAMPAIO JR op. cit., p. 291.



consecução de uma sentença, é necessário que o julgador opte por interpretar as limitações de forma restritiva ou extensiva. Essa hermenêutica é de extrema importância porquanto impacta no acesso à informação e à educação. É de bom alvitre que o julgador considere a função social do direito autoral. Nesse sentido, o doutrinador Carboni<sup>21</sup> escreveu:

[...] a previsão de hipóteses fechadas para a limitação dos direitos de autor na Lei 9.610/98 contraria a função social do direito de autor. É por essa razão que deveria ser debatida a regulamentação das limitações na forma de princípios gerais (tal como no *fair use* norte-americano) e não à enumeração de situações taxativas. Isso porque o princípio geral pode ser moldado pelo juiz no caso concreto, além de sobreviver mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas [...]

No mesmo caminho é o entendimento da Suprema Corte que se manifestou sobre a questão das obras biográficas quando decidiu, por unanimidade, não ser obrigatória autorização prévia para a publicação. Na ocasião, todos os nove ministros que participaram do julgamento acompanharam a relatora, Cármen Lúcia, que, em seu voto, condenou o que denominou de censura prévia sobre biografias.

O Supremo Tribunal Federal<sup>22</sup> ratificou o entendimento na ADI nº 4815/DF. Deste modo, decidiu que a autorização para criação de obras biográficas constituiria em ato de censura prévia particular. Importa lembrar que os possíveis excessos sempre poderão ser corrigidos em ações judiciais. Entretanto, o entendimento foi no sentido de se garantir o princípio constitucional da livre manifestação artística. Em consonância com essa decisão, uma norma constitucional não pode ser anulada por outra, ainda menos por norma hierarquicamente inferior, como a Lei dos Direitos Autorais.

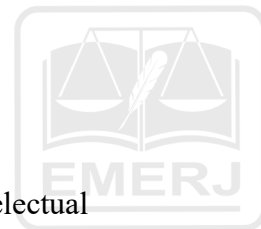
Segundo o doutrinador Diniz<sup>23</sup>:

[...] a Constituição que reconhece os indivíduos, enquanto seres igualmente livres para desenvolver todas as suas aptidões e potencialidades, estabelece os fundamentos para a realização dos direitos fundamentais e estrutura juridicamente o Estado por meio das funções, que o organizam, e pelas quais se manifesta sua atuação, é a Constituição do Estado de Direito, realização suprema da ideia de liberdade na história [...]

<sup>21</sup> CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *O direito do autor e seus desafios*: os conflitos com a liberdade de expressão, o direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e ao direito ao desenvolvimento tecnológico. Disponível em: < [http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=80](http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=80) >. Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815/DF*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/248e844336797ec98478f85e7626de4a>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>23</sup>DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 111.



Por conseguinte, as hipóteses de exclusão dos direitos de criação intelectual devem ser interpretadas sob a perspectiva constitucional de garantia dos direitos à liberdade de expressão, à informação e, também, à criação artística sem prévia censura.

No conflito aparente entre os direitos constitucionais, a Suprema Corte decidiu em favor da liberdade sob pena de prejudicar a livre manifestação. Desta maneira, ao analisar, no caso concreto, a exclusão dos direitos autorais, deve-se ter como paradigma o entendimento apontado no sentido de que a norma constitucional garantidora da liberdade se impõe quando confrontada com outras normas. A mesma conclusão alcançada pela doutrina supracitada.

Como sequela, a interpretação restritiva não é a mais compatível com o entendimento da Suprema Corte e, tampouco, com o defendido pela doutrina. Dessarte, diante de um caso concreto, é recomendável a utilização da interpretação extensiva, tendo como sustentáculo a previsão constitucional da liberdade. As hipóteses de limitação dos direitos autorais devem ser interpretadas sob a ótica da livre manifestação como princípio regente do estado democrático de direito porquanto concretizam a função pedagógica e social do direito à criação intelectual.

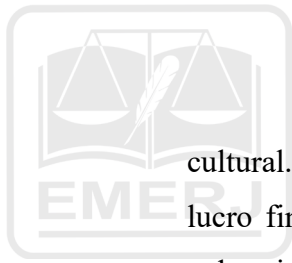
## CONCLUSÃO

Por todo exposto, faz-se mister a constatação de que o direito autoral possui o escopo de proteger o direito sobre a criação artística. Entretanto, não se pode olvidar que existe um liame fundamental entre o interesse particular e o interesse público, conferido pela Carta Maior.

As limitações previstas na legislação de direitos autorais devem, portanto, ser interpretadas em conformidade com os princípios constitucionais republicanos como a liberdade de expressão, manifestação e de informação.

É de extrema relevância a criação de um paradigma onde os direitos do autor não impeçam a realização de obras culturais.

Através da leitura dos dispositivos constitucionais, em consonância com o artigo de limitação dos direitos autorais, resta evidente que a intenção do legislador foi compatibilizar os interesses privados do autor com interesse público. Assim, é necessário que a interpretação das limitações ganhe contornos constitucionais na medida em que proteja o autor de qualquer prejuízo financeiro, ou enriquecimento sem causa do produtor



cultural. No entanto, no caso em que ficar comprovada a ausência de interesse direto de lucro financeiro, não se deve exigir autorização autoral para a realização de projetos culturais.

Por conseguinte, é possível vislumbrar que não se pode limitar a liberdade de informação, manifestação e criação em favor do interesse financeiro do autor. É verdade que não se deve retirar seu direito sobre a criação, mas, tal prerrogativa, não pode privar a sociedade de conhecer autores importantes para a construção de identidade nacional, unicamente porque o produtor cultural não atende aos interesses financeiros do detentor dos direitos autorais. A exclusividade garantida pela Lei dos Direitos Autorais não pode impedir o direito da sociedade de usufruir e participar da criação. Ainda mais em uma época em que a informação está disponível para grande parte da população por meio de avanços tecnológicos.

Destarte, a análise do caso concreto é de extrema importância para a avaliação do uso devido dos direitos autorais. O julgador possui a missão de identificar se houve ou não interesse de enriquecimento sem causa ou má-fé do produtor cultural que utilizou a obra de terceiros em sua produção. Como restou evidente que o objetivo do legislador não foi impedir a livre circulação das informações, mas obstar que o autor seja prejudicado financeiramente pela indevida utilização de sua obra, no caso concreto, o julgador deve pesquisar sobre o objetivo do produtor, sempre utilizando a interpretação a favor da livre manifestação artística.

Conforme analisado, o entendimento jurisprudencial do STF acerca da não necessidade de autorização para a publicação de biografias deixa claro o posicionamento no sentido de que, mais importante do que o direito ao pagamento do autor, é a liberdade artística e de manifestação. Toda mitigação aos direitos constitucionais deve ser analisada com muita acuidade. Assim sendo, caso o produtor cultural não possua o interesse em lucro financeiro direto, deve ser aplicado o dispositivo que limita os direitos autorais patrimoniais em favor da criação e da livre manifestação, pois trata-se de um direito fundamental à educação e à informação.

Com efeito, a intenção do legislador não foi impedir a livre expressão, mas apenas impedir que terceiros utilizassem da criação alheia para a obtenção de lucros financeiros diretos. Entretanto, a realidade precária da criação artística brasileira corrobora um sistema onde diversas obras artísticas ficam desconhecidas por grande parte da população porque a liberação dos direitos autorais é difícil e exige um investimento financeiro, muitas vezes, inviável. Conseqüentemente, deve prevalecer o direito de acesso à



informação e à cultura sobre o direito autoral quando forem constatados interesses sociais e culturais como objetivo principal. As redes sociais tornaram urgente uma interpretação extensiva das limitações do direito do autor em favor da informação. Uma quantidade imensurável de reproduções de obras de artistas por terceiros sem autorização faz com que a hermenêutica acompanhe a evolução dos tempos e garanta a livre manifestação artística. A boa-fé do realizador cultural deve ser presumida e os danos devem ser comprovados pelo autor que se considere lesado no direito de sua criação.

Em contrapartida, sempre deverão ser respeitados os direitos morais do autor. Conforme exposto, não se trata de um direito renunciável ou disponível. Portanto, os direitos autorais serão respeitados, mas a ausência de intuito principal de lucro deve afastar a necessidade de pagamento prévio. Na hipótese de o produto cultural realizado apresentar alguma característica lucrativa posterior, o autor poderá procurar as medidas, inclusive judiciais, para reaver os valores não recebidos.

Se, por um lado, os direitos patrimoniais do autor são mitigados em relação ao pagamento prévio de liberação. Por outro, o impacto social na realidade cultural brasileira poderá efetivar os preceitos constitucionais que garantem o direito à informação e à liberdade de criação artística, baluartes de um estado democrático de direito.

Os direitos autorais não devem ser considerados como absolutos, mas com suas limitações previstas em lei. Desse modo, é necessário sobrepor ao direito do autor a propagação do conhecimento e a livre manifestação.

Por consequência, torna-se essencial reavaliar o papel da propriedade intelectual e suas limitações de modo a atingir a maior efetividade em relação aos princípios da função social da propriedade. Importante buscar, no caso concreto, a interpretação que mais possibilite o acesso ao conhecimento. Os critérios de avaliação em torno das hipóteses de exclusão de direitos autorais devem possuir contornos constitucionais que não mitiguem a livre manifestação e o acesso à cultura. Assim sendo, é princípio básico da hermenêutica constitucional que se interprete o direito fundamental da liberdade de expressão de forma a permitir o acesso à formação cultural da maneira mais ampla, corrigindo os excessos que mitiguem os direitos autorais apenas nos casos extremos e, assim, promover os princípios republicanos garantidos pela Carta Maior.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *44 Cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BONDÍA, Fernando. *Propriedad intelectual*. Madrid: Trivum, 1998.

BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815/DF*. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/248e844336797ec98478f85e7626de4a>>. Acesso em: 10. mar. 2022.

CABRAL, Plínio. *Revolução tecnológica e direito autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

CARBONI, Guilherme Capizaiki. *O direito do autor e seus desafios: os conflitos com a liberdade de expressão, o direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e ao direito ao desenvolvimento tecnológico*. Disponível em: <[http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=80](http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=80)>. Acesso em: 20 fev. 2022.

CASCELLO, Thamires; Matheus Silveira. *Defesa do consumidor: um direito fundamental do cidadão*. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/artigo-5/defesa-do-consumidor/>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

COELHO, Luis Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DIAS, Márcia. *Os donos da voz*. São Paulo: Boitempo Editorial: 2000.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

SAMPAIO JR, Tercio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, Antonio. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método: 2001.



TORRES, Cáudio. *A biblia do marketing digital*. São Paulo: Novatec: 2009.

VIEIRA, Eduardo. *Direitos autorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.



## A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM RAZÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A PROTEÇÃO DA AMPLA DEFESA

Beatriz Nunes Valim

Graduada pela Escola de Direito da Fundação  
Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO).  
Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho busca examinar o instrumento processual denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e a previsão legal de suspensão de todos os processos possivelmente afetados pela fixação de dada tese neste rito especial. Dessa maneira, o presente estudo busca analisar em que medida a determinação legal da suspensão pode acabar prejudicando as partes envolvidas nos processos afetados. Isso porque, mesmo que tenha sido originalmente concebido para fomentar a segurança jurídica, casos práticos demonstram que nem sempre o sobrestamento será proveitoso para os sujeitos de determinado processo. Para tanto, é proposta a análise casuística para a aplicação da suspensão e, quando esta não se demonstrar eficiente, são apresentadas alternativas para não a colocar em prática, tais como a modulação dos efeitos na fixação da tese do IRDR e a utilização do instituto da tutela antecipada.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Suspensão. Ampla Defesa.

**Sumário** – Introdução. 1. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a previsão de suspensão dos processos envolvidos. 2. A possibilidade de prejuízo em determinados julgamentos por amostragem e o princípio da ampla defesa. 3. Alternativas jurídicas para os casos em risco. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa a suspensão dos processos judiciais em razão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e a necessidade de proteção da ampla defesa. Procura-se demonstrar que a previsão legal de sobrestamento dos processos afetados por determinado IRDR, embora pautada na ideia de proteção da segurança jurídica, pode acabar causando prejuízo para as partes do processo afetado.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir como o IRDR pode acarretar numa falha na proteção do princípio da proteção da ampla defesa e no respeito às garantias constitucionais do processo.

A criação do método processual brasileiro conhecido por IRDR buscou inspirações nos sistemas jurídicos inglês e alemão, através do *Group Litigation Order* e *Musterverfahren*, respectivamente. Tais modelos nascem da necessidade de aliviar o sistema judiciário,

abarroto com o número elevado de processos, bem como da utilidade de estabelecer um padrão decisório a ser aplicado em todos os casos semelhantes.

O modelo brasileiro, por sua vez, possui a previsão legal de suspensão de todos os processos possivelmente afetados pela fixação da tese jurídica ampla até o fim do julgamento de determinado IRDR. Tal tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, já que determinada suspensão pode acarretar numa falha na proteção da ampla defesa e, em última análise, do respeito às garantias constitucionais do processo.

O trabalho possui, como questão norteadora, a necessidade de entender até que ponto pode-se argumentar que a premissa prevista no Código de Processo Civil sobre a suspensão de todos os múltiplos processos após a admissão do IRDR é ilimitada, considerando a prática do processo no dia a dia. Tal questionamento tem como objetivo específico analisar como a previsão legal da suspensão se dá no cotidiano.

Outra questão norteadora estudada é a possibilidade de sustentar que a necessidade de suspensão de todos os processos possivelmente afetados pelo IRDR até o final de seu julgamento, embora lastreada na ideia de proteção da isonomia e segurança jurídica, pode representar, na prática, um efeito negativo de prejuízo à ampla defesa. O objetivo específico de tal indagação é determinar que, em certos casos concretos, a suspensão obrigatória pode acarretar não em proteção da isonomia e segurança jurídica, mas sim em falha na proteção da ampla defesa.

Também é questão norteadora do trabalho a possibilidade de utilizar o instituto da tutela provisória como alternativa para que os casos prejudicados pela suspensão obrigatória não sofram uma restrição do princípio da ampla defesa. O objetivo específico de tal questionamento é defender possíveis meios de aplacar o prejuízo nos casos concretos, tais como modulação de efeitos na fixação da tese do IRDR e pedido de tutela provisória.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a previsão de suspensão dos processos envolvidos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a possibilidade de prejuízo em determinados julgamentos por amostragem e o princípio da ampla defesa.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de alternativas jurídicas para os casos em risco, tais como modulação de efeitos e tutela provisória.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador pretende eleger um conjunto de teses hipotéticas, as quais acredita serem adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las de maneira argumentativa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A PREVISÃO DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS ENVOLVIDOS

Uma das novidades do Código de Processo Civil de 2015 (CPC)<sup>1</sup> foi a instituição de nova técnica processual, com foco na litigiosidade de massa: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). O objetivo do incidente é a fixação de entendimento jurídico que resolva questão de direito material ou processual recorrente em vários processos, que será aplicado em todos os casos presentes e futuros nos quais a controvérsia exista. Dessa maneira, o IRDR evitaria a quebra da isonomia entre os jurisdicionados e, ainda, protegeria a segurança jurídica na aplicação do direito.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está disposto no Capítulo VIII do CPC. O seu cabimento está previsto no artigo 976, *caput* e incisos I e II, do CPC<sup>2</sup>, e se dará quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O processo de ampliação do acesso à justiça e fortalecimento dos órgãos jurisdicionais no contexto social brasileiro levou ao crescimento da procura do Estado-Juiz para a solução de conflitos de maneira exponencial. Nesse sentido, é possível afirmar que as demandas judiciais, antes puramente individuais heterogêneas ou coletivas, passaram a se apresentar também de maneira isomórfica.

Esses casos repetitivos são identitários em tese, e não em concreto – ou seja, possuem a mesma causa de pedir e pedido, mas as partes não são as mesmas – e se repetem em larga escala. Logo, se forma a litigiosidade de massa, fato incapaz de ser processado meramente pelo direito processual civil clássico e individual. As ações coletivas, por sua vez, também são insuficientes em tutelar exaustivamente esse novo tipo de demanda, uma vez que existe a possibilidade, no ordenamento brasileiro, de ajuizamento concomitante das ações coletivas e individuais.

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 11 fev. 2022.

<sup>2</sup>Ibid.



Nesse sentido, era necessário que ocorresse uma evolução no sistema processual que fosse capaz de suprir e tutelar judicialmente os casos repetitivos de forma potente e enérgica, da maneira em que a técnica processual tradicional não conseguia. Além disso, era necessário considerar o risco potencial de decisões distintas para casos semelhantes, devido a tramitação individual de processos idênticos. Ou seja, uma latente violação ao direito à isonomia, segurança e previsibilidade. Nesse contexto, nasce o IRDR.

Sendo assim, a decisão que determina a instauração do incidente deve também realizar a comunicação aos juízos de primeiro grau e demais órgãos julgadores do respectivo tribunal sobre a suspensão de todos os processos, individuais e coletivos, nos quais a questão afetada para julgamento esteja sendo analisada. Tal necessidade está prevista no art. 982, I e parágrafo primeiro, do CPC<sup>3</sup>.

De acordo com o art. 1.038, III e parágrafo primeiro, do CPC<sup>4</sup>, essa comunicação deverá ocorrer mediante expedição de ofício no prazo de quinze dias, preferencialmente utilizando o meio eletrônico. Em continuidade, ao receber o referido ofício, os órgãos jurisdicionais deverão identificar os processos aos quais a tese a ser fixada se aplicará e determinar a sua suspensão. Os órgãos jurisdicionais responsáveis também intimarão as partes dos processos afetados para que, querendo, possam se manifestar em sede do IRDR, demonstrar a distinção do seu caso, ou requerer possível prosseguimento parcial.

Conforme previsão do art. 980 do CPC<sup>5</sup>, o incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. A suspensão será contada a partir da data de admissão do incidente e, na hipótese de superação do prazo de um ano, a suspensão cessará, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Existe notícia de regimentos internos determinando a redução do prazo de julgamento e suspensão, o que não é expressamente vedado, desde que observados os procedimentos para maturação do debate. O prazo reduzido consta do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul: “Art. 572. Parágrafo único. O julgamento do incidente caberá à Seção Especial Cível, nos termos da legislação processual civil, devendo ser julgado, preferencialmente, no prazo de noventa dias”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>Ibid.

<sup>4</sup>Ibid.

<sup>5</sup>Ibid.

<sup>6</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça*. Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <<https://www5.tjms.jus.br/webfiles/SPGE/revista/20220607124608.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2022.

Além disso, os regimentos internos também podem regulamentar algumas questões que não estão expressamente previstas na lei como, por exemplo, o não sobrestamento de processos que correm risco de prescrição no âmbito penal. Ou, ainda, regimentos que controlam a abrangência da necessidade de sobrestamento em processos em sede de juizados especiais, através de uma construção doutrinária, bem como a revisão da suspensão quando ocorrer a interposição de recurso em face de decisão do IRDR aos tribunais superiores.

Diante da necessidade legal de sobrestamento dos processos possivelmente afetados pelo julgamento do IRDR, é indispensável questionar até que ponto essa suspensão de fato ocorre na prática forense e, ainda, se a suspensão irrestrita seria sempre benéfica aos usuários do sistema jurídico.

No entanto, a prática judiciária pode revelar uma tendência de o julgador optar por não aplicar a suspensão automática no caso concreto. Em outras palavras, existe a possibilidade de que o juiz prefira uma argumentação jurídica que proceda pela não interrupção, por entender que a paralisação do processo pode representar um prejuízo maior às partes do que a não paralisação, ou seja, suspender o processo em determinados casos concretos pode acabar por representar um efeito inverso do pretendido pelo legislador.

Um exemplo de como a suspensão total e irrestrita dos processos pode ser gravosa são os casos de incidente que tenha como objeto principal uma questão de direito processual. Nesses casos, é frequente que a questão repetitiva diga respeito a processos heterogêneos, se analisada a perspectiva das demandas formuladas. Logo, a suspensão geral seria inadequada, principalmente nos casos em que a questão processual seja pontual e acessória e não afetar diretamente o desenvolvimento do processo.

A doutrina especializada também exprime entendimento semelhante. A título exemplificativo, considerando que tal matéria será explanada posteriormente, Didier e Temer<sup>7</sup> consideram que a paralisação de inúmeros processos pode se comprovar desarrazoada. Os autores utilizam como exemplo o caso de determinação sobre presunção de veracidade da afirmação de hipossuficiência econômica por dado tipo de pessoa jurídica; também consideram a hipótese de determinado Núcleo de Prática Jurídica ter direito ou não à dobra de prazos processuais; os embargos de declaração ditos protelatórios com poder de suspensão também são lembrados.

---

<sup>7</sup>DIDIER JR., Fredie.; TEMER, Sofia. *A decisão de organização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Importância, conteúdo, e o papel do regimento interno do Tribunal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 8.



Nessa toada, para Didier e Temer<sup>8</sup>, faz-se indispensável buscar alternativas à suspensão total dos processos, sendo necessária a construção de uma solução, em suas palavras, mais adequadas ao problema apresentado, privilegiando, em tal método, os princípios constitucionais da duração razoável do processo e da eficiência.

Importante destacar que, de acordo com os dados coletados pelo Observatório Brasileiro de IRDRs da Universidade de São Paulo - Grupo de Estudos da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto em seu Relatório I, a maioria dos julgadores – 93% – suspende os processos possivelmente afetados de imediato<sup>9</sup>. O presente trabalho não busca defender uma tese contrária à lei; apenas entende ser necessário que se questione caso a caso se a suspensão poderá acarretar prejuízo às partes. Tal tema será desenvolvido no capítulo a seguir.

## 2. A POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO EM DETERMINADOS JULGAMENTOS POR AMOSTRAGEM E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A legislação estabelece, no artigo 982 do Código de Processo Civil<sup>10</sup>, a seguinte premissa: uma vez admitido o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, os processos pendentes que tratem da questão discutida serão suspensos.

Nessa toada, após o recebimento do ofício de comunicação pelos órgãos jurisdicionais, deverão ser identificados os processos em relação aos quais a tese a ser firmada pelo IRDR poderá ser aplicada, determinando-se a sua suspensão. Ainda, as partes envolvidas em tais processos deverão ser intimadas<sup>11</sup> para que, querendo, apresentem manifestação no incidente, demonstrem a distinção do seu caso, ou requeiram prosseguimento parcial.

Salvo decisão do relator em sentido contrário, a suspensão dos processos seguirá o prazo determinado do julgamento do Incidente, que é de um ano, de acordo com o artigo 980 do Código de Processo Civil: “O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá

---

<sup>8</sup>Ibid., p. 9.

<sup>9</sup>ZUFELATO, Camilo. *Relatório de Pesquisa*: Dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018. Observatório Brasileiro de IRDRs: Ribeirão Preto, 2018, p. 114 e 115: “dos 68 IRDRs que tiveram seu mérito analisado e tese jurídica fixada, em 63 deles houve a suspensão das demandas idênticas pendentes durante o julgamento do incidente”.

<sup>10</sup>BRASIL. op. cit., nota 01.

<sup>11</sup>De acordo com o enunciado n° 348 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos.” Ou seja, mesmo que não exista tal previsão na disciplina específica do IRDR, aplica-se o art. 1.037, § 8º, do CPC/2015, que trata do assunto em sede de Recursos Repetitivos. FPPC. *Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis n° 348*. Disponível em: <<https://instituto dc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”.<sup>12</sup>

Muito embora tal previsão de suspensão dos processos possua um claro lastro na defesa dos valores constitucionais de proteção da isonomia e segurança jurídica, o presente trabalho busca questionar em qual medida essa previsão pode acarretar um efeito inverso, ou seja, em maior prejuízo para as partes envolvidas, ao invés da promoção de um benefício. Isto é, em certos casos concretos, a suspensão obrigatória pode acarretar não a proteção da isonomia e segurança jurídica, mas sim a falha na proteção da ampla defesa.

De acordo com Fredie Didier e Sofia Temer<sup>13</sup>:

A lei determina que, admitido o incidente, serão suspensos os processos que contenham a controvérsia de direito afetada para julgamento (art. 982, I, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)). Não obstante, a suspensão total dos processos pode ser muito gravosa, especialmente nos casos de incidente que tenha por objeto questão de direito processual, já que será bem frequente a hipótese de a questão de direito repetitiva dizer respeito a processos bastante heterogêneos, sob a perspectiva das demandas formuladas. Por causa disso, em tais casos, a suspensão completa dos processos pendentes pode revelar-se bastante inadequada, sobretudo nos casos em que a questão de direito processual for pontual e não afetar o desenvolvimento do processo.

Nessa perspectiva, é possível apontar alguns exemplos práticos nos quais a suspensão de todos os processos possivelmente afetados por uma tese fixada em dado IRDR se mostraria mais maléfica do que benéfica.

O Tema Repetitivo nº 988 do Superior Tribunal de Justiça – STJ<sup>14</sup> submeteu ao julgamento a questão da necessidade de se definir a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC<sup>15</sup> e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente indicadas nos incisos do referido dispositivo do CPC. Nesse sentido, foi firmada a tese de que o rol do artigo 1.015 do CPC<sup>16</sup> é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de

---

<sup>12</sup>DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. *A decisão de organização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*: Importância, conteúdo, e o papel do regimento interno do Tribunal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 7. De acordo com os autores, “existe notícia de redução do referido prazo (de julgamento e de suspensão) por força de previsão regimental, o que não nos parece vedado, desde que sejam respeitados os procedimentos para ampliação e maturação do debate.”

<sup>13</sup>Ibid., p. 8.

<sup>14</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo nº 988*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=988&cod\\_tema\\_final=988](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=988&cod_tema_final=988)>. Acesso em: 05 fev. 2022.

<sup>15</sup>Ibid., p. 4.

<sup>16</sup>Ibid.



agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Nesse caso específico de Recurso Repetitivo, foi admitida a modulação dos efeitos da fixação da tese, a fim de que a tese jurídica apenas fosse aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do referido acórdão. Isso porque, caso não ocorresse tal modulação, a maioria dos Agravos de Instrumento do país poderiam sofrer impactos de suspensão, o que representaria um grave prejuízo para todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, não faria sentido e seria prejudicial que se suspendessem todos os agravos em curso para que se cumprisse a suspensão determinada pela lei.

Outro exemplo prático, desta vez em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é o Tema nº 37 - IRDR do TJSP<sup>17</sup>, que submeteu a julgamento à questão da obtenção de decisão vinculante sobre o valor da causa em ações cujo objetivo é a outorga de escritura de compromisso de compra e venda de imóvel no sistema financeiro de habitações. Foi fixado entendimento que afastou o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica com distinção de tratamentos entre os processos, que trarão consequências processuais distintas, como acerca do importe que pode ser estabelecido a título de honorários sucumbenciais.

Em tal julgamento, o relator optou pelo não sobrestamento dos processos em curso, uma vez que a matéria discutida não comprometeria a defesa dos interessados e nem impediria o prosseguimento das ações, tratando-se de questão processual que não afetaria o julgamento do mérito e poderia ser corrigida ao final.

Dessa maneira, tem-se que a paralisação de inúmeros processos e o consequente atraso na resolução de seus méritos nem sempre será benéfica aos usuários e operadores do Direito. É necessário, portanto, que se construa uma solução acadêmica e processual para este problema, em consonância com os princípios constitucionais da duração razoável do processo e da eficiência, que se apresente como alternativa à suspensão total dos processos.

Os desenvolvimentos de tais alternativas, como a suspensão parcial do processo, modulação dos efeitos quando da fixação da tese do Repetitivo, e utilização da tutela antecipada, serão apresentadas no capítulo seguinte.

### 3. ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA OS CASOS EM RISCO

---

<sup>17</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Tema IRDR nº 37*. Relator: Desembargador Álvaro Passos. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/NugetNac/IrdR/DetailTema?codigoNoticia=6223&pagina=1>>. Acesso em: 02 fev. 2022.

A determinação legal é de que, uma vez admitido o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, todos os processos ainda não julgados e possivelmente afetados pela tese a ser fixada deverão ser suspensos (art. 982, I, do Código de Processo Civil<sup>18</sup>). No entanto, conforme já explanado, a suspensão total e irrestrita dos processos pendentes pode ser muito mais gravosa do que benéfica, revelando-se inadequada a partir de um exame específico do caso concreto.

Nessa toada, é necessário que se desenvolva uma solução mais apropriada para esse tipo de problema, inerente a um conjunto de processos possivelmente afetados que são heterogêneos e diversos entre si. Importante salientar que tal solução deverá, necessariamente, assegurar o respeito ao princípio constitucional da duração razoável do processo e ao princípio da eficiência – previstos, respectivamente, no art. 5.º, LXXVIII, CRFB/1988<sup>19</sup> e art. 8º do CPC<sup>20</sup>.

Uma possibilidade que vem sendo apresentada pela doutrina especializada e se tornando usual na prática da jurisprudência é a utilização da modulação dos efeitos quando da fixação da tese do incidente. Ou seja, a possibilidade de se restringir a eficácia temporal de determinada decisão, de modo que possa surtir efeito apenas em dado espaço de tempo pré-definido, normalmente futuro.

Nesse contexto principalmente jurisprudencial, foi editado o enunciado nº 140 da II Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>21</sup>, que assim se manifesta:

A suspensão de processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região prevista no art. 982, I, do CPC não é decorrência automática e necessária da admissão do IRDR, competindo ao relator ou ao colegiado decidir acerca da sua conveniência.

Sendo assim, é cada vez mais aceita a tese de que a suspensão legal dos processos não pode ser compreendida sem a análise do contexto do caso concreto, não sendo decorrência necessária da instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela modulação dos efeitos da decisão em sede de IRDR em algumas oportunidades. O Tema Repetitivo nº 996<sup>22</sup>, que versa sobre teses

<sup>18</sup>BRASIL. op. cit., nota 01.

<sup>19</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2022.

<sup>20</sup>BRASIL. op. cit., nota 01.

<sup>21</sup>BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 140*. II Jornada de Direito Processual Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1280>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>22</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo nº 996*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_p](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_p)>

firmadas referentes aos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta no âmbito do programa Minha Casa, Minha Vida, não determinou a suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos.

Também o Tema Repetitivo nº 1.022<sup>23</sup>, que submeteu a julgamento a definição de ser cabível ou não agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em processos de recuperação judicial e falência em hipóteses não expressamente previstas na Lei nº 11.101/05<sup>24</sup>, optou pela modulação de seus efeitos. Neste tema, restou determinado que a tese jurídica vinculante deveria ser aplicada apenas a todas as decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que fixou a tese e a todos os agravos de instrumento interpostos antes da fixação da tese e que ainda se encontrem pendentes de julgamento, excluindo-se os agravos de instrumento não conhecidos pelos tribunais por decisão transitada em julgado.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também utiliza a modulação dos efeitos em julgamentos em sede de IRDR, considerando as especificidades de cada caso. No julgamento

---

esquisa=T&cod\_tema\_inicial=996&cod\_tema\_final=996>. Acesso em: 01 mar. 2022. “As teses firmadas, para os fins do artigo 1.036 do CPC/2015, em contrato de promessa de compra e venda de imóvel na planta, no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, para os beneficiários das faixas de renda 1, 5, 2 e 3, foram as seguintes: 1.1. Na aquisição de unidades autônomas em construção, o contrato deverá estabelecer, de forma clara, expressa e inteligível, o prazo certo para a entrega do imóvel, o qual não poderá estar vinculado à concessão do financiamento, ou a nenhum outro negócio jurídico, exceto o acréscimo do prazo de tolerância; 1.2. No caso de descumprimento do prazo para a entrega do imóvel, incluído o período de tolerância, o prejuízo do comprador é presumido, consistente na injusta privação do uso do bem, a ensejar o pagamento de indenização, na forma de aluguel mensal, com base no valor locatício de imóvel assemelhado, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma. 1.3. É ilícito cobrar do adquirente juros de obra, ou outro encargo equivalente, após o prazo ajustado no contrato para a entrega das chaves da unidade autônoma, incluído o período de tolerância. 1.4. O descumprimento do prazo de entrega do imóvel, computado o período de tolerância, faz cessar a incidência de correção monetária sobre o saldo devedor com base em indexador setorial, que reflete o custo da construção civil, o qual deverá ser substituído pelo IPCA, salvo quando este último for mais gravoso ao consumidor. Não há determinação de suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos.”

<sup>23</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo nº 1.022*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=tue&tipo\\_pesquisa=cod\\_tema\\_inicial=1022&cod\\_tema\\_final=1022](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=tue&tipo_pesquisa=cod_tema_inicial=1022&cod_tema_final=1022)>. Acesso em: 01 mar. 2022. “É cabível agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias proferidas nos processos de recuperação judicial e nos processos de falência, por força do art. 1.015, parágrafo único, CPC. Modulação de Efeitos: 26) A fim de propiciar a necessária segurança jurídica e proteger as partes que, confiando na irrecorribilidade das decisões interlocutórias fora das hipóteses de cabimento previstas na Lei 11.101/2005, não interpuseram agravo de instrumento com base no art. 1.015, parágrafo único, CPC/15, faz-se necessário estabelecer que decisões interlocutórias que não foram objeto de recurso de agravo de instrumento poderão ser objeto de impugnação pela parte em apelação ou em contrarrazões, como autoriza o art. 1.009, §1º, CPC/15, nos processos em que efetivamente houver a previsão de cabimento do recurso de apelação e se entender a parte que ainda será útil o enfrentamento da questão incidente objeto da decisão interlocutória naquele momento processual. 27) De outro lado, também é necessário estabelecer que a presente tese jurídica vinculante deverá ser aplicada: (i) a todas as decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que fixou a tese; (ii) a todos os agravos de instrumento interpostos antes da fixação da tese e que ainda se encontrem pendentes de julgamento ao tempo da publicação deste acórdão, excluindo-se, tão somente, os agravos de instrumento que não foram conhecidos e os mandados de segurança inadmitidos (trecho incluído após julgamento dos Embargos de Declaração, cujo acórdão foi publicado no DJe de 15/3/2021) pelos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais por decisão judicial transitada em julgado. Não há determinação de suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos.”

<sup>24</sup>BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2022.

do RE 1.352.164/MG<sup>25</sup>, o STF decidiu pela possibilidade de determinação de efeitos *ex nunc* no caso, considerando que, caso não fosse determinado desta maneira, o prejuízo da decisão poderia ser maior do que seu benefício.

A modulação de efeitos da decisão como ferramenta capaz de diminuir os possíveis prejuízos da suspensão instantânea dos processos em sede de IRDR já vem sendo utilizada na prática judiciária do ordenamento brasileiro, conforme ilustrado pelos exemplos colacionados. Todavia, é alarmante que a maioria dos julgadores ainda aplica a lei às cegas, sem realizar uma análise casuística, sendo certo que acabam por prejudicar inúmeros atores processuais ao não considerar a possibilidade de prejuízo pela suspensão desenfreada. As conclusões do Relatório I do Observatório Brasileiro de IRDRs da Universidade de São Paulo - Grupo de Estudos da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto demonstram que a maioria dos julgadores acaba por suspender os processos possivelmente afetados de imediato, sem realizar a análise casuística necessária<sup>26</sup>.

Em continuidade com as possibilidades de desenhos processuais capazes de aplacar o problema da suspensão integral dos processos, a tutela provisória também desponta como possível solução. Isso porque, através da sua utilização, os processos poderiam prosseguir de maneira parcial, ou seja, todos os atos processuais independentes em relação à definição da questão controvertida poderiam ser adiantados antes da fixação da tese.

---

<sup>25</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1352164/MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1272288/false>>. Acesso em: 02 mar. 2022. “REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO - VIOLAÇÃO AO CARÁTER CONTRIBUTIVO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO - EC 20/98 QUE ALTEROU O ART. 40 DA CR/88 - EC 84/10 QUE ALTEROU O ART. 36 DA CEMG - LEI MUNICIPAL NÃO RECEPCIONADA - DEFINIÇÃO DA TESE IRDR 1.0672.13.037458-6 003, COM O ACRÉSCIMO DOS EDS 1.0672.13.037458-6/005 E 006 - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AO PRECEDENTE FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL - MODULAÇÃO DE EFEITOS RECURSO NÃO PROVIDO, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO - Tese firmada sob a sistemática do IRDR no sentido de que a Lei Municipal de Sete Lagoas, de nº 6.544/2001, que prevê o custeio da complementação de aposentadoria, exclusivamente pelo município, não foi recepcionada pela Constituição Estadual, após redação dada ao art. 36 pela ECE 84/2010, por violar o caráter contributivo do sistema previdenciário instituído pela EC nº 20/98, e reiterado pela EC nº 41/2003 alterada pela Lei Municipal nº 6.699/2002. O juízo de não recepção produzirá efeito *ex nunc* para preservar nos termos da Lei Municipal de Sete Lagoas, sob nº 6.544/2001, o direito à complementação de aposentadoria aos servidores que já a recebiam ou que já haviam cumprido os requisitos exigidos pela legislação para se aposentarem até a data de conclusão do julgamento do IRDR, independentemente de haver ou não sentença judicial - Inexiste direito do servidor público à complementação de aposentadoria com base na lei municipal que preconiza o custeio exclusivamente pelos cofres municipais, até a implementação do regime próprio complementar de previdência, uma vez que não há contraprestação por parte do beneficiário. Configurada a hipótese de aplicação de efeito *ex nunc* no presente apelo, eis que a apelada reuniu os requisitos para o benefício.”

<sup>26</sup>Ibid., p. 7. “Dos 68 IRDRs que tiveram seu mérito analisado e tese jurídica fixada, em 63 deles houve a suspensão das demandas idênticas pendentes durante o julgamento do incidente”.

Tal lógica já vem sendo ventilada na doutrina especializada, como pode se perceber da explanação de Temer e Didier<sup>27</sup>:

Parece possível, ainda, desenvolver uma alternativa, consistente na possibilidade de concessão pelo órgão colegiado, após a admissibilidade, de uma espécie de tutela provisória, conferindo uma “interpretação provisória da questão de direito processual”, que valerá enquanto não resolvido definitivamente o incidente. Caso essa interpretação venha a confirmar-se ao final, não haverá nenhum problema – com a vantagem de os processos não terem sido sobrestados; caso a interpretação não se confirme ao final, o órgão julgador, na decisão do incidente, fará a modulação dos efeitos da decisão, para preservar os atos praticados com base na “interpretação provisória” ou, caso se demonstre necessário, ocorrerá a repetição dos atos praticados, agora em conformidade com a nova tese.

A tutela antecipada também pode ser utilizada para que se apresente uma “interpretação provisória” sobre o tema. O que poderia ser feito seria, em sede de tutela antecipada, determinar aos órgãos julgadores que, enquanto perdurar o incidente, esta ou aquela interpretação deverá ser aplicada em detrimento de outra. Em que pese a questão ainda não estar totalmente definida – a maturidade sobre o tema apenas seria alcançada após o julgamento final do IDR –, esta seria uma solução totalmente prática, considerando a realidade do costume forense brasileiro. Nessa hipótese, o tribunal seria responsável por, ao final do incidente, preservar os atos jurídicos já praticados com base na interpretação provisória, ou possibilitar que atos jurídicos praticados com entendimento diferente do final possam ser consertados, sem que se realize, em nenhum momento, a suspensão dos processos.

Isso posto, é possível concluir que existem alternativas jurídicas para que a suspensão processual não seja realizada a qualquer custo. Tal fato tem relevância, principalmente, pois a preservação da suspensão deverá ser fomentada apenas se o prejuízo para o sujeito do processo não for maior do que a não suspensão. É necessário, a despeito de riscos, que se utilize o arcabouço processual aqui detalhado, a fim de que se concretize a proteção dos interesses de todos os envolvidos nos ritos de julgamentos por amostragem.

## CONCLUSÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem o condão de promover o julgamento célere de demandas similares, através de um julgamento por amostragem onde

---

<sup>27</sup>DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. *A decisão de organização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*: Importância, conteúdo, e o papel do regimento interno do Tribunal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 8.

ocorre a fixação de uma tese jurídica aplicável a todos os casos que discutem dada problemática. A ideia principal do IRDR não é outra senão a celeridade no processamento e a isonomia e segurança jurídica – aplicação da mesma solução adequada em casos semelhantes. Dessa maneira, o IRDR contribui para a redução da sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro, além de ser um procedimento que auxilia na estabilização da jurisprudência.

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou apresentar uma análise sobre o procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, com destaque para a necessidade de suspensão dos processos afetados por tal rito. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que a suspensão de todos os processos possivelmente afetados pelo procedimento especial não deve ser irrestrita, posto que pode causar prejuízos para as partes envolvidas e, em última análise, representar uma falha na proteção do princípio da ampla defesa e no respeito às garantias constitucionais do processo.

Inicialmente, buscou-se analisar de maneira mais profunda a previsão legal de suspensão dos processos envolvidos. Muito embora tenha sido concebido como uma maneira de proteção à segurança jurídica, questionou-se até que ponto o sobrestamento obrigatório seria sempre benéfico aos usuários do sistema, tendo em vista que, em alguns momentos, a partir de análises casuísticas, alguns magistrados optam por não o fazer. Nesse sentido, a prática forense poderia indicar uma necessidade não prevista em lei.

Em seguida, baseado em concepções primariamente doutrinárias, foi levantada a hipótese de que, em alguns casos específicos, o sobrestamento poderia acarretar um efeito inverso e acabar sendo mais prejudicial do que benéfico para as partes envolvidas. Para corroborar tal hipótese, foram analisados exemplos práticos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, no derradeiro capítulo deste trabalho, buscou-se apresentar alternativas práticas para que as partes possivelmente afetadas pela suspensão de seus processos quando da fixação da tese de dado IRDR não restassem prejudicadas. Foram apresentadas como possibilidades já utilizadas na prática jurisprudencial a modulação dos efeitos na fixação da tese do Repetitivo e a utilização do instituto da tutela antecipada.

A relevância da pesquisa é evidenciada quando questionado o respeito às garantias constitucionais do processo, tendo em vista que a lei é clara quanto a sua vontade de preservar a segurança jurídica nos ritos especiais de convalidação de precedentes. No entanto, o debate intelectual doutrinário e a jurisprudência pátria evidenciam que a previsão legal utilizada sem o devido cotejo casuístico pode prejudicar as partes envolvidas no processo.





Assim, em suma, o objetivo do presente trabalho foi enfrentar a controvérsia acerca da suspensão obrigatória dos processos envolvidos em julgamento de IRDR e a sua relação com a prática jurisprudencial e doutrinária brasileira.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 11 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo nº 988*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=tr&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=988&cod\\_tema\\_final=988](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=tr&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=988&cod_tema_final=988)>. Acesso em: 10 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo nº 996*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=996&cod\\_tema\\_final=996](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=996&cod_tema_final=996)>. Acesso em: 01 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo nº 1.022*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1022&cod\\_tema\\_final=1022](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1022&cod_tema_final=1022)>. Acesso em: 01 mar. 2022.

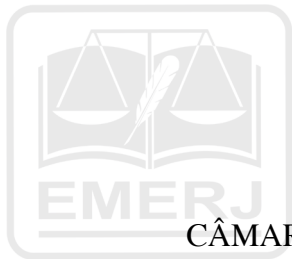
\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1352164/MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1272288/false>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça*. Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <<https://www5.tjms.jus.br/webfiles/SPGE/revista/20220607124608.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Tema IRDR nº 37*. Relator: Desembargador Álvaro Passos. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/NugepNac/Irdrr/DetalleTema?codigoNoticia=62233&pagina=1>>. Acesso em: 02 fev. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_; TEMER, Sofia. *A decisão de organização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Importância, conteúdo, e o papel do regimento interno do Tribunal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FEDERAL, Conselho da Justiça. *Enunciado nº 140*. II Jornada de Direito Processual Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1280>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

FPPC. *Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis nº 348*. Disponível em: <[https://instituto\\_dc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf](https://instituto_dc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos: entre precedente, coisa julgadas sobre a questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ZUFELATO, Camilo. *Relatório de Pesquisa: Dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018*. Observatório Brasileiro de IRDRs: Ribeirão Preto, 2018.



## ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO PARA O PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Bruna Lyrio Martins

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

**Resumo** – O processo legislativo brasileiro tem enfrentado grave crise de legitimidade democrática. A Avaliação de Impacto Legislativo (AIL) surge como uma alternativa para minimizar esse obstáculo, ao alterar a estrutura de incentivos no mercado político, fomentando a transparência e a responsabilidade dos agentes envolvidos. Além disso, oferece informações de qualidade para tomada de decisões públicas de modo racional. Portanto, embora sua implementação no cenário brasileiro acarrete uma série de dificuldades, a busca por um processo legislativo mais racional e legítimo justifica a reflexão acerca desse modelo.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Avaliação de impacto legislativo (AIL). Processo legislativo. Legitimidade democrática.

**Sumário** – Introdução. 1. A relevância das etapas e dos objetivos da AIL. 2. AIL como ferramenta para aperfeiçoar o processo legislativo. 3. Dificuldades inerentes à incorporação da AIL. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O fortalecimento da democracia depende de um esforço constante para solidificar suas instituições. Por isso, as recorrentes falhas do processo legislativo ameaçam todo o sistema. No Brasil, esse cenário se apresenta de modo ostensivo: a população desconfia tanto das intenções quanto da capacidade de governança dos representantes eleitos. Nesse contexto, o presente trabalho visa a apresentar uma alternativa capaz de reduzir esses entraves, qual seja: a Análise de Impacto Legislativo (AIL).

Como a maioria das discussões acadêmicas se limita a abordar a Análise de Impacto Regulatório (AIR), sobretudo nas agências reguladoras, optou-se por colocar os holofotes sobre o processo legislativo, a fim de relegitimá-lo e racionalizá-lo. Embora a AIL seja capaz de alcançar esses objetivos, sua contínua subutilização impede que cumpra tal papel na proteção do Estado Democrático de Direito, o que impõe maior reflexão sobre o tema.

O presente trabalho encontra-se estruturado em três capítulos. No primeiro, abordam-se os principais aspectos da AIL, sob uma perspectiva formal, explicitando-se seu conceito, suas etapas e seus objetivos. No segundo, estuda-se a AIL como uma ferramenta apta a aumentar a transparência e a responsabilidade de agentes políticos, bem como reduzir o número de normas simbólicas e ineficientes. No terceiro, apresentam-se algumas dificuldades

inerentes à incorporação desse instituto, como os custos e o tempo necessários à sua formulação, o modelo federativo brasileiro e a sistematização do procedimento.

Esta pesquisa é desenvolvida por meio de metodologia explicativa, com base no método hipotético-dedutivo. Dessa forma, a pesquisadora planeja eleger um conjunto de proposições hipotéticas – que acredita serem viáveis à análise do objeto da pesquisa – e, ao longo de seu desenvolvimento, irá comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Ademais, a abordagem é prioritariamente qualitativa, sem prejuízo da exposição de dados quantitativos relevantes sobre a produção de normas no país. Assim, a pesquisadora extrai da legislação, da doutrina nacional e estrangeira e da jurisprudência as fontes estruturais necessárias para sustentar a sua tese.

## 1. A RELEVÂNCIA DAS ETAPAS E DOS OBJETIVOS DA AIR

Inicialmente, cabe uma breve digressão terminológica. De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),<sup>1</sup> a Análise de Impacto Regulatório (AIR) pode ser definida, simultaneamente, como uma ferramenta e como um processo analítico-sistemático para identificar e analisar os custos e os potenciais efeitos das propostas regulatórias. Nesse sentido, entende-se por regulação o conjunto de medidas legislativas, administrativas ou convencionais, por meio das quais o Estado determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos.<sup>2</sup>

A questão é que, no Brasil, o fenômeno da regulação encontra-se muito atrelado às atividades das agências reguladoras. Essa leitura limitada restringe importantes debates, inclusive, quanto ao uso de instrumentos como a AIR para incrementar a qualidade do processo legislativo. Segundo Felipe de Paula,<sup>3</sup> “[a]o deixar de lado as possibilidades de uso desse ferramental à elaboração legislativa mais ampla, ainda que com severas adaptações, contribui-se para reduzir a força e a amplitude de políticas gerais de qualidade normativa”.

---

<sup>1</sup>OCDE. *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*. 2008b, p. 3. Disponível em: <encurtador.com.br/ntyAG>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>2</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 420. A OCDE utiliza o termo “regulação” de forma ampla, incluindo leis, ordens formais e informais, regras subordinadas emitidas por todos os níveis de governo e regras emitidas por órgãos não governamentais ou autorreguladores aos quais os governos delegaram poderes regulatórios (OCDE. *Government Capacity to Assure High-quality Regulation in Brazil*. 2008a, p. 3. Disponível em: <encurtador.com.br/bxzFY>. Acesso em: 23 out. 2021). Neste trabalho, o termo é usado para se referir a normas primárias e secundárias elaboradas pelo Estado.

<sup>3</sup>PAULA, Felipe de. *Análise de Impacto Regulatório*. Os pressupostos ocultos da consulta pública – Parte II. Disponível em: <encurtador.com.br/nwMY5>. Acesso em: 24 out. 2021.

De fato, a AIR deve ser utilizada tanto no âmbito legislativo quanto no âmbito administrativo, ao se examinar as consequências de determinada regulação.<sup>4</sup> Todavia, autores como Fernando Meneguim e Rafael Silveira Silva<sup>5</sup> entendem que a expressão AIR se refere apenas às avaliações empreendidas na esfera infralegal e regulamentadora. O exame de normas primárias, por sua vez, seria denominado Análise de Impacto Legislativo (AIL).

Essa classificação possui pouca pertinência prática, pois ambos os institutos adotam mecanismos similares, ainda que com objetos distintos.<sup>6</sup> Nada obstante, tendo em vista que o termo AIR se aproxima – mesmo que de modo não intencional – da produção normativa das agências reguladoras, para fins expositivos e didáticos, adota-se a nomenclatura AIL no que tange aos atos decorrentes do processo legislativo. Salienta-se, porém, que essa divisão não possui respaldo na literatura da OCDE, que aborda ambos os instrumentos em conjunto.

Com efeito, a AIL se insere em um campo de estudo que busca aprimorar o conteúdo das leis: a legística material.<sup>7</sup> A ideia é que, antes de positivar uma norma jurídica, o legislador a examine sob uma perspectiva crítica. Como ensina Jean-Daniel Delley,<sup>8</sup> “[a]ntes de redigir a lei, é preciso pensá-la”.

A doutrina não é uníssona quanto às etapas que devem ser observadas na elaboração da AIL. Em uma tentativa de sistematização, apontam-se as seguintes fases: (i) identificação do problema; (ii) definição dos objetivos; (iii) levantamento de alternativas; (iv) escolha da metodologia para avaliação; (v) análise do impacto das alternativas; (vi) comparação de resultados; (vii) escolha da solução; (viii) implementação; (ix) monitoramento; (x) avaliação de impacto retrospectiva; e (xi) adaptação da norma, se necessário.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup>SAMPAIO, Patrícia; GUERRA, Sérgio. Análise de impacto regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. *Justiça e Cidadania*, n. 145, 11 set. 2012. Disponível em: <encurtador.com.br/bsLM2>. Acesso em: 24 out. 2021; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Por um Uso Abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. *Direito do Estado*, n. 126, 31 mar. 2016. Disponível em: <encurtador.com.br/gxDF7>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>5</sup>MENEGUIM, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e. Introdução. In: MENEGUIM, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e (Org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, 2017, p. 18.

<sup>6</sup>Patrícia Rodrigues Pessoa Valente, em sua dissertação de mestrado, sustenta que existem distinções mais profundas entre a análise de impacto regulatório (AIR) e a análise de impacto legislativo (AIL). Para mais informações, vide: VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 48-50.

<sup>7</sup>COSTA, Rafael de Oliveira. O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio do exercício da função juspolítica pelos Tribunais. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, nº 1, p. 69-86, jan./abr. 2016.

<sup>8</sup>DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei: introdução a um procedimento metódico. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, nº 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

<sup>9</sup>Para elaboração dessa lista, utilizaram-se como parâmetro as informações disponíveis em: COSTA, op. cit., p. 73; DELLEY, op. cit., p. 101-143; RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political

A observância desses passos, associada à realização de consultas públicas, aumenta a probabilidade de normas eficientes, efetivas e eficazes<sup>10</sup>. A AIL, portanto, propicia o fortalecimento da governança regulatória, ao incluir elementos por vezes negligenciados no processo de tomada de decisão legislativa.<sup>11</sup>

A experiência internacional evidencia os efeitos positivos de uma AIL bem estruturada. Na União Europeia, por exemplo, as iniciativas de caráter legislativo mais relevantes ou com evidentes consequências ambientais, econômicas ou sociais sujeitam-se à análise de impacto.<sup>12</sup> De acordo com o Tribunal de Contas Europeu,<sup>13</sup> esse procedimento se caracteriza como uma boa prática, na medida em que aprimora a capacidade da Comissão Europeia de elaborar as suas propostas.

De modo similar, no Reino Unido, a análise de impacto se aplica em todo processo de tomada de decisão, desde que a medida imponha ou reduza custos ao setor econômico ou afete o setor público acima de determinado valor.<sup>14</sup> Tanto as proposições iniciadas pelos parlamentares quanto as de iniciativa do governo passam por essa tramitação.<sup>15</sup> Mais uma vez, objetiva-se que as leis sejam justas, modernas, simples e eficientes, para que possam alcançar suas finalidades com o menor custo possível.

Já no Canadá, ao longo das últimas décadas, consolidou-se uma cultura jurídica

---

context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, v. 12, n. 5, p. 924-943, 2007; MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, nº 11, p. 1-32, set./out./nov. 2007, p. 20-23. Disponível em: <encurtador.com.br/arwxE>. Acesso em: 22 out. 2021.

<sup>10</sup>“A avaliação legislativa, integrante da Legística Material, deve ser empreendida para analisar os impactos decorrentes da aplicação de uma legislação. Entende-se, assim, que a avaliação legislativa deve examinar se a legislação será: efetiva, ou seja, se o comportamento adotado pelos destinatários da norma estará de acordo com o esperado; eficaz, no sentido de que o texto legal deve estar formulado para que os objetivos sejam alcançados; e eficiente, isto é, se os benefícios oriundos da lei compensarão os custos impostos por ela, além de serem os menores possíveis.” (MENEQUIN, Fernando B. Avaliação de Impacto Legislativo no Brasil. *Textos para Discussão*, nº 70. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 7-8).

<sup>11</sup>Ana Paula de Barcellos, ao tratar sobre o devido procedimento na elaboração normativa, indica que as autoridades competentes devem apresentar justificativa pública para suas proposições normativas. Essa justificativa se relaciona diretamente com a AIL, já que seu conteúdo mínimo envolve as razões e as informações sobre o problema que se pretende enfrentar, os resultados esperados com a medida e os seus custos e impactos. Para mais informações, vide: BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, [e-book].

<sup>12</sup>VALENTE, op. cit., p. 69.

<sup>13</sup>TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. *A avaliação de impacto nas instituições da UE apoia o processo de tomada de decisão?* Relatório Especial nº 3. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010, p. 45. Disponível em: <encurtador.com.br/EKOSU>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>14</sup>VALENTE, op. cit., p. 64-67; SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsohn. Análise de impacto: ferramenta e processo de aperfeiçoamento da regulação. *Radar*, n. 8, p. 16-22, 2010, p. 19. Disponível em: <encurtador.com.br/qryCS>. Acesso em: 24 out. 2021.

<sup>15</sup>KÄSSMAYER, Karin. Referências e experiências internacionais sobre avaliação de impacto legislativo. In: MENEQUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e (Org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, 2017, p. 41-42.

propícia à edição de leis de boa qualidade. Nesse contexto, o país tem elaborado análises de impacto tanto de normas primárias quanto de normas secundárias.<sup>16</sup>

À luz da conjuntura internacional, evidencia-se que a AIL pode representar um instrumento relevante para concepção e implementação de políticas públicas,<sup>17</sup> sobretudo aquelas que direta ou indiretamente acarretem gastos públicos. Conquanto o Poder Executivo tenha preponderância sobre o tema, o papel do Poder Legislativo não pode ser desconsiderado.<sup>18</sup> Afinal, quando o legislador cria um programa de forma genérica (por exemplo, o dever do Estado de disponibilizar professores para atendimento educacional especializado de pessoas com deficiência – art. 28, XI da Lei nº 13.146<sup>19</sup>), há uma série de recursos humanos e materiais que precisam ser empregados para dar efetividade à norma.

Vê-se, então, que a AIL se aplica à produção de normas de iniciativa do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Tanto é assim que a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados editou diretrizes para elaboração de AIL e, desde 2012, tem realizado esses estudos, quando solicitada.<sup>20</sup> A dificuldade, em ambos os poderes, decorre da falta de sistematização para que essa análise se processe de maneira efetiva.

## 2. AIL COMO FERRAMENTA PARA APERFEIÇOAR O PROCESSO LEGISLATIVO

O processo legislativo possui papel fundamental na sustentação da democracia, ao permitir a ampla participação popular, seja por meio de representantes eleitos, seja por meio de iniciativa direta. Grande parte das decisões atinentes às políticas públicas depende da

---

<sup>16</sup>“Na elaboração das leis primárias, uma avaliação dos impactos é apresentada ao Gabinete, mas seus elementos e sua apreciação não estão disponíveis publicamente antes de a matéria ser encaminhada ao Parlamento (OECD, 2015, p. 148). Por sua vez, os processos de elaboração de regulamentos, considerados ‘instrumentos-chave da política pública’, são mais detalhados e transparentes, e uma avaliação de impacto regulatório (AIR) (Regulatory Impact Assessment) é obrigatória, além de estar disponível publicamente em um registro central.” (KÄSSMAYER, op. cit., p. 30-31).

<sup>17</sup>Existem múltiplas definições de políticas públicas. Para fins didáticos, adota-se a aceção proposta por Leonardo Secchi de que política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público, ou seja, um problema entendido como coletivamente relevante (SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p.2). Neste trabalho, têm-se como foco as políticas públicas elaboradas pelo Estado.

<sup>18</sup>TORRENS, Antonio Carlos. Poder legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 50, nº 197, p. 189-204, jan./mar. 2013; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas: uma proposta de releitura do art. 61, §1º, II, e da Constituição Federal. *Textos para discussão*, nº 122. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 22.

<sup>19</sup>BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <encurtador.com.br/ghuQU>. Acesso em: 30 dez. 2021.

<sup>20</sup>Para mais informações acerca das diretrizes da Câmara dos Deputados e dos estudos já elaborados, *vide*: <encurtador.com.br/awBIK>. Acesso em: 25 out. 2021.

observância desse procedimento para ser implementada.<sup>21</sup>

Entretanto, no Brasil, o processo legislativo tem sido visto pela população com grande ceticismo. Há diversos fatores que justificam tal conclusão, dentre eles: (i) a influência escusa de grupos de pressão, por meios lícitos ou ilícitos, a fim de obter normas favoráveis aos seus interesses<sup>22</sup> e (ii) a hipertrofia legislativa, com a criação desgovernada de normas simbólicas ou ineficientes. Nas palavras de Marcos Fernandes Gonçalves da Silva:<sup>23</sup>

[...] a função dos políticos é escolher pelos outros ou, em outras palavras, eles são escolhidos para escolher. Eles fazem as chamadas escolhas públicas, que consistem em decisões acerca do que deve ser produzido e quanto, em termos de bens públicos (educação, segurança). No entanto, as escolhas públicas são intrinsecamente imperfeitas. Isso ocorre por duas razões básicas. Em primeiro lugar, mesmo considerando agentes públicos absolutamente altruístas, como frades franciscanos, eles não possuem a capacidade cognitiva e computacional para identificar, a cada instante do tempo, as demandas dos cidadãos. Em segundo lugar, os políticos defendem seus próprios interesses privados, como qualquer agente econômico ordinário, e representam interesses de grupos organizados dentro da sociedade. Logo, não existe uma escolha pública.

No que tange aos grupos de pressão,<sup>24</sup> é verdade que sua conduta pode gerar consequências positivas, como a representação de demandas pouco visadas, o fornecimento de informações relevantes sobre determinados temas e a redução dos custos de transação, ao apontar regulações ineficientes.<sup>25</sup> Nada obstante, essas potenciais vantagens são ofuscadas por dois acentuados pontos negativos: (i) a falta de transparência e de responsabilidade, na medida em que a população não participa desse “mercado político” oculto, e (ii) o dispêndio de recursos econômicos para que apenas certos grupos se beneficiem, sem a produção de riqueza social – fenômeno conhecido como *rent-seeking*.<sup>26</sup>

A participação dos grupos de pressão no processo legislativo não é, por si só,

---

<sup>21</sup>MENEGUIN, op. cit., 2010, p. 5.

<sup>22</sup>A captura do processo legislativo pode se dar por diversos instrumentos, desde a simples persuasão até a corrupção e, caso necessário, a intimidação. O lobby, a princípio, representa um meio lícito de captura. Entretanto, na prática, pode ser difícil determinar os limites de legalidade, sobretudo pela falta de regulamentação no Brasil. Já o oferecimento de vantagens pessoais, como dinheiro, cargos públicos ou empregos após o término mandato, constituem meios claramente ilícitos de se exercer pressão sobre o processo legislativo. Sobre o tema, *vide*: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 467.

<sup>23</sup>SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Políticas de governo e planejamento estratégico como problemas de escolha pública – II. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 36, nº 4, p. 38-50, out./nov./dez. 1996.

<sup>24</sup>Paulo Bonavides distingue “grupos de interesse” e “grupos de pressão”, afirmando que estes são espécies daqueles, nos casos em que efetivamente exerçam influência política para obtenção medidas favoráveis aos seus interesses. Sobre o tema, *vide*: BONAVIDES, op. cit., p. 461-462.

<sup>25</sup>Para mais informações, *vide*: BONAVIDES, op. cit., p. 474-475; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, [e-book].

<sup>26</sup>Sobre o tema, *vide*: SILVA, op. cit., p. 44-45; TULLOCK, Gordon. The theory of public choice. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. *Government failure: a primer in public choice*. Londres: Institute of Economic Affairs, 2000, p. 43.



prejudicial. Porém, a depender das circunstâncias, pode subverter o debate democrático. De acordo com Ana Frazão,<sup>27</sup> os problemas surgem porque o poder econômico tem influenciado de forma direta e descontrolada o cenário político, normalmente no contexto de barganhas privadas com os parlamentares envolvidos.

Essas negociações não necessariamente envolvem a prática de atos ilícitos. Porém, em muitos casos, essa circunstância se verifica. Tanto é assim que o STF, no julgamento da ADI nº 4887/DF,<sup>28</sup> concluiu que uma Emenda à Constituição pode ser julgada formalmente inconstitucional se ficar demonstrado que ela foi aprovada com votos “comprados” dos parlamentares e que esse número foi suficiente para comprometer o resultado da votação.

Já no que tange à hipertrofia legislativa, ainda persiste uma cultura política que afere o sucesso do parlamentar pela quantidade de projetos de lei elaborados e aprovados, independentemente de sua qualidade.<sup>29</sup> Assim, não bastasse a produção exagerada de normas, o seu conteúdo não corresponde aos padrões desejados. Dentre outros fatores, isso se explica porque os agentes envolvidos nesse processo, como quaisquer pessoas, possuem limitações cognitivas oriundas de seus instintos biológicos e de suas próprias experiências de vida, o que interfere em sua percepção sobre as mazelas sociais e as alternativas para solucioná-las.<sup>30</sup>

As consequências dessa conjuntura são dramáticas: em 2018, o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) constatou que, durante 30 anos de vigência da Constituição Federal, foram editadas quase cinco milhões e novecentas mil disposições normativas no Brasil, incluindo normas primárias e secundárias dos Estados, dos Municípios e da União, o que representa, em média, mais de setecentas normas por dia útil. Esses diplomas, além de numerosos, são complexos, confusos e de difícil interpretação.<sup>31</sup>

A produção legislativa descontrolada gera a hipertrofia do sistema jurídico e colabora para a existência de verdadeiro caos legislativo.<sup>32</sup> Soma-se a isso o fato de que a sociedade

---

<sup>27</sup>FRAZÃO, Ana. *Precisamos falar sobre lobby: o controle do lobby como forma de administrar a tensão entre democracia e mercado*. Disponível em: <encurtador.com.br/cHNSV>. Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>28</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4887/DF*. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <encurtador.com.br/JMV24>. Acesso em: 30 dez. 2021.

<sup>29</sup>VIEIRA, Eduardo S. S. Desafios e estratégias para implementação da avaliação de impacto legislativo. In: MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e (Org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, 2017, p. 48, 50-51.

<sup>30</sup>Nesse sentido: SUNSTEIN, Cass R. Is cost-benefit analysis for everyone? *Administrative Law Review*, v. 53, 2001, p. 302.

<sup>31</sup>AMARAL, Gilberto Luiz do et. al. *Quantidade de normas editadas no Brasil: 30 anos da Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2018, p. 2.

<sup>32</sup>CARNEIRO, André Corrêa de Sá. *Legislação simbólica e poder de apreciação conclusiva no Congresso Nacional*. 2009. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; CENTRO de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009,

moderna exige dos agentes políticos respostas rápidas e eficazes às dificuldades que se apresentam. Entretanto, a formulação apressada e irrefletida de normas acarreta, justamente, o efeito oposto, favorecendo o surgimento de medidas inaptas a atingirem seus objetivos ou com custos sociais demasiadamente elevados.<sup>33</sup> Regular mal, portanto, custa caro.<sup>34</sup>

O projeto *Doing Business* do Banco Mundial, lançado em 2002, analisa a relação entre o ambiente regulatório e a facilidade de se realizar negócios. No relatório de 2020, dentre 190 economias, o Brasil se classificou em 124º lugar, quinze posições abaixo do ano anterior.<sup>35</sup> Este resultado confirma a percepção geral de que a excessiva burocracia e a falta de racionalidade normativa obstruem a atuação dos agentes econômicos.

Por isso, é premente a necessidade de reforma regulatória tanto das normas primárias e secundárias quanto do procedimento que antecede a sua elaboração. De acordo com Carlos Emmanuel Ragazzo,<sup>36</sup> a persecução de aspectos substantivos da regulação, em termos de equidade e de eficiência, será a próxima onda regulatória, cabendo aos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo se adaptar à nova realidade.

Nesse contexto, a AIL representa importante mecanismo para promover a agenda de melhoria regulatória, fomentando os cinco princípios enunciados pela *Better Regulation Commission* do Reino Unido: proporcionalidade, consistência, objetividade, transparência e responsabilidade.<sup>37</sup> No cenário brasileiro, os dois últimos princípios merecem especial destaque, a fim de incrementar a legitimidade democrática. Por responsabilidade, entende-se que os agentes políticos devem justificar suas decisões e se submeter ao escrutínio público. Por transparência, infere-se que as normas devem ser de fácil compreensão e passar por um procedimento de consulta pública, a fim de assegurar que as opiniões de todos os envolvidos

---

p. 58.

<sup>33</sup>MENDES, op. cit., p. 2.

<sup>34</sup>“‘Custo Brasil’ refere-se à complexidade enfrentada para cumprir a regulamentação, como os obstáculos à formalização, processos complexos e custos operacionais decorrentes de se fazer negócios, o que torna os bens e serviços brasileiros mais onerosos que os de muitos outros países. Ao longo dos anos, têm sido realizadas melhorias para reduzir a burocracia no Brasil, mas obstáculos burocráticos ainda persistem. Um estudo feito pelo Governo Federal em 2019 estimou que fazer negócios custa às empresas R\$1,5 trilhões (ou 22% do PIB) a mais no Brasil do que nas economias da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).” (BANCO Mundial. *Doing Business Subnacional Brasil 2021*. Disponível em: <encurtador.com.br/fkuJK>. Acesso em: 29 dez. 2021)

<sup>35</sup>WORLD BANK GROUP. *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*. 17. ed. 2020. Disponível em: <encurtador.com.br/bkzE2>. Acesso em: 22 set. 2021.

<sup>36</sup>RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 108-109.

<sup>37</sup>BETTER REGULATION COMMISSION. *Better Regulation - from design to delivery*. Disponível em: <encurtador.com.br/emw57>. Acesso em: 24 dez. 2021.



sejam consideradas. Nas palavras de Ana Frazão:<sup>38</sup>

Tudo leva a crer, pois, que quanto mais transparência houver nas relações entre o poder político e o poder econômico, mais se terá condições de entender os contextos e os interesses que estão em jogo, bem como os meandros da atividade legislativa. Se isso não é suficiente para assegurar a efetividade do regime democrático, pode ser pelo menos um primeiro passo nesse sentido, gerando uma cultura de maior controle da atividade legislativa e da atuação dos parlamentares, por um lado, e dos particulares que tentam influenciá-la, por outro.

A valorização da transparência no processo decisório, por meio das consultas públicas, modifica a estrutura de incentivos que pauta a atuação dos agentes políticos.<sup>39</sup> Logo, além de aumentar a qualidade das normas produzidas, a AIL amplia a legitimidade das decisões públicas, favorecendo a elaboração de políticas que atendam às necessidades da sociedade como um todo, e não apenas dos grupos de pressão.<sup>40</sup> Além disso, dada sua objetividade, essa ferramenta facilita a aprovação de medidas impopulares, mas necessárias, com respaldo em um exame imparcial de seus benefícios.<sup>41</sup>

Mesmo que se adote uma postura cética, de que os agentes políticos e os grupos de interesse sempre conseguirão moldar o sistema a seu favor, a necessidade de que as propostas sejam debatidas publicamente sujeita esses atores ao controle político-social, o que legitima o processo decisório. Consoante Eduardo Mendonça,<sup>42</sup> “a deliberação se justifica ainda quando funcione apenas como ‘vitrine’ das decisões – e não como verdadeira instância decisória – para que sobre elas incida a crítica pública em bases mais abrangentes”.

Além do controle social, a AIL abre a possibilidade para um controle judicial mais coerente. Conforme exigido pelo art. 20 do Decreto-lei nº 4.657<sup>43</sup>, as consequências práticas das decisões judiciais não podem ser ignoradas. Portanto, a existência de um estudo prévio acerca dos impactos de determinada norma, ainda que não vinculante, justifica maior deferência do Poder Judiciário, em consonância com os princípios da motivação, da eficiência e da proporcionalidade.<sup>44</sup> Com base no relatório da AIL, o Poder Judiciário poderá exercer

---

<sup>38</sup>FRAZÃO, op. cit.

<sup>39</sup>Nesse sentido: SILVA, op. cit., 1999, p. 36; CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 113, p. 51-99, jul./dez. 2016.

<sup>40</sup>RADAELLI, op. cit., p. 940.

<sup>41</sup>MENEGUIN, op. cit., p. 12.

<sup>42</sup>MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, nº 18, 2010. Disponível em: <encurtador.com.br/ijxQV>. Acesso em: 28 out. 2021.

<sup>43</sup>BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <encurtador.com.br/cqCW0>. Acesso em: 30 dez. 2021.

<sup>44</sup>BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, nº 3, p. 1-15, set/dez. 2017.

uma dupla função: (i) evitar arbitrariedades e regulações oriundas da influência indevida de grupos de pressão e (ii) estimular o cumprimento de requisitos procedimentais, para que os objetivos regulatórios e a alternativa mais adequada sejam identificados com clareza.<sup>45</sup>

De todo modo, constatada a importância da avaliação de impacto legislativo, frisa-se que não existe um único modelo para executá-la.<sup>46</sup> Por isso, embora as experiências internacionais sirvam como pontos de referência, deve-se refletir sobre a melhor maneira de incorporar essa análise ao contexto institucional brasileiro.

### 3. DIFICULDADES INERENTES À INCORPORAÇÃO DA AIL

A AIL, embora já conhecida no meio acadêmico, ainda não se consolidou como uma etapa necessária do processo legislativo brasileiro.<sup>47</sup> Há diversos fatores que justificam essa dificuldade. O primeiro e mais óbvio diz respeito aos custos e à demora para elaboração de uma AIL. De fato, essa análise exige *expertise* e acesso a dados, por vezes, difíceis de serem produzidos. Então, em um primeiro momento, a tramitação das propostas legislativas pode se tornar mais lenta e mais cara.<sup>48</sup> No entanto, a prática tende a diminuir essa adversidade, inclusive, por meio da celebração de convênios com universidades públicas e institutos de pesquisa para facilitar a coleta e o processamento de dados. Segundo Carlos Ragazzo:<sup>49</sup>

É claro que o processo regulatório passará a ser mais moroso, ao menos num primeiro momento, mas esse é o preço para garantir não só uma melhor alocação de prioridades, mas também para produzir um patamar diferenciado de qualidade regulatória, em consonância com a obrigação de resultados.

Há, ainda, um desafio próprio da realidade brasileira: o modelo federativo adotado pela Constituição. A autonomia conferida aos entes federativos abrange autogoverno, auto-organização, autoadministração e autolegislação.<sup>50</sup> Isso significa que a União, os Estados e todos os Municípios – grandes ou pequenos, com ou sem recursos – podem editar normas. Conquanto a incorporação da AIL imponha desafios no âmbito federal, a situação se torna

---

<sup>45</sup>RAGAZZO, op. cit., p. 256.

<sup>46</sup>OCDE, op. cit., 2008a, p. 36.

<sup>47</sup>“No Brasil, a institucionalização da AIR é tarefa ainda inacabada. Enquanto a maioria dos Estados e Municípios desconhece esta ferramenta auxiliar da produção normativa, no âmbito federal a AIR ainda é exercida de forma assistemática. Isto ocorre não só porque a AIR não é exigida de todos os poderes e órgãos estatais, mas também porque aqueles que a adotam voluntariamente o fazem em caráter sobretudo experimental.” (SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. op. cit.).

<sup>48</sup>RODRIGO, Delia. *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: challenges for developing countries*. Dhaka: OCDE, 2005, p. 27. Disponível em: <encurtador.com.br/ghrC2>. Acesso em: 30 dez. 2021.

<sup>49</sup>RAGAZZO, op. cit., p. 234-235.

<sup>50</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 472.

ainda mais complexa quando se constata que existem mais de cinco mil Municípios no Brasil, todos com suas próprias Câmaras Municipais e com competência constitucional para criar e implementar políticas públicas de interesse local.

Como as receitas públicas são escassas, as leis devem ser elaboradas com consciência e responsabilidade, assegurando-se uma alocação eficiente de recursos. Embora a AIL alcance esse objetivo, sua implementação pode ser muito custosa para Municípios menores e sem infraestrutura. Uma possível saída, que exige aprofundamento em pesquisas posteriores, é a criação de consórcios públicos entre Municípios, e talvez até o Estado, para elaborar estudos sobre temas de interesse comum. Essa centralização pode ser uma opção mais econômica do que cada um desses entes contratar uma empresa terceirizada, aumentar o seu quadro de pessoal ou, ainda, criar uma pessoa jurídica própria apenas com essa finalidade.

Por fim – e sem qualquer pretensão de esgotar o tema –, pelo menos três dificuldades relacionadas à sistematização da AIL devem ser mencionadas. Embora as etapas dessa análise já tenham sido estudadas neste trabalho, existem algumas questões prévias que precisam ser definidas, quais sejam: (1) em que momento realizar a AIL; (2) em que situações esse procedimento deve ser observado e (3) qual a metodologia mais adequada.

No que tange ao momento, supõe-se que essa análise pode ser realizada (i) antes da apresentação dos projetos de lei, como uma etapa preliminar; (ii) por designação da Mesa Diretora; ou (iii) durante a tramitação dos projetos, no âmbito das Comissões Temáticas. Cada uma dessas alternativas possui vantagens e desvantagens que envolvem uma ponderação entre velocidade, qualidade e custos. No caso de projetos de iniciativa do Poder Legislativo, a terceira opção parece ser a mais adequada, uma vez que as Comissões Temáticas, em regra, já são assessoradas por um órgão técnico na confecção de seus pareceres.<sup>51</sup> Assim, evita-se o inconveniente de se criar uma etapa adicional no processo legislativo. O obstáculo, por sua vez, consiste em definir qual seria a extensão da AIL elaborada em cada Comissão e como evitar o retrabalho quando a proposta fosse examinada por mais de uma.

Em relação às hipóteses de incidência, a indagação possui máxima importância, vez que tal procedimento gasta tempo e dinheiro.<sup>52</sup> Os países que adotam sistematicamente a AIL costumam fixar parâmetros qualitativos e quantitativos para definir quais projetos demandam análise pormenorizada. Esse teste limiar legitima os resultados obtidos com a AIL e minimiza o risco de banalização da ferramenta. Portanto, mesmo que a AIL seja capaz de melhorar a

---

<sup>51</sup>Sobre a assessoria das Casas Legislativas em âmbito federal, *vide* VIEIRA, op. cit., p. 61-62.

<sup>52</sup>*Ibid.*, p. 62-63.

gestão regulatória, não deve ser empregada indistintamente em qualquer caso, sendo necessária a fixação de balizas analisadas para cada situação em concreto.<sup>53</sup>

Já no que concerne à metodologia, a análise de custo e benefício ocupa papel de destaque, devendo ser empregada prioritariamente.<sup>54</sup> Nada obstante, quando não for possível ou recomendável quantificar os elementos *sub examine*, outras metodologias podem ser adotadas, como a análise custo-efetividade, a análise multicritério e a análise de risco.<sup>55</sup> O responsável pela AIL deve optar pela abordagem mais adequada às características de cada problema, justificando sua escolha. O mais importante é que se explicitem todos os fatores relevantes para tomada de decisão, sejam eles quantificáveis ou não.<sup>56</sup>

Independentemente da metodologia utilizada, devem ser empreendidas consultas públicas, como forma de instruir adequadamente o agente político e de assegurar a legitimidade das decisões.<sup>57</sup> Por óbvio, essas consultas somente terão utilidade se realizadas como subsídio para AIL. Caso a decisão já tenha sido tomada, consistirão apenas em mais uma etapa burocrática e, portanto, dispensável.<sup>58</sup>

A verdade é que não existe uma única resposta para as questões suscitadas e, tendo em vista a novidade do tema, muitas delas precisarão ser definidas pela técnica da “tentativa-e-erro”. Porém, é importante que os agentes políticos tenham consciência da importância desse debate e comecem a tomar as medidas necessárias para que a AIL seja efetivamente implementada no Brasil, não apenas na União, mas em todos os entes federativos.

O tema já tem sido discutido no Congresso Nacional, como se verifica no Projeto de Lei Complementar do Senado nº 488 de 2017, que torna obrigatória a AIL para o encaminhamento de projetos de lei que instituem políticas públicas.<sup>59</sup> De forma similar, o Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados nº 419 de 2017, além de exigir a realização da AIL para proposições de iniciativa do Poder Executivo e do Poder Legislativo, também discorre expressamente sobre a necessidade de consultas públicas.<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup>OCDE, op. cit., 2008a, p. 38; EUROPEAN COMMISSION. *‘Better Regulation’ Toolbox*, nov. 2021, p. 42-43. Disponível em: <encurtador.com.br/csvG3>. Acesso em: 26 dez. 2021.

<sup>54</sup>SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória*. Brasília: IPEA, 2010, p. 10; OCDE, op. cit., 2008a, p. 38; SUNSTEIN, op. cit., p. 300.

<sup>55</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out. / dez. 2011, [e-book].

<sup>56</sup>SALGADO; BORGES, op. cit., p. 12.

<sup>57</sup>OCDE, op. cit., 2008a, p. 49.

<sup>58</sup>SALGADO; BORGES, op. cit., p. 20-21.

<sup>59</sup>BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar do Senado nº 488*, de 2017. Disponível em: <encurtador.com.br/fgjoQ>. Acesso em: 30 dez. 2021.

<sup>60</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados nº 419*, de 2017.

À luz do que se expôs, apreende-se que, embora a implementação da AIL no Brasil exija mudanças institucionais profundas, seus benefícios a médio e longo prazo justificam a superação desses entraves iniciais. Entretanto, o mecanismo somente surtirá efeitos se for introduzido de forma gradual e se houver autêntico compromisso político com a sua realização.<sup>61</sup> Ademais, não se pode perder de vista que a AIL consiste em uma ferramenta para auxiliar o agente político na tomada de decisão, e não para substituí-lo, sob pena de se instituir uma indesejável tecnocracia.<sup>62</sup>

## CONCLUSÃO

O processo legislativo brasileiro tem enfrentado uma grave crise de legitimidade, agravada pela participação escusa de grupos de pressão e pela produção exacerbada de normas, sem a análise de suas consequências. Por tudo que se expôs, este trabalho objetivou apresentar a AIL como uma alternativa capaz de minimizar o caos legislativo e de estimular a construção de uma agenda regulatória em conformidade com os padrões internacionais.

Verificou-se que a AIL funciona, ao mesmo tempo, como uma ferramenta e um processo que visa a instruir a elaboração de atos normativos, assegurando a transparência e a responsabilidade dos agentes políticos, em especial por meio da realização de consultas públicas e da divulgação dos resultados. Assim, esse instituto permite maior controle social e judicial sobre o processo legislativo, invertendo a lógica de incentivos de um mercado político oculto e privado. Ademais, fornece dados de qualidade para embasar tecnicamente as proposições legislativas, evitando normas ineficientes e excessivamente burocráticas.

A relevância dessa pesquisa é notável, eis que representa um passo – ainda que incipiente – na busca de melhorias regulatórias. Por certo, a escassez de recursos demanda uma análise mais aprofundada acerca das políticas públicas desenvolvidas no país, como forma de estabelecer prioridades, alternativas e métodos de ação mais eficientes.

A pesquisa permitiu analisar o sucesso da AIL em ordenamentos jurídicos estrangeiros e como esse instituto vem sendo tratado por organismos internacionais, sobretudo a OCDE. Além disso, possibilitou explorá-lo como um possível caminho para ampliar a legitimidade democrática do processo legislativo brasileiro. Para tanto, abordaram-se temas

---

Disponível em: <[encurtador.com.br/CKNZ3](http://encurtador.com.br/CKNZ3)>. Acesso em: 30 dez. 2021.

<sup>61</sup>RODRIGO, op. cit., p. 28.

<sup>62</sup>RAGAZZO, op. cit., p. 214; BONAVIDES, op. cit., p. 478-479.

alusivos aos grupos de pressão, à hipertrofia legislativa e ao controle de políticas públicas.

Constatou-se a urgência de uma reforma regulatória, tanto para relegitimar a atuação dos agentes políticos quanto para diminuir o número de normas simbólicas ou ineficientes que atrofiam a economia brasileira, conforme evidenciado no relatório *Doing Business*. A questão passa a ser como introduzir essa análise no Brasil. Nesse ponto, de forma não exaustiva, foram apontadas três dificuldades: (i) os custos e a demora para realização da AIL; (ii) os empecilhos relacionados ao modelo federativo brasileiro; e (iii) as questões prévias necessárias à sistematização do procedimento.

Embora não exista uma única resposta, a tendência é que os benefícios decorrentes da AIL superem os seus custos, ao assegurar um processo legislativo mais racional e legítimo. Todavia, para que esses objetivos sejam alcançados, impõe-se sério compromisso político com a implementação da AIL e sua adaptação ao cenário brasileiro. Afinal, como já dizia Carlos Drummond de Andrade: “As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.”

Portanto, a implementação da AIL, em todos os entes federativos, ainda depende de profundas reformas políticas e culturais, cabendo à população e aos seus representantes eleitos reconhecer a necessidade de mudança para que melhorias efetivas possam ocorrer. Estes breves apontamentos visam a estimular pesquisas futuras que caminhem nessa direção.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gilberto Luiz do et. al. *Quantidade de normas editadas no Brasil: 30 anos da Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANCO Mundial. *Doing Business Subnacional Brasil 2021*. Disponível em: <encurtador.com.br/fkuJK>. Acesso em: 29 dez. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, [e-book].

BETTER REGULATION COMMISSION. *Better Regulation - from design to delivery*. Disponível em: <encurtador.com.br/emw57>. Acesso em: 24 dez. 2021.

BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, nº 3, p. 1-15, set/dez. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.





BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados nº 419*, de 2017. Disponível em: <encurtador.com.br/CKNZ3>. Acesso em: 30 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar do Senado nº 488*, de 2017. Disponível em: <encurtador.com.br/fgjoQ>. Acesso em: 30 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <encurtador.com.br/cqCW0>. Acesso em: 30 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <encurtador.com.br/ghuQU>. Acesso em: 30 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4887/DF*. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <encurtador.com.br/JMV24>. Acesso em: 30 dez. 2021.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá. *Legislação simbólica e poder de apreciação conclusiva no Congresso Nacional*. 2009. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; CENTRO de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas: uma proposta de releitura do art. 61, §1º, II, e da Constituição Federal. *Textos para discussão*, nº 122. Brasília: Senado Federal, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 113, p. 51-99, jul./dez. 2016.

COSTA, Rafael de Oliveira. O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio do exercício da função juspolítica pelos Tribunais. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, nº 1, p. 69-86, jan./abr. 2016.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei: introdução a um procedimento metódico. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, nº 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

EUROPEAN COMMISSION. *'Better Regulation' Toolbox*, nov. 2021. Disponível em: <encurtador.com.br/csvG3>. Acesso em: 26 dez. 2021.

FRAZÃO, Ana. *Precisamos falar sobre lobby: o controle do lobby como forma de administrar a tensão entre democracia e mercado*. Disponível em: <encurtador.com.br/chNSV>. Acesso em: 17 out. 2021.

KÄSSMAYER, Karin. Referências e experiências internacionais sobre avaliação de impacto legislativo. In: MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e (Org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal,

LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, [e-book].

MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, nº 11, p. 1-32, set./out./nov. 2007. Disponível em: <encurtador.com.br/arwxE>. Acesso em: 22 out. 2021.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, nº 18, 2010. Disponível em: <encurtador.com.br/ijxQV>. Acesso em: 28 out. 2021.

MENEGUIN, Fernando B. Avaliação de Impacto Legislativo no Brasil. *Textos para Discussão*, nº 70. Brasília: Senado Federal, 2010.

MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e. Introdução. In: MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e (Org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, 2017.

OCDE. *Government Capacity to Assure High-quality Regulation in Brazil*. 2008a. Disponível em: <encurtador.com.br/bxzFY>. Acesso em: 23 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*. 2008b. Disponível em: <encurtador.com.br/ntyAG>. Acesso em: 23 out. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, nº 36, out. / dez. 2011, [e-book].

PAULA, Felipe de. *Análise de Impacto Regulatório*. Os pressupostos ocultos da consulta pública – Parte II. Disponível em: <encurtador.com.br/nwMY5>. Acesso em: 24 out. 2021.

RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. *Journal of European Public Policy*, v. 12, nº 5, p. 924-943, 2007.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RODRIGO, Delia. *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: challenges for developing countries*. Dhaka: OCDE, 2005. Disponível em: <encurtador.com.br/ghrC2>. Acesso em: 30 dez. 2021.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória*. Brasília: IPEA, 2010.

SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsohn. Análise de impacto: ferramenta e processo de aperfeiçoamento da regulação. *Radar*, nº 8, p. 16-22, 2010.

Disponível em: <[encurtador.com.br/qryCS](http://encurtador.com.br/qryCS)>. Acesso em: 24 out. 2021.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Por um Uso Abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. *Direito do Estado*, nº 126, 31 mar. 2016. Disponível em: <[encurtador.com.br/gxDF7](http://encurtador.com.br/gxDF7)>. Acesso em: 24 out. 2021.

SAMPAIO, Patrícia; GUERRA, Sérgio. Análise de impacto regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. *Justiça e Cidadania*, nº 145, 11 set. 2012. Disponível em: <[encurtador.com.br/bsLM2](http://encurtador.com.br/bsLM2)>. Acesso em: 24 out. 2021.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Políticas de governo e planejamento estratégico como problemas de escolha pública – II. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 36, nº 4, p. 38-50, out./nov./dez. 1996.

SUNSTEIN, Cass R. Is cost-benefit analysis for everyone? *Administrative Law Review*, v. 53, 2001.

TORRENS, Antonio Carlos. Poder legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 50, nº 197, p. 189-204, jan./mar. 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. *A avaliação de impacto nas instituições da NÃO apoia o processo de tomada de decisão?* Relatório Especial nº 3. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: <[encurtador.com.br/EKOSU](http://encurtador.com.br/EKOSU)>. Acesso em: 24 out. 2021.

TULLOCK, Gordon. The theory of public choice. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. *Government failure: a primer in public choice*. Londres: Institute of Economic Affairs, 2000.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VIEIRA, Eduardo S. S. Desafios e estratégias para implementação da avaliação de impacto legislativo. In: MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira e (Org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*. Brasília: Senado Federal, 2017.

WORLD BANK GROUP. *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*. 17. ed. 2020. Disponível em: <[encurtador.com.br/bkZE2](http://encurtador.com.br/bkZE2)>. Acesso em: 22 set. 2021.



## ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NO DIREITO BRASILEIRO

Bruna Stefany da Silva Pedroni

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.  
Advogada.

**Resumo** – as normas jurídicas são pensadas para atender finalidades específicas de acordo com as necessidades sociais contemporâneas a sua edição, sendo a política criminal uma ponte entre a lei e a realidade. Com efeito, questiona-se a mera subsunção do fato à norma e a imposição de critérios objetivos que caracterizem o estupro de vulnerável, principalmente no que concerne ao delito entre adolescentes de 12 a 14 anos, que respondem por ato infracional recíproco. Entretanto, a análise do art. 217-A do diploma penal traz questionamentos acerca da efetiva proteção aos bens jurídicos que se propõe salvaguardar. Dessa forma, o presente trabalho busca entender a *Romeo and Juliet Law*, traduzida como “Exceção de Romeu e Julieta”, e averiguar a possibilidade de sua aplicação como solução de política criminal na justiça brasileira.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Estupro de vulnerável. Exceção de Romeu e Julieta. Súmula 593, STJ. *Distinguishing*.

**Sumário** – Introdução. 1. Art. 217-A do Código Penal, análise da compatibilidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente e Exceção de Romeu e Julieta. 2. Análise principiológica do tipo penal (217-A) sob a ótica da Ofensividade, Fragmentariedade, Adequação Social e Proporcionalidade. 3. Aplicabilidade da Exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico pátrio, Súmula nº 593 do STJ e *distinguishing*. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

É indubitável que crianças e adolescentes demandem proteção especial por parte do Estado e, por conseguinte, as alterações no Código Penal realizadas pela Lei nº 12.015/09 carregaram singular protagonismo à dignidade sexual dos referidos sujeitos. No entanto, ao prelecionar a vulnerabilidade presumida contra menores de 14 anos que realizem práticas sexuais, exsurge indagação acerca da compatibilidade do art. 217-A do Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Ademais, as alterações despontam questionamento sobre a relativização ou não da tipicidade da conduta, com a consequente possibilidade de aplicação da *Romeo and Juliet Law*, teoria amplamente aplicada no direito norte-americano para circunstanciar o referido crime casuisticamente e traduzida na doutrina pátria como Exceção de Romeu e Julieta.

Dessa forma, defensores da retrocitada tese vão de encontro à jurisprudência sedimentada nos tribunais superiores, argumentando que a condenação de adolescentes por

ato infracional análogo ao estupro de vulnerável, bem como a posterior submissão à realização de medidas socioeducativas, subvertem a finalidade da norma em determinados casos.

Sendo assim, analisa-se a aplicabilidade da Exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico pátrio em detrimento do legalismo exarado na simplória subsumção do fato à lei formal, tais quais eventuais consequências da persecução criminal ou infracional do ato, com decorrente exposição da intimidade das figuras envolvidas.

Para isso, o primeiro capítulo objetiva discutir o marco etário para presunção absoluta de vulnerabilidade no estupro de vulnerável que envolve apenas a figura de adolescentes e sua compatibilidade com o ECA. A possível dissonância ocorre porque o diploma permite que indivíduos entre 12 e 18 anos se autodeterminem em outras searas da vida, tão importantes quanto o que ora se discute, questionando-se a iniciação da vida sexual precoce como preocupação do Direito Penal.

O segundo capítulo pretende perquirir o objetivo da norma, observando-se os princípios da Fragmentariedade, Ofensividade e Adequação Social, principalmente, em casos que envolvam adolescentes de 12 a 14 anos incompletos, o que atualmente caracteriza ato infracional recíproco análogo ao estupro de vulnerável. Logo, persegue-se a solução com menor impacto psicossocial possível, pondo em xeque a necessidade de interferência do Estado por meio de sua *ultima ratio*.

Por fim, o terceiro capítulo busca expor que, embora rechaçada pela maioria da doutrina e de inaplicabilidade sedimentada na jurisprudência, a Exceção de Romeu e Julieta é utilizada em casos excepcionais no Brasil. Ademais, questiona-se possível mudança de posição do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, via *distinguishing*.

Com efeito, a pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo-quantitativo, visto que são necessárias interpretações subjetivas e objetivas, teóricas e concretas, com uso procedimental de bibliografia pertinente ao tema, bem como da legislação e da jurisprudência. Ademais, utiliza-se o método explicativo para as reflexões propostas e validação das conclusões do presente artigo.

## 1. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL, ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA

Por se tratar de um instituto importado do direito norte-americano, é relevante a exposição de uma breve análise comparativa entre a referida ordem jurídica e o sistema brasileiro. Sendo assim, a *Common Law*, prevalente nos Estados Unidos da América – EUA, tem os precedentes como fonte de direito precípua. No entanto, na falta de requisitos, aplica-se o direito positivo.<sup>1</sup>

Já no Brasil e em países que abraçam a *Civil Law*, o direito positivado possui claro predomínio sobre as demais fontes, que funcionam como subterfúgio à incompletude ou inaplicabilidade das normas escritas aos casos concretos. Ambos os sistemas sofreram influência do direito romano, de forma que se desenvolveram de maneira distinta com base nas peculiaridades de cada país e, portanto, diferem não na existência de codificação, mas no método de aplicação desta.<sup>2</sup>

Embora a idade legal de consentimento nos EUA em âmbito federal seja de 16 anos, levantamento realizado pelo site *World Population Review*<sup>3</sup> revela que esse marco varia entre 16 e 18 anos, a depender do estado. Em 32 estados, o sexo consensual requer 16 anos para validar a anuência<sup>4</sup>; em 8 estados, 17 anos<sup>5</sup>; e, em 11 estados, 18 anos.<sup>6</sup> Nesse sentido, variações socioculturais forçam a adoção de medidas que inviabilizem a punição indevida de jovens por razões de iniciação sexual.

Nessa perspectiva, surge no direito norte-americano, com ampla aplicabilidade, a chamada *Romeo and Juliet Law*, traduzida no direito pátrio como Exceção de Romeu e Julieta. Isso porque na clássica obra de Shakespeare, Julieta contava com apenas 13 anos

---

<sup>1</sup> ARAÚJO, Cassiano Silva. *Sistema civil law e common law: características principais dos dois sistemas e aproximação do direito brasileiro*. Âmbito Jurídico. 01 fev de 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/sistema-civil-law-e-common-law-caracteristicas-principais-dos-dois-sistema-e-aproximacao-do-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 06 out. 2021.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> WORLD POPULATION REVIEW. *Age of consent by state*. Disponível em: <<https://worldpopulationreview.com/state-rankings/age-of-consent-by-state>>. Acesso em: 05 out. 2021.

<sup>4</sup> Alasca, Alabama, Arkansas, Distrito de Columbia, Connecticut, Geórgia, Indiana, Havaí, Iowa, Kentucky, Kansas, Maine, Massachusetts, Maryland, Michigan, Mississippi, Minnesota, Montana, Nevada, Nebraska, Nova Jersey, New Hampshire, Carolina do Norte, Oklahoma, Ohio, Pensilvânia, Carolina do Sul, Rhode Island, Dakota do Sul, Vermont, Virgínia Ocidental e Washington.

<sup>5</sup> Wyoming, Texas, Nova York, Novo México, Missouri, Louisiana, Illinois e Colorado.

<sup>6</sup> Wisconsin, Virgínia, Utah, Tennessee, Oregon, Dakota do Norte, Idaho, Flórida, Delaware, Califórnia e Arizona.

quando teve relações amorosas com Romeu, o que se enquadraria no crime de estupro de vulnerável, que na legislação brasileira está previsto no art. 217-A.

Assim, para adentrar o tema, é necessário sedimentar o conceito de vulnerabilidade no âmbito penal pátrio, bem como é indispensável o assentamento do que se entende por “Exceção de Romeu e Julieta”. Nesse sentido, o código penal dispõe que estupro de vulnerável se traduz em:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)<sup>7</sup>

Sendo assim, o que antes era tratado como violência ficta ou presumida, conforme o revogado art. 224 do mesmo diploma<sup>8</sup>, passou a ser entendido como vulnerabilidade após as alterações da Lei nº 12.015, de 2009.<sup>9</sup> De acordo com entendimento do Superior Tribunal Federal, portanto, houve continuidade normativa típica:

[...]diante do princípio da continuidade normativa, descabe falar em *abolitio criminis* do delito de estupro com presunção de violência, anteriormente previsto no art. 213, c.c. o art. 224, ambos do Código Penal. Com efeito, o advento da Lei n.º 12.015/2009 apenas condensou a tipificação das condutas de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213 do Estatuto repressivo. Outrossim, a anterior combinação com o art. 224 agora denomina-se “estupro de vulnerável”, capitulada no art. 217-A do Código Penal[...]<sup>10</sup>

Diante desse fato, importa ressaltar que a escolha objetiva do critério etário para determinação do marco da vulnerabilidade decorre do desenvolvimento físico, moral e mental incompletos desses indivíduos, de modo que não mais se fale em presunção de violência, mas na simples proibição de relações sexuais com menores de 14 anos.<sup>11</sup>

Dessa forma, o tipo não exige violência ou grave ameaça, sendo certo que a vulnerabilidade invalida o consentimento do ofendido. Logo, com a indispensável comprovação da idade da vítima via documento hábil, o Superior Tribunal de Justiça

<sup>7</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 06 out. 2021.

<sup>8</sup>Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

<sup>9</sup>MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático*: Parte especial (arts. 213º a 359-H). 5. ed. rev. atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, [e-book].

<sup>10</sup>BRASIL. Superior Tribunal Federal. *HC nº 122.666/RS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7645106>>. Acesso em: 06 out. 2021.

<sup>11</sup>MASSON, op. cit.



consignou, por meio do enunciado sumular nº 593<sup>12</sup>, que não há margem interpretativa passível de qualquer juízo subjetivo para o marco etário:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Isto posto, questiona-se se o legislador pátrio agiu em consonância com o diploma protetivo das crianças e dos adolescentes, visto que este consagra que adolescente é aquele que possui doze anos completos<sup>13</sup>, atribuindo-os poderes de autodeterminação igualmente relevantes. Por exemplo, o adolescente pode escolher com qual genitor ficar em caso de divórcio, ter opinião determinante em adoção e até se submeter e compreender medidas socioeducativas.

Dessa forma, parte da doutrina entende que o mais razoável teria sido o legislador fixar em doze anos o marco etário para vulnerabilidade. Como isso não foi feito, defendem a implementação da Exceção de Romeu e Julieta adaptada à ordem jurídica nacional. Os requisitos propostos para aplicá-la seriam: o consentimento associado à ausência de violência e à grave ameaça no ato sexual e pequena diferença de idade entre os adolescentes (alguns apontam de até cinco anos). Nesse sentido, Nucci:

[...] o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na Sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, Quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas deveria ser relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em Conjunto [...]<sup>14</sup>

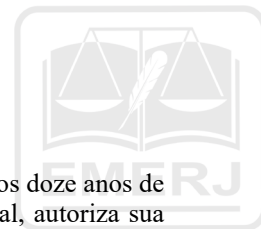
Com a mesma posição, Saraiva reforça desarmonia entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal:

<sup>12</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 593*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2021.

<sup>13</sup>BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 13 out. 2021. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

<sup>14</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, [e-book].





Se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os doze anos de idade; permite que viaje desacompanhado por todo território nacional, autoriza sua privação de liberdade na hipótese de autoria de um ato infracional, além de diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e sua palavra considerada; exagera a norma a fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a “Exceção de Romeu e Julieta” [...] <sup>15</sup>

Assim, destaca-se que a intenção da presente pesquisa não é estudar a viabilidade de práticas sexuais entre adultos e adolescentes de doze anos, delimitando-se à discussão acerca de indivíduos num patamar muito semelhante no que diz respeito ao desenvolvimento sexual, moral, bem como de formação da personalidade. Logo, é notório que não se trata de um jovem tirando proveito da inexperiência de outro, mas de pessoas que fazem descobertas conjuntamente.

Pela ótica da política criminal, que analisa a dinâmica dos fatos sociais de maneira crítica junto ao sistema penal vigente, a solução que poderia balizar o problema elencado seria a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta, visto que buscaria atender ao ideal de justiça junto à Dogmática Penal. <sup>16</sup> Ademais, coadunaria o parâmetro de crime sob a perspectiva da Tipicidade Conglobante.

Pela referida teoria, consagrada por Zaffaroni e Pierangeli, o Direito é considerado um bloco monolítico, de forma que deva ser harmônico quando considerado como um todo. Por conseguinte, de acordo com Eugênio Raul Zaffaroni, não se pode admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe. <sup>17</sup> Sendo assim, o que for permitido ou estimulado por uma norma será considerado atípico, independentemente de sua subsunção formal.

Pelo exposto, observa-se que há dissonância entre a idade de consentimento prevista no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Conseqüentemente, por não haver exceção positivada, é razoável que soluções de política criminal sejam implementadas a fim de evitar excessos, sendo certo que a similaridade entre a *Common Law* e a *Civil Law* revela solução comum viável, pois a iniciação sexual precoce não é um problema para a *ultima ratio* do Estado.

<sup>15</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”*. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. Disponível em: <[https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414592/mod\\_resource/content/1/O%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20romeo%20and%20juliet%20law.%20Artigo%20Boletim%20IBCCRIM.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414592/mod_resource/content/1/O%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20romeo%20and%20juliet%20law.%20Artigo%20Boletim%20IBCCRIM.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2021.

<sup>16</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral* (arts. 1º a 120). 13ª ed. rev. atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, [e-book].

<sup>17</sup> ANDRADE, Gleydson. *A teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni*. 06 mai. de 2020. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-tipicidade-conglobante-de-zaffaroni/>>. Acesso em: 05 out. 2021.



## 2. ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO TIPO PENAL (217-A) SOB A ÓTICA DA OFENSIVIDADE, FRAGMENTARIEDADE, ADEQUAÇÃO SOCIAL E PROPORCIONALIDADE

Analisando-se o histórico da normatização criminal, nota-se que não mais se tolera a iniciação precoce da vida sexual de crianças e adolescentes por adultos plenamente formados, os quais se valem da fase de desenvolvimento psíquico e físico incompletos de pessoas vulneráveis para satisfazerem seus desejos sexuais. Nesse sentido, houve uma evolução de um Estado tolerante e omissivo para uma política social e criminal que persegue um cuidado redobrado com o crescimento saudável de pessoas em formação.<sup>18</sup>

Com efeito, a atual perspectiva é refletida hoje na Doutrina da Proteção Integral das Crianças e Adolescentes, em que se supera o paradigma da incapacidade desses sujeitos para elevá-los à peculiar condição de desenvolvimento de cada um. Logo, o antigo Código de Menores, que enxergava o menor infrator como aquele que se encontrava em situação irregular, tornou-se ultrapassado.<sup>19</sup>

Portanto, com base na Doutrina da Proteção Integral, as crianças e adolescentes não são mais vistos como objetos de direito, mas sujeitos que gozam dos mesmos direitos destinados aos adultos, observando-se as peculiaridades de pessoas em desenvolvimento físico, psíquico e moral.<sup>20</sup>

Nessa linha, a verificação da finalidade da norma é importante para que o excesso de proteção não deturpe o bem jurídico protegido pelo comando normativo. Para isso, urge a análise mais profunda das elementares do tipo contido no código penal: Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.<sup>21</sup>

Assim, sendo desnecessária a violência ou a grave ameaça como meios de execução, infere-se que a invalidade do consentimento resulta da vulnerabilidade do ofendido pela idade. Ademais, cabe atentar à alta reprovabilidade do delito pela amplitude dos efeitos

---

<sup>18</sup>BRAYNER, Yan Rêgo. *Exceção de Romeu e Julieta x Súmula 593 do STJ, uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <https://delegados.com.br/juridico/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-dostj>. Acesso em: 27 ago. 2021.

<sup>19</sup>COLVARA, Gabriel. *A exceção de Romeu e Julieta: Uma análise sobre a compatibilidade do instituto norte americano com o ordenamento jurídico nacional*. 2014. 61 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. p. 22-23.

<sup>20</sup>AMIN, Andréa Rodrigues et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

<sup>21</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

negativos a que submete vítima de pouca idade e baixa capacidade de resistência ao ato sexual, classificando-se, ainda, como crime hediondo (art. 1º, IV, Lei nº 8.072/90).<sup>22</sup>

Com efeito, urge ressaltar que o bem jurídico protegido pela norma é a dignidade sexual das pessoas consideradas vulneráveis, bem como integridade e privacidade destas na esfera sexual. Ademais, tratando-se de crime comum, pode ser cometido por qualquer indivíduo, a não ser na modalidade “ter conjunção carnal”, em que se trata de crime próprio, pois pressupõe uma relação heterossexual.<sup>23</sup>

Já o sujeito passivo é pessoa vulnerável, como é o caso dos menores de 14 anos. Por fim, o elemento subjetivo é o dolo com especial fim de agir, ou seja, ter com a vítima conjunção carnal ou com ela praticar outro ato libidinoso para satisfação da própria lascívia, inadmitida a modalidade culposa.<sup>24</sup>

Acrescenta-se que é importante destacar que a vulnerabilidade tem natureza objetiva e, como o foco do presente trabalho é o critério etário, enfatiza-se que da objetividade se extrai a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos, o que não afasta a possibilidade da ocorrência de erro de tipo para aquele que cometeu o ato convicto de que estava na companhia de quem tinha consentimento válido.<sup>25</sup>

Sendo assim, a aplicabilidade do ato infracional análogo ao estupro de vulnerável é muito questionável, principalmente, em casos em que todos os envolvidos são menores de 14 (quatorze) anos de idade. Como visto, o tipo previsto no art. 217-A busca proteger pessoas em desenvolvimento de pessoas completamente formadas.

Nesta seara, as últimas décadas mostram que os fenômenos sociais expõem a população cada vez mais cedo a conteúdos ligados à sexualidade. Sendo assim, a maturidade sexual aparece numa fase paulatinamente mais precoce, chegando muito antes do que na década de 40, quando a legislação pátria definiu a idade de consentimento para as relações sexuais,<sup>26</sup> conforme previsto no antigo art. 224, “a”, do código penal, que prelecionava a violência presumida aos menores de 14 (catorze) anos.<sup>27</sup>

Portanto, a família e a sociedade assumem papéis cada vez mais importantes na formação e na instrução de crianças e adolescentes, visto que estes são muito mais próximos

---

<sup>22</sup> MASSON, op. cit., 2015.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> COLVARA, op. cit., p. 3.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 7. Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: (Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) a) não é maior de catorze anos; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

àquelas figuras do que o Estado que, geralmente, atua de forma repressiva. Dessa forma, o próprio ECA traduz essa nova perspectiva de divisão de responsabilidades em seu art. 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.<sup>28</sup>

Ademais, os princípios basilares do Direito Penal buscam assegurar todos os direitos e garantias dos cidadãos frente ao braço estatal mais rígido. Sendo a Fragmentariedade um desses axiomas, ou seja, apenas os delitos que atentem contra os valores fundamentais e que encontram no Direito Penal o último âmbito de proteção ao bem jurídico é que merecem atenção estatal nas esferas socioeducativa e penalizadora.<sup>29</sup> Assim, questiona-se se a atuação de outras instituições não seria mais adequada aos casos envolvendo pessoas igualmente vulneráveis, sob pena de violação ao Princípio da Proporcionalidade.<sup>30</sup>

Nessa mesma linha está o Princípio da Adequação Social, em que não se considera criminoso o comportamento tipificado em lei, mas que não afronte o sentimento social de justiça, bem como sobre o Princípio da Ofensividade, que preleciona não haver infração penal se a conduta não colocar, ao menos em risco de lesão, o bem jurídico protegido.<sup>31</sup>

Sendo assim, uma análise exauriente revela, pelo exposto, que submeter indivíduos entre 12 e 14 anos a um procedimento que equipara seus atos ao estupro de vulnerável afronta os Princípios da Fragmentariedade, Ofensividade, Adequação Social e Proporcionalidade, com potencial extremamente traumático aos sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento.

Logo, a finalidade de proteger os bens jurídicos que a norma se propõe: dignidade sexual e privacidade, acaba sendo visivelmente deturpada, visto que ambos os sujeitos, em um ato consensual e em fases de desenvolvimento semelhantes, terão suas vidas sexuais expostas e debatidas de forma fria e burocrática, com objetivos “socioeducativos”, que acabam por ser sancionadores, podendo desencadear traumas irreversíveis.

Semelhante é o caso de atos sexuais entre adolescentes de 15 e 13 anos, em que o adolescente “vítima” sofrerá a mesma exposição e eventuais traumas que o indivíduo processado por ato infracional análogo ao estupro de vulnerável. É nesse ponto que a Exceção

---

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>29</sup> MASSON, op. cit., 2019.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

de Romeu e Julieta atua como balizadora, oferecendo como solução de política criminal uma análise casuística mais profunda para confrontar o paradoxo exposto.

### 3. APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, SÚMULA Nº 593 DO STJ E *DISTINGUISHING*

As ciências criminais são classificadas como um gênero que abrange as espécies: Direito Penal, criminologia e política criminal, as quais são autônomas e coexistentes.<sup>32</sup> Nesse contexto, importa ressaltar que esta última tem por objeto a definição de estratégias de controle social, com a apresentação de críticas e sugestões para o ajuste do Direito Penal e coesão com os ideais jurídico-penais de justiça.<sup>33</sup>

Dessa forma, nota-se que o Direito Penal é apenas um dos espectros de atuação científica, sendo ele o mais rigoroso. Nesse sentido, a compreensão da evolução social em relação a determinados temas pode ser viabilizada com a análise da jurisprudência, visto que a posição dos tribunais é dinâmica, pois se atenta à sociedade e suas mudanças, ainda que precise reinterpretar alguns entendimentos, como no caso da técnica de *distinguishing*.

Pelo referido mecanismo, o juiz, na análise de uma demanda, estuda se ela é análoga aos casos paradigmas por meio da verificação dos elementos objetivos da lide e, havendo semelhança, procede à comparação da *ratio decidendi*. Com efeito, há *distinguishing* quando ocorre a distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja em decorrência da inexistência de fatos e fundamentos coincidentes ou porque, ainda que exista certa semelhança, alguma peculiaridade afasta a aplicação do precedente.<sup>34</sup>

Nesta seara, a Exceção de Romeu e Julieta tinha aplicação esporádica, mas tomava forma. Em 2014, no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por exemplo, manteve-se a absolvição de um adolescente acusado por ato infracional análogo ao estupro de vulnerável com base na pouca diferença de idade entre os jovens envolvidos, bem como na

<sup>32</sup>HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. *Criminologia é conhecimento essencial para a polícia judiciária*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/academia-policia-criminologia-conhecimento-essencial-policia-judiciaria>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

<sup>33</sup> MASSON, op. cit., 2019.

<sup>34</sup> FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Debates iniciais sobre distinção para precedentes em formação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-19/direito-civil-atual-debates-distincao-precedentes-formacao-distinguishing#:~:text=A%20distin%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20t%C3%A9cnica,precedente%20%C3%A9%20adequado%20%C3%A0quele%20caso>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

consensualidade, julgado em que a fundamentação faz referência direta à obra de Shakespeare.<sup>35</sup>

No entanto, a edição do enunciado sumular de nº 593, do STJ<sup>36</sup>, obsta a análise de peculiaridades em cada processo, denotando a impossibilidade de qualquer juízo subjetivo sobre o marco etário para caracterização do delito do art. 217-A, do código penal. Por conseguinte, ao expurgar a relevância de especificidades do caso concreto, a Corte impõe um juízo frio e silogístico aos julgamentos, afastando qualquer margem interpretativa ao aplicador da lei.

Com efeito, as decisões que consideravam os pormenores casuísticos tornaram-se cada vez mais tímidas, visto que, embora o referido enunciado sumular não tenha caráter vinculante, as sentenças podem ser reformadas nos tribunais que, por sua vez, podem ter seus acórdãos impugnados perante o STJ. Contudo, mesmo diante do novo cenário, alguns julgadores seguiram com a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta como solução de política criminal.

Como exemplo, cita-se o Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, em 2020: a sentença condenatória contra um adolescente de 15 anos que se relacionou sexualmente com uma adolescente de 12 anos foi reformada com base na Exceção de Romeu e Julieta. O acórdão trata da descoberta de sexualidade de ambas as partes, do Princípio da Ação Socialmente Adequada e, até mesmo, do bom senso.<sup>37</sup>

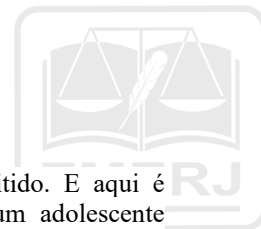
De acordo com o parecer da promotora de justiça, importa observar que os adolescentes, hodiernamente, iniciam a vida sexual cada vez mais cedo, sendo que ambas as partes informaram a existência de um relacionamento prévio contra a vontade da genitora da menor. Nessa linha, destaca que o maior problema não foi o ocorrido, mas a publicidade do caso em si, que foi reforçada pela exposição que a própria genitora causou, propondo, ainda, algumas reflexões:

Diante das peculiaridades do caso em comento, entendo ser razoável a aplicação da chamada Romeo and Juliet Law, traduzida como Exceção de Romeu e Julieta. Afinal, ainda que nós, adultos, na condição de pai e mãe, não concordemos com a descoberta da sexualidade de menores de 14 anos, certo é que situações como a dos autos têm se tornado cada vez mais recorrente. A nós, adultos, caberia tão somente

<sup>35</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação criminal nº 0022701-25.2012.8.12.0001*. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Contar. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/65485388/djms-31-01-2014-pg-45>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70084660364 (Nº CNJ: 0104395-38.2020.8.21.7000)*. Relator Desembargador Rui Portanova. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-civel-tj-rs-livra-menor.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2022.



educar nossos jovens e informá-los sobre o que é ou não permitido. E aqui é necessário fazer algumas reflexões: como se pode esperar que um adolescente tivesse conhecimento de que é proibido ter relações sexuais com uma adolescente menor de 14 anos? Com quem, nós, adultos, esperamos que um jovem de 15 anos tenha relações sexuais?<sup>38</sup>

Por conseguinte, frente aos exageros punitivos testemunhados, o próprio Superior Tribunal de Justiça, pelo Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em 17/08/2021, propôs a aplicação da técnica de *distinguishing* para a tese consolidada na Corte. A conclusão do ministro demonstra que as situações, a gravidade concreta, bem como a relevância social, devem ser analisadas com cautela, afastando-se a mera subsunção do fato ao tipo penal.<sup>39</sup>

O caso julgado trata de um jovem de 17 anos, que mantinha um relacionamento amoroso com uma adolescente menor de 14 anos, com conhecimento da família de ambos, os quais passaram a conviver em união estável. Ele, com 18 anos, ela, com 13 anos, tiveram um filho e, apesar disso, a adolescente continuou a frequentar a escola e o jovem passou a trabalhar para sustentar a família constituída, morando na casa dos pais da adolescente.

Assim, ao debruçar-se sobre o caso, o relator entendeu que a manutenção da condenação do jovem, que não oferece perigo social algum, a pena de 14 anos de reclusão em regime fechado, o qual somava 20 anos à época do julgamento, poderia ocasionar injustiça irreparável. A votação na 5ª Turma foi unânime para o reconhecimento da atipicidade material da conduta, bem como irrelevância social do fato.<sup>40</sup>

Aos ministros, restou evidente que a condenação subverte o Direito Penal e colide diretamente com princípios basilares como o da Dignidade da Pessoa Humana, Proporcionalidade e Razoabilidade, acarretando, inclusive, vitimização secundária. Segundo a Corte, frente à absoluta proteção da família e da criança envolvida, a condenação é muito mais prejudicial que a conduta em si, indo a aplicação literal da norma de encontro com a justiça, impondo-se, assim, outras técnicas de interpretação.<sup>41</sup>

Nesse sentido, questiona-se a existência ou não de superação da jurisprudência do STJ capaz de cancelar o enunciado da Súmula 593, uma vez que o próprio Tribunal reconhece o rigor excessivo do entendimento consolidado anteriormente. Assim, embora a decisão não tenha citado a Exceção de Romeu e Julieta, reconhece que a vulnerabilidade pelo critério

---

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp nº 1919722/SP 2020/0307577*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1919722 SP 2020/0307577-5 (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 05 mar. 2022.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid.



etário não possui caráter absoluto, abrindo precedente da própria Corte para excepcionalidades.

## CONCLUSÃO

Depreende-se, portanto, que o cerne da presente pesquisa é delimitado à possibilidade de aplicação ou não da Exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico pátrio frente a todas as nuances jurídico-sociais brasileiras. Dessa forma, constata-se que o marco etário para configuração do estupro de vulnerável encontra-se em dissonância com o sistema normativo pátrio, que deveria ser harmônico, visto que o ECA permite que adolescentes, aos 12 anos, se autodeterminem em searas tão impactantes quanto a iniciação da vida sexual.

Sendo assim, a ideia central da consagrada Teoria da Tipicidade Conglobante é a de que o ordenamento jurídico deve ser congruente, não podendo proibir e permitir condutas ao mesmo tempo. Desta forma, a situação demanda solução legislativa. Porém, como sabido, esse é um processo lento e que depende da vontade parlamentar para procedimentalizá-lo.

Com efeito, a política criminal é capaz de adequar a leitura da norma à realidade social que, indubitavelmente, mudou muito desde 1940. Por óbvio, não convém olvidar que a finalidade precípua da norma em conteúdo seja a proteção da dignidade sexual das pessoas consideradas vulneráveis, assim como a integridade e privacidade das mesmas na esfera sexual. No entanto, a necessária salvaguarda se dá frente aos aproveitadores da condição de desenvolvimento dos sujeitos vulneráveis, que não é a hipótese estudada.

Portanto, ao acusar e condenar um indivíduo nos mesmos patamares de formação física e psíquica da “vítima”, ou pior, considerá-los reciprocamente vítimas e algozes, subverte-se o âmbito de proteção normativo, afrontando princípios basilares como a Ofensividade, Fragmentariedade, Adequação Social e Proporcionalidade. Consequentemente, expor esses adolescentes a um juízo ou tribunal nesses casos não protege, mas fere diretamente a dignidade e privacidade na esfera sexual dos envolvidos, com resultados altamente traumáticos e potencialmente irreversíveis.

Sendo o Direito Penal a *ultima ratio*, equiparar os atos e as circunstâncias aqui discutidas a delitos tão graves, de forma a considerá-las atos infracionais análogos ao estupro de vulnerável, é um estigma muito pesado para um ser humano em formação, que pode trazer consequências mais gravosas do que o ato em si. Logo, ciente dos exageros do enunciado de



número 593, o próprio superior Tribunal de Justiça excepcionou o critério objetivo de acordo com o caso concreto.

Por conseguinte, abre-se precedente para que os magistrados analisem processos semelhantes como deve ser: atentando-se às peculiaridades casuísticas ao invés de subsumir algo tão delicado a tabelas objetivas, com uma análise silogística e desconexa das consequências que uma decisão rasa pode levar a alguém que está começando a vida. Nessa linha, extrai-se do presente trabalho que a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta não é apenas possível, mas é uma solução de política criminal necessária.

Portanto, adolescentes entre 12 e 14 anos relacionando-se sexualmente entre si ou até mesmo com uma diferença de idade um pouco maior, observando-se todas as peculiaridades do caso concreto, como aduz a *Romeo and Juliet Law*, não deveria ser preocupação das esferas punitivas estatais. É mais condizente com os fins da própria norma que instituições como a família, escola e, até mesmo, o Estado observem a evolução social e atuem de forma ativa na conscientização sobre a iniciação sexual precoce dos adolescentes do que violar os bens jurídicos supostamente protegidos a pretexto de salvaguardá-los.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARAÚJO, Cassiano Silva. *Sistema civil law e common law: características principais dos dois sistemas e aproximação do direito brasileiro*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/sistema-civil-law-e-common-law-caracteristicas-principais-dos-dois-sistema-e-aproximacao-do-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 06 out. 2021.

ANDRADE, Gleydson. *A teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-tipicidade-conglobante-de-zaffaroni/>>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 07 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp nº 1919722/SP 2020/0307577*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1919722 SP 2020/0307577-5 (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 05 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 593*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. *Apelação criminal nº 0022701-25.2012.8.12.0001*. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Contar. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/65485388/djms-31-01-2014-pg-45>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70084660364*. Relator Desembargador Rui Portanova. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-civel-tj-rs-livra-menor.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRAYNER, Yan Rêgo. *Exceção de Romeu e Julieta x Súmula 593 do STJ, uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual*. 21 nov. de 2017. Disponível em: <https://delegados.com.br/juridico/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-dostj>. Acesso em: 27 ago. 2021.

COLVARA, Gabriel. *A exceção de Romeu e Julieta: Uma análise sobre a compatibilidade do instituto norte americano com o ordenamento jurídico nacional*. 2014. 61 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Debates iniciais sobre distinção para precedentes em formação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-19/direito-civil-atual-debates-distincao-precedentes-formacao-distinguishing#:~:text=A%20distin%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20t%C3%A9cnica,precedente%20%C3%A9%20adequado%20%C3%A0%20quele%20caso>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. *Criminologia é conhecimento essencial para a polícia judiciária*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/academia-policia-criminologia-conhecimento-essencial-policia-judiciaria>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte especial (arts. 213º a 359-H)*. 5. ed. rev. atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)*. 13. ed. rev. atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SARAIVA, João Batista Costa. *O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”*. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414592/mod\\_resource/content/1/O%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20romeo%20and%20juliet%20law.%20Artigo%20Boletim%20IBCCRIM.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414592/mod_resource/content/1/O%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20romeo%20and%20juliet%20law.%20Artigo%20Boletim%20IBCCRIM.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2021.



VITAL, Danilo. *STJ afasta presunção de crime em caso de estupro de vulnerável*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/stj-afasta-presuncao-crime-estupro-vulneravel>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

WORLD POPULATION REVIEW. *Age of consent by state*. Disponível em: <<https://worldpopulationreview.com/state-rankings/age-of-consent-by-state>>. Acesso em: 05 out. 2021.



## O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA: O SILÊNCIO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Carolina de Carvalho Byrro

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

**Resumo** – no processo de dosimetria da pena, os magistrados buscam legitimar sua atuação a partir da obediência, especialmente, à jurisprudência majoritária e ao método trifásico. Contudo, também devem observar os princípios preconizados pela Constituição da República, dentre os quais desponta o princípio da secularização, corolário do princípio da humanidade. Este trabalho possui a pretensão de analisar seu desenvolvimento e aplicação no Direito Penal Brasileiro, de modo a verificar se, de fato, esse dever é cumprido. Conclui-se, a partir da análise da doutrina penal brasileira e da jurisprudência dos Tribunais de Superposição, que a aplicação deste princípio na dosimetria da pena é ainda incipiente, pendendo de maior desenvolvimento pela dogmática.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Dosimetria da Pena. Princípio da Secularização.

**Sumário** – Introdução. 1. O que é o princípio da secularização e sua influência na dosimetria da pena. 2. Análise do princípio da secularização na doutrina penal brasileira e constatação de seu silêncio. 3. O trabalho dos Tribunais Superiores sobre o princípio da secularização. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Na análise das sentenças e acórdãos dos magistrados com competência criminal, percebe-se que tais atos são divididos, quando condenatórios, em dois momentos: a análise da materialidade e autoria delitivas, e a dosimetria da pena. A este segundo momento, apesar da suma importância para o condenado, tendo em vista que decidirá seu destino por considerável tempo de sua vida, lhe tem sido atribuída importância secundária em relação à análise do próprio fato delitivo.

Os magistrados procuram legitimar seu processo de dosimetria da pena a partir da obediência aos modelos já usados por outros magistrados, bem como à jurisprudência majoritária e ao roteiro previsto no artigo 68 do Código Penal, baseado no método trifásico de Nelson Hungria. No entanto, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a dosimetria da pena deve coadunar-se, igualmente, aos princípios constitucionais. O Código Penal, vigente desde o ano de 1940 e cuja parte geral sofreu significativa reforma apenas em 1984, deve ser aplicado considerando-se o filtro da recepção pela Constituição de 1988, bem como a partir da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Assim, notáveis obras, como as de Rodrigo Roig e de Salo de Carvalho, extraem do



texto constitucional o princípio da secularização, corolário do princípio da humanidade, com fundamento nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, IV, e 5º, IV, VI e XLI da Constituição da República. Em síntese, tal princípio preconizaria a necessidade de a criminalização de condutas, bem como os magistrados, em sua atividade judicante, não imporem determinada moral ao acusado. Desse modo, inclusive as etapas da dosimetria da pena devem ser lidas sob seu filtro.

Este trabalho possui a pretensão de analisar o desenvolvimento do princípio da secularização na Dogmática Penal Brasileira, evidenciando a dificuldade que se apresenta para a aplicação deste princípio, tendo em vista a falta de produção doutrinária a seu respeito no Direito Penal Brasileiro, bem como sua parca difusão na jurisprudência.

Assim, apresentam-se três capítulos. No primeiro, trabalha-se o princípio da secularização, trazendo uma definição básica e sua relevância. No segundo capítulo, é trabalhado o estado da arte do princípio da secularização na dogmática penal brasileira. Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se a incidência de tal princípio na jurisprudência, a partir da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Destaque-se que o trabalho não esgota a presente temática, apresentando caráter introdutório do tema, a ser aprofundado em outros níveis de pesquisa.

Revela-se o método essencialmente qualitativo de abordagem da pesquisa, tendo em vista o objetivo de introduzir e interpretar o princípio da secularização e sua aplicação, além da adoção dos instrumentos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

## 1. O QUE É O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA

Em razão de fatores como o excesso de trabalho, o Poder Judiciário vem realizando o processo de aplicação da pena como algo de importância secundária na atuação do juízo de primeira instância, apenas como uma fase para se consumir a pretensão punitiva. Assim, a fundamentação da aplicação da pena tem sido legitimada, tão somente, pela obediência aos modelos já usados por outros magistrados, bem como à jurisprudência majoritária e ao roteiro previsto no artigo 68 do Código Penal<sup>1</sup>, que adotou o método trifásico de Nelson Hungria<sup>2</sup>.

Ocorre que o atual modelo de dosimetria da pena privativa de liberdade foi construído

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2021.

<sup>2</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28-29.

pelo Código Penal de 1940, cuja parte geral foi reformada em 1984. Desde então, não houve significativa mudança neste procedimento, o que é objeto de diversas críticas. Como se sabe, no ano de 1940, era vigente no país a Ditadura do Estado Novo, enquanto que no ano de 1984, ainda vigorava a Ditadura Militar.

Pode um direito penal elaborado em períodos de exceção atuar em conformidade com os princípios da Constituição de 1988, democrática, e de acordo com o sistema acusatório? O método trifásico, por si só, se coaduna aos parâmetros da Constituição de 1988, tais como os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais, promoção do bem de todos e o fundamento da dignidade da pessoa humana? A resposta, segundo Rodrigo Roig<sup>3</sup>, é negativa.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a dosimetria da pena, para se legitimar, deve coadunar-se, igualmente, aos princípios constitucionais. O Código Penal deve ser aplicado considerando-se o filtro da recepção pela Constituição de 1988, bem como a partir da eficácia irradiante dos direitos fundamentais<sup>4</sup>. A Lei Fundamental pugna pela aplicação de uma política redutora de danos tanto na persecução penal quanto na aplicação da pena, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, deve-se construir um modelo de aplicação da pena constitucionalmente conformado.

Como ferramenta para tal modelo, a doutrina penal apresenta diversos princípios a serem seguidos pelos operadores do direito, tais como a legalidade, a intervenção mínima, a irretroatividade da lei penal, a adequação social, a insignificância, a ofensividade, a culpabilidade, a proporcionalidade e a humanidade. Interessante destacar que Cézar Roberto Bitencourt traz tais princípios, de forma expressa, como limitadores do poder punitivo estatal<sup>5</sup>.

Contudo, desponta também como um princípio decorrente da ordem constitucional o princípio da secularização. Este, normalmente, é relegado a segundo plano, de modo que diversos manuais e doutrinas de Direito Penal rotineiramente utilizados pelos acadêmicos do Direito e seus operadores não o citam expressamente, como se observa em Cézar Roberto Bitencourt<sup>6</sup>, Rogério Greco<sup>7</sup>, e até mesmo Juarez Cirino dos Santos<sup>8</sup>.

Em síntese, o princípio da secularização é definido como aquele que impõe a separação entre Direito e moral. Na dosimetria da pena, ele determina que o Magistrado, em seu dever de

<sup>3</sup> Ibidem, p. 13-15.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 27-48.

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49-71.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 97-185.

<sup>8</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.43-55.



respeitar o pluralismo, consagrado pela Constituição da República em seu artigo 1º, V<sup>9</sup>, não poderá impor uma moral determinada ao Réu.

Por que é necessário recordar esse compromisso em um princípio específico? Com a licença poética a Lenio Streck, quando explica “porque precisamos falar sobre Direito e moral”<sup>10</sup>, é preciso tratar da secularização na aplicação da lei penal. Como afirma o autor na obra referenciada, o Direito não tem relação com dilemas morais<sup>11</sup>, ao jurista não cabe fazer as escolhas fundamentais presentes nestes, pois há um sistema que lhe precede, o qual já determina a solução a ser adotada, sem que seja possível a dependência da corrente filosófica adotada pelo magistrado<sup>12</sup>.

Dentre os poucos autores do Direito Penal que se debruçam sobre o princípio da secularização de forma expressa, há Rodrigo Roig – cujo manual, na realidade, trata de Execução Penal<sup>13</sup>, porém possui obra específica quanto a dosimetria da pena<sup>14</sup>, tratando em ambos do princípio da secularização – e Salo de Carvalho<sup>15</sup>.

Salo de Carvalho trabalha com o princípio da secularização de modo a relacioná-lo com a separação entre Direito e moral, especialmente a partir do século XV, com a transição entre o jusnaturalismo teleológico e o antropológico, representado pela cisão entre a moral eclesiástica e as doutrinas filosóficas. Nesse sentido, o princípio da secularização representa um passo essencial na transição do sistema inquisitorial para o sistema acusatório, tendo em vista que aquele representava, essencialmente, uma forma de conformação moral do indivíduo. Segundo o autor<sup>16</sup>:

A justificação e a configuração do direito a partir da moral (sistema inquisitorial) não apenas possibilitaram a ingerência do sistema punitivo na vida íntima e privada das pessoas, mas ampliaram as teias da persecução criminal à esfera do pensamento, das convicções, das crenças e das opções individuais.

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 fev. 2022.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 9-12.

<sup>11</sup> Interessante frisar que Lenio Streck percebe a relevância do tema no campo do Direito Penal especificamente, conforme se observa do seguinte trecho: “[...] O Direito Penal é do fato. A escola de Kiel é que pregava o Direito Penal do autor que, aliás, é o que se faz hoje no Brasil. Julgamos moralmente, quando os julgamentos deveriam ser pelo Direito. Fazer a coisa certa é dizer: *It is the law*. Fazer a coisa errada é dizer: *It is the morality*.” Ibidem, p. 11.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24-32.

<sup>14</sup> Idem. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60-70.

<sup>15</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241-250.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 242.

Desse modo, Salo de Carvalho relaciona o princípio da secularização à laicização do Direito Penal, de modo que este “[...] obstaculiza que o direito penal nutra como finalidade a imposição ou o reforço de determinada concepção moral, limitando-se exclusivamente à punição de condutas danosas para terceiros”.<sup>17</sup>

A partir de tal definição, é essencial observar que, facilmente, se cai na armadilha de considerar a secularização como um princípio utilizado apenas para impedir fenômenos como a criminalização de posições políticas, opiniões, religiosidades, dentre outros. A secularização destina-se também a essa finalidade, mas não apenas a ela.

Rodrigo Roig, por sua vez, discorre sobre o princípio da secularização como um consectário do princípio da humanidade, adotando uma interpretação de tal princípio que se pode dizer ampliativa. Assim se afirma pois, enquanto classicamente se invoca como exemplos do princípio da humanidade a vedação a penas e tratamentos cruéis ou degradantes do art. 5º, XLVII, da Constituição da República<sup>18</sup>, além da proteção à integridade física e moral dos presos, conforme inciso XLIX<sup>19</sup>, do mesmo dispositivo, o referido autor traz a humanidade também como a compreensão e o reconhecimento do réu ou apenado enquanto ser humano, que deve ser respeitado em sua individualidade<sup>20</sup>.

Desse modo, a humanidade é traduzida a partir da dignidade da pessoa humana, que também se entrelaça com o pluralismo, conforme art. 1º, III e V, da Lei Fundamental<sup>21</sup>, “assegurando o reconhecimento jurídico, social e humano do indivíduo como sujeito imune a juízos de natureza discriminatória, moral, preventiva ou retributiva”<sup>22</sup>. O respeito a pessoa humana não estaria, apenas, na tutela de sua integridade, mas de sua própria personalidade, vedando-se intromissões morais e éticas no momento da dosimetria da pena. Ademais, Rodrigo Roig destaca, de forma expressa, a relação com o princípio da lesividade, na forma do art. 5º, XXXV, da CRFB, de modo a afastar, da dosimetria da pena, considerações sobre a personalidade do autor, restringindo-se à avaliação do dano provocado a outrem a partir da conduta delituosa<sup>23</sup>.

Merece ser trazido à baila, ainda, o desenvolvimento sobre a secularização que Rodrigo Roig realiza em sua obra “Execução Penal: Teoria Crítica”. Nesta, novamente a

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 244.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> ROIG, op. cit., 2015, p. 60-70.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>22</sup> ROIG, op. cit., 2015, p. 62.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 67.



secularização é tratada como um consectário do princípio da humanidade, reafirmando seu fundamento na separação entre direito e moral<sup>24</sup>.

Interessante observar, ainda, a relação que o autor traz com o imperativo da alteridade, que exige do magistrado o reconhecimento do apenado – bem como do acusado, portanto – como sujeito de direitos, afastando-se a apreciação jurídica sujeita a juízos eminentemente "morais, retributivos, exemplificantes ou correccionais"<sup>25</sup>.

No que tange aos objetivos da execução penal, a secularização deslegitimaria "o manejo da execução como instrumento de recuperação, reeducação, reintegração, ressocialização ou reforma dos indivíduos, típicos da ideologia tratamental positivista"<sup>26</sup>, segundo a doutrina trabalhada.

## 2. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO NA DOUTRINA PENAL BRASILEIRA E CONSTATAÇÃO DE SEU SILÊNCIO

Apesar de todo o trabalho apresentado por Rodrigo Roig e Salo de Carvalho, descritos no capítulo anterior, é necessário destacar que este não é o cenário da doutrina penal brasileira. Esta, majoritariamente, se mantém silente sobre o princípio da secularização, conforme é demonstrado a seguir.

Foram analisadas doutrinas amplamente divulgadas entre os operadores do direito, ressaltando-se a impossibilidade de esgotamento da produção doutrinária sobre princípios do Direito Penal e da Execução Penal. Buscou-se verificar a referência, ainda que indireta, ao princípio da secularização, a partir da leitura oferecida pelos autores aos princípios da humanidade, da dignidade da pessoa humana ou da lesividade.

Como já afirmado anteriormente, na doutrina de Juarez Cirino dos Santos referente à Parte Geral do Código Penal, não há um trabalho, de forma direta, do princípio da secularização dentre os princípios do Direito Penal. Ao analisar o princípio da humanidade, limita-se o autor à proibição da execução das penas cruéis e degradantes, bem como da execução cruel das penas permitidas<sup>27</sup>. Merece destaque que, ao realizar sua análise sobre as finalidades declaradas da pena, a secularização é tangenciada<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Idem. *Execução Penal: teoria crítica*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 24-32.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> SANTOS, op. cit., p. 53-54.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 431-465.

Damásio de Jesus, por sua vez, dedica apenas quatro páginas de sua obra aos princípios do Direito Penal<sup>29</sup>, tratando-os de forma bastante resumida. Sobre o princípio da humanidade, fala brevemente "O réu deve ser tratado como pessoa humana"<sup>30</sup>, relacionando-o, especialmente, à proteção da integridade física e moral.

Adotam o mesmo entendimento Cleber Masson<sup>31</sup>, Guilherme Nucci<sup>32</sup> e Luiz Regis Prado. Este, porém, desenvolve com maior profundidade o princípio da humanidade, correlacionando-o à dignidade da pessoa humana, bem como relacionando-o aos princípios da culpabilidade e da igualdade<sup>33</sup>.

Cezar Roberto Bitencourt, apesar de focar o princípio da humanidade em seu clássico aspecto da vedação a penas cruéis e degradantes e o respeito à integridade física e moral do apenado, tangencia o princípio da secularização ao frisar, em sua conclusão, a "incolumidade da pessoa como ser social"<sup>34</sup>, fazendo referência a trecho anterior de sua explicação sobre o princípio da humanidade, no qual lembra o pensamento de Bustos Ramirez, no sentido de que o que se pretende com a "reeducação e reinserção social" deve ser reinterpretado, pois sua determinação coativa poderá implicar em "atentado contra a pessoa como ser social"<sup>35</sup>.

No que tange à obra de Rogério Greco, o doutrinador opta por, ao invés de trabalhar com o princípio da humanidade, denominá-lo de princípio da limitação das penas, o qual derivaria da dignidade da pessoa humana<sup>36</sup>. O doutrinador faz referência ao art. 5º, XLVII, da CRFB<sup>37</sup>, em seu capítulo que versa sobre os limites das penas<sup>38</sup>, bem como ao trabalhar o princípio da limitação das penas<sup>39</sup>.

Contudo, não apenas não é trabalhado o princípio da secularização, como também é feita uma oposição frontal a tal princípio, conforme o seguinte excerto, retirado de trecho em que o autor defende a vedação à pena de prisão perpétua:

Fato é que todos nós cometemos desvios constantemente, e da mesma forma que precisamos do perdão de nosso irmão, também devemos perdoar, pois, conforme

<sup>29</sup> JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 36 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51-54.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>31</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 14 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 50-51.

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, [e-book].

<sup>33</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>35</sup> RAMIREZ apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.

<sup>36</sup> GRECO, op. cit., p. 133-137.

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>38</sup> GRECO, op. cit., p. 749-754.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 133-137.

afirma o apóstolo Paulo em sua carta dirigida aos romanos, “todos pecaram e carecem da glória de Deus”.<sup>40</sup>

A frase citada por Rogério Greco foi retirada da Bíblia Sagrada, em Romanos 3:23. Com a devida vênia à liberdade do autor em sua obra, discorda-se da posição adotada. Não bastasse não trabalhar a secularização, o autor realiza verdadeira pregação católica em sua obra doutrinária de Direito Penal, espaço que não se apresenta adequado para tanto.

Por fim, quando trabalha o princípio da lesividade, é feita remissão ao conflito entre Direito Penal e moral, especialmente quando é explicada a origem de tal princípio a partir do período iluminista, “que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o Direito e a moral”<sup>41</sup>. À mesma conclusão, chega Fernando Capez, ao trabalhar o princípio da lesividade<sup>42</sup>.

Fabbrini e Mirabete, por sua vez, trabalham o princípio da humanidade como decorrência do princípio da legalidade, trazendo enfoque na responsabilidade social em relação ao sentenciado, que deverá ser destinatário de ajuda e assistência que objetivam sua recuperação<sup>43</sup>. Não foram observadas menções às confluências entre Direito Penal e moral.

No manual de Execução Penal de autoria de Renato Marcão, não há enumeração dos princípios da execução penal<sup>44</sup>. Não foi observada menção à relação entre Direito Penal e moral.

Apesar de não trabalhar, em tópico específico, o princípio da humanidade ou da secularização<sup>45</sup>, Paulo César Busato desenvolve o tópico das relações entre Direito Penal e moral ao trabalhar os objetivos ou missões do Direito Penal. Ao tratar da doutrina de Hans Welzel sobre os objetivos do Direito Penal, a crítica de forma contundente. Segundo o autor, o penalista alemão atribuiu ao Direito Penal dupla missão, a proteção de bens jurídicos e a proteção dos “valores elementares da consciência, de caráter ético-social”. Ao Direito Penal caberia, assim, influenciar na formação da consciência cidadã “para orientá-la, pedagogicamente, à proteção dos bens jurídicos essenciais”<sup>46</sup>. A seu ver<sup>47</sup>:

O direito não deve ocupar-se de exercer um controle moral. Em primeiro lugar, porque ele é incerto e não alcançável, em segundo lugar, porque ele se converteria em dogma e, em terceiro lugar, porque o interesse coletivo é de que não se produzam aflições aos direitos de todos e não de que todos tenham idênticas e controladas preferências.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 749.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>42</sup> CAPEZ, Fernando. *Coleção curso de direito penal*. 24 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2020, [e-book].

<sup>43</sup> FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. 26 ed. rev e atual. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 41.

<sup>44</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13 ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34.

<sup>45</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22-99.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 10-11.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 11.



Acrescenta-se, ainda, que, segundo Busato, a ameaça da pena para a formação de consciências e direcionamento dos pensamentos constitui cerceamento à liberdade de expressão. Tal tarefa pedagógica pertenceria às instâncias informais de controle social<sup>48</sup>.

Especial atenção merece a doutrina de Zaffaroni, Nilo Batista, Alagia e Slokar<sup>49</sup>. Em sua obra, não está elencado o princípio da secularização. No entanto, a análise das confluências entre Direito Penal e moral permeia o estudo sobre os princípios realizado na obra.

Em relação ao princípio da lesividade, são destacadas como suas consequências: "a) o estado não pode estabelecer uma moral; b) em lugar disso, deve garantir um âmbito de liberdade moral; c) as penas não podem recair sobre ações que expressem o exercício dessa liberdade"<sup>50</sup>.

No entender dos autores, um estado que procura impor uma moral determinada é, em si, imoral, pois a moral surge a partir do momento em que é dada liberdade de escolha ao cidadão, que se permite a ele escolher entre a alternativa considerada moral e a considerada imoral. Não há moralidade numa ação já condicionada e pré-determinada. "O estado ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral", bem como "o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade"<sup>51</sup>.

Por tais motivos, a lesividade é desenvolvida a partir da perspectiva de que a criminalização de condutas com o objetivo de impor normas morais, sem que se exponha a perigo ou haja lesão a direito alheio, é ilícita, bem como qualquer objetivo de "expição da culpa" a partir da pena deve ser afastado, pois é um ato íntimo da pessoa, que não cabe ao Estado impor<sup>52</sup>.

Conclui-se, a partir da presente análise dos autores citados, que a dogmática penal brasileira se mostra incipiente em relação ao princípio da secularização. Das quatorze obras analisadas – considerados os dois livros de Rodrigo Roig como uma única obra –, apenas duas tratam diretamente do princípio da secularização e o explicam: Rodrigo Roig<sup>53</sup> e Salo de Carvalho<sup>54</sup>. As demais dividem-se entre aquelas que se limitaram a, no máximo, fazer uma afirmação breve do fato de que a lesividade determina que condutas não podem ser criminalizadas apenas pelo fato de serem imorais, e aquelas que desenvolveram o debate sobre Direito Penal e moral, porém não trabalharam, estritamente, o princípio da secularização.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 226.

<sup>53</sup> ROIG, op. cit., 2015, p. 60-70 e ROIG, op. cit., 2021, p. 56-60.

<sup>54</sup> CARVALHO, op. cit., p. 241-250.

Diante desse quadro, ainda não se observa, na dogmática penal brasileira, uma análise aprofundada do princípio da secularização.

### 3. O TRABALHO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO

Dentre as fontes do Direito, além da doutrina e da lei, também se encontra a jurisprudência, a qual assume papel de destaque na interpretação do Direito, em especial na conciliação entre a lei em sentido estrito e os princípios gerais do Direito. Assim sendo, se impõe o questionamento sobre como se posicionam os Tribunais no que concerne ao princípio da secularização. Acompanham o silêncio da doutrina?

Para responder a essa pergunta, foi objeto de pesquisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, foram utilizadas nas ferramentas de pesquisa de jurisprudência dos respectivos tribunais os seguintes comandos: “princípio da secularização”, “secularização”, e “direito penal e moral”, com pequenas variações a depender das ferramentas disponibilizadas pelos sites. Ademais, a pesquisa limitou-se aos julgados proferidos no período dos anos de 2000 a 2022.

Junto ao Supremo Tribunal Federal, ao aplicar os dois primeiros comandos acima referidos, foi fornecido um único julgado, que trata sobre a constitucionalidade do ensino religioso confessional em escolas públicas, de matrícula facultativa<sup>55</sup>. Evidentemente, não é julgado que se refere a Direito Penal, de modo que não se apresenta como um objeto adequado de análise neste momento.

No que tange ao terceiro comando, foi utilizado o filtro “‘direito penal’ e moral”. Foram fornecidos, desse modo, oitenta resultados, dos quais apenas três apresentaram, de fato, discussão sobre a relação entre Direito Penal e Moral.

Merece destaque, na presente temática, o HC nº 82959/SP<sup>56</sup>, o qual tratou da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime em caso de crimes hediondos, que era estabelecido pelo art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. Na ementa, não há registro sobre a discussão entre Direito e Moral. Porém, é possível observar que o Min. Cezar Peluso, em seu voto-vista, ao tratar dos crimes contra a dignidade sexual, traz expressamente este debate, em razão da sua

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4439*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387047/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>>. Acesso em: 08 mar. 2022.



especial influência sofrida por parte da moral, que se revelava, por exemplo, em uma suposta reparação do crime a partir do casamento do agente com a vítima, bem como pela previsão de causa de aumento quando o agente fosse casado e a vítima de estupro fosse uma terceira pessoa<sup>57</sup>.

Assim, afirma o Ministro que o Direito não pode predefinir o que seriam os “bons costumes”, bem como, citando Claus Roxin, afirma que o Estado Democrático de Direito não pode perseguir o aperfeiçoamento moral dos cidadãos adultos, mas somente assegurar as condições para a convivência pacífica. Ao final, afasta a causa de aumento da pena que era prevista, à época, no art. 226, III, do Código Penal<sup>58</sup>, referente ao fato do agente ser casado – esta foi abolida pela Lei nº 11.106/05<sup>59</sup>.

Desse modo, é interessante a observação de que, aqui, apesar de não ter sido citado expressamente o princípio da secularização, o Ministro buscou aplicá-lo na dosimetria da pena, afastando uma causa de aumento. No entanto, foi vencedor o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, de modo que não fez parte do acórdão o ponto analisado.

Também houve discussão sobre a influência da moral no Direito e, em especial, o princípio do Estado Laico, na ADPF 54/DF<sup>60</sup>, a qual determinou a inconstitucionalidade da interpretação que afirme que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo constitui a conduta dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Suas conclusões podem ser resumidas na seguinte frase, extraída do voto do Relator: “O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal”.

Ressalte-se que este é um julgado bastante profícuo para a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange à relação entre Direito e Moral. No entanto, em razão da complexidade do julgado, que trabalhou esse tema muito além de sua incidência no Direito Penal, e em respeito à finalidade meramente enumerativa deste capítulo, não serão tecidas maiores considerações.

Ademais, foi colacionada a medida cautelar na ADPF nº 779<sup>61</sup>, que tratou da inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra. A contribuição deste julgado para a discussão no tema tratado está resumida no seguinte ponto de sua ementa:

---

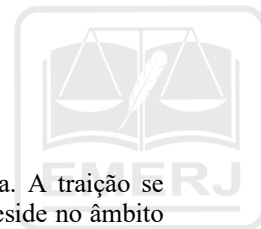
<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>59</sup> BRASIL, Lei nº 11.106/05, de 28 de março de 2005. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 779 MC-Ref/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.



1. “Legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.

O interessante a ser observado, no presente caso, é que a partir dele se denota a aplicabilidade da secularização não apenas numa perspectiva em favor do réu, mas também numa perspectiva de limitação da atividade defensiva em conformidade com os ditames constitucionais, na forma manifestada pelo Supremo Tribunal Federal – apesar de toda a polêmica envolta neste julgado<sup>62</sup>.

Dessa breve análise, retira-se a conclusão de que, apesar de não ser tão recorrente o tema analisado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os casos em que é tratado são de grande relevância. Contudo, falta sua aplicação de forma específica na dosimetria da pena, tendo em vista que esta foi constatada apenas uma única vez em voto-vista que não formou coisa julgada.

Já no que tange à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foi possível verificar, na pesquisa do termo “secularização”, um único acórdão, no HC nº 211888/TO<sup>63</sup>, em que a conduta de profissional do sexo consistente em retirar um colar de ouro a força do pescoço de seu cliente devedor foi desclassificada do crime de roubo impróprio para o de exercício arbitrário das próprias razões, reconhecendo-se a existência de um acordo verbal entre as partes que merece ser considerado pelo Direito.

Em relação ao terceiro comando de pesquisa, foram inseridos os termos “direito adj penal prox10 moral”, para garantir maior acurácia na pesquisa. A partir desse filtro, foram encontrados seis acórdãos. Destes, três tinham alguma relação com o tema, e nestes foi repetida a frase “A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral [...]”<sup>64</sup>. Observa-se que, na realidade, essa afirmação serviu para aplicação do princípio da subsidiariedade, sem trabalhar com a secularização em si.

<sup>62</sup> Para maiores informações: AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de et al. *Limitação argumentativa que obsta a tese da legítima defesa da honra*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-23/limite-penal-limitacao-argumentativa-obsta-tese-legitima-defesa-honra>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 211888/TO*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22211888%22%29+ou+%28HC+adj+%22211888%22%29.suce.>>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 1206469/RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201703041482&dt\\_publicacao=04/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703041482&dt_publicacao=04/10/2018)>. Acesso em: 10 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 85272/RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em:

Conclui-se, assim, que a jurisprudência está em compasso com a doutrina, tendo em vista que ambas se mantêm majoritariamente silentes sobre a aplicação do princípio da secularização na dosimetria da pena. Quando é tratado o debate Direito Penal e Moral, na absoluta maioria das vezes, deseja-se analisar a criminalização de determinadas condutas, mas não o tratamento conferido pelo Estado àquele que será, efetivamente, apenado.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, este trabalho buscou analisar o desenvolvimento do princípio da secularização na Dogmática Penal Brasileira, evidenciando a dificuldade que se apresenta para a aplicação deste, tendo em vista a falta de produção doutrinária a seu respeito no Direito Penal Brasileiro, bem como sua parca difusão na jurisprudência.

Inicialmente, foi estabelecido o significado do princípio da secularização, sendo este compreendido a partir de duas perspectivas, em resumo: como consectário do princípio da humanidade, relacionando-o à consideração do acusado ou apenado como pessoa em toda sua extensão, inclusive em suas idiossincrasias e código moral, ou amarrando-o ao princípio da lesividade, demonstrando que a origem deste adveio do movimento de secularização do Direito Penal, a partir do iluminismo, vedando-se a repressão estatal de condutas simplesmente imorais.

Tal conclusão foi atingida a partir, especialmente, da leitura das doutrinas de Rodrigo Roig e Salo de Carvalho. Porém, não bastam apenas dois autores para ser possível definir a forma que a doutrina trata determinado instituto ou princípio. Assim, passou-se à análise ampliada da dogmática penal brasileira, buscando verificar se, em outros trabalhos, havia ao menos menção indireta ao princípio em debate.

Dentre as obras analisadas, em oito não foram observadas explicações sobre o conflito/diálogo entre Direito Penal e moral, se limitando a, no máximo, fazer uma afirmação breve do fato de que a lesividade determina que condutas não podem ser criminalizadas apenas pelo fato de serem imorais. Dentre tais autores, tem-se Damásio de Jesus, Cleber Masson, Guilherme Nucci, Luiz Regis Prado, Rogério Greco, Fernando Capez, Fabbrini e Mirabete, e Renato Marcão.

---

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701316304&dt\\_publicacao=23/08/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701316304&dt_publicacao=23/08/2018)>. Acesso em: 10 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1581525/SP*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600353978&dt\\_publicacao=26/06/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600353978&dt_publicacao=26/06/2017)>. Acesso em: 10 mar. 2022.





Em quatro obras, observou-se um desenvolvimento do debate sobre Direito Penal e moral, ainda que não tenha sido trabalhado, estritamente, o princípio da secularização, quais sejam: as obras de Juarez Cirino, Cezar Bitencourt, Paulo César Busato e Zaffaroni, Nilo Batista, Alagia e Slokar.

Diante do exposto, verificou-se a inércia da Dogmática Penal Brasileira no que tange ao referido princípio, o que afeta sua aplicação de forma mais ampla pela jurisprudência, em especial dos Tribunais Superiores, conforme se pôde perceber a partir do terceiro capítulo.

Neste, foi constatado que, em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser recorrente a análise da relação entre Direito Penal e moral, os casos em que é tratada são de grande relevância, tais como a ADPF nº 54, ADPF nº 779 e o HC nº 82959/SP. Contudo, falta sua aplicação de forma específica na dosimetria da pena, tendo em vista que esta foi constatada apenas uma única vez em voto-vista que não formou coisa julgada.

Já em relação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observou-se a invocação do princípio da secularização em apenas um único julgado, HC nº 211888/TO. Já nos outros três casos que apresentaram alguma relação com a temática, foi apenas repetida a frase “A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral [...]”, a qual serviu apenas para aplicação do princípio da subsidiariedade, sem trabalhar com a secularização em si.

Desse modo, concluiu-se que jurisprudência está em compasso com a doutrina, ambas majoritariamente silentes sobre a aplicação do princípio da secularização na dosimetria da pena. Quando é tratado o debate Direito Penal e moral, normalmente, deseja-se analisar a criminalização de determinadas condutas, não o tratamento conferido pelo Estado àquele que será, efetivamente, apenado.

A partir das conclusões demonstradas, outros questionamentos são impostos. Por exemplo, seria mais adequado afirmar que as duas perspectivas constatadas sobre o princípio da secularização, quais sejam, como consectário do princípio da humanidade ou relacionado ao princípio da lesividade, são conciliáveis? Ademais, em aprofundamento, estaria correta a afirmação de que o Direito Penal se divorciou da moral com a secularização? O Direito Penal não reproduziria uma moral, incidente ao menos no momento da criminalização primária? Caso positivo, que moral seria essa?

Esta pesquisa inicial não teve a pretensão de colmatar essas lacunas, mas evidenciá-las para que, constatadas as problemáticas, seja possível respondê-las, de modo que é feito um convite ao debate acadêmico sobre a questão.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.106/05*, de 28 de março de 2005. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 1206469/RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201703041482&dt\\_publicacao=04/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703041482&dt_publicacao=04/10/2018)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 21188/TO*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22211888%22%29+ou+%28HC+adj+%22211888%22%29.suce.>>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1581525/SP*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600353978&dt\\_publicacao=26/06/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600353978&dt_publicacao=26/06/2017)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 85272/RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701316304&dt\\_publicacao=23/08/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701316304&dt_publicacao=23/08/2018)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

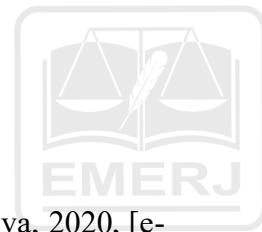
\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4439*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387047/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 779 MC-Ref/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.



CAPEZ, Fernando. *Coleção curso de direito penal*. 24 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2020, [e-book].

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. 26 ed. rev e atual. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 36 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13 ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 14 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, [e-book].

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Execução penal: teoria crítica*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

## O DESAFIO DAS MEDIDAS REDUTORAS DE DEMANDAS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR.

Carolina Severo Reis Gonçalves Veras

Graduada pela Universidade Estácio de Sá do Estado do Rio de Janeiro – Campus Dorival Caymmi. Pós-graduada no curso *Lato Sensu* de especialização sobre o Novo Código de Processo Civil pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-graduanda no curso *Lato Sensu* de especialização em Direito Público e Privado. Advogada.

**Resumo** – a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB vigente determina expressamente, no rol dos direitos e garantias fundamentais, que o Estado deve promover a defesa do consumidor. Nesse sentido, não há dúvidas de que os consumidores precisam de proteção por meio de políticas públicas, as quais devem considerar a implantação de importantes ferramentas e procedimentos para prevenir e/ou coibir a desarmonia na vida social e o desequilíbrio nas relações privadas de consumo. O presente trabalho busca emoldurar a efetivação dos direitos dos consumidores não apenas com a realização de políticas públicas e a implementação de ferramentas e procedimentos para prevenção e repressão de violações de direitos do consumidor, mas também busca esclarecer os desafios que as medidas redutoras de demandas judiciais enfrentam para alcançar a composição voluntária, ao mesmo tempo que tentar apresentar formas para os consumidores obterem uma correta e eficiente tutela jurisdicional, evitando, com isso, as demandas judiciais desnecessárias.

**Palavras-chave** – Direito do Consumidor. Direito Constitucional. Políticas públicas. Vulnerabilidade dos consumidores. Desafios para a composição voluntária.

**Sumário** – Introdução. 1. A influência sofrida pela sociedade consumerista atual ao longo da evolução histórica do consumo. 2. O papel das políticas públicas na garantia dos direitos (fundamentais) do consumidor. 3. Os desafios dos instrumentos extrajudiciais como medidas redutoras de demandas judiciais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O consumo é um fenômeno socioeconômico, que representa a definição do próprio ser humano nas diversas sociedades, principalmente na sociedade moderna. Com base nas ideias de Zygmunt Bauman, é possível dizer que o consumo passou a prover não só as necessidades básicas do ser humano, mas também ganhou uma medida de expressão e de definição do ser humano na sociedade de consumo moderna.

Além de promover uma definição do próprio ser humano, o consumo, principalmente de produtos e serviços considerados essenciais, é consagrado, pela Constituição Federal Brasileira vigente (CRFB/88), como inclusão social do indivíduo ao possibilitar o pleno

exercício da sua cidadania firmado pela previsão de receber, na prática, a proteção de todos os seus direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, é incontestável que a capacidade de consumo é um fator relevante no estabelecimento da estrutura de uma sociedade. Se, de um lado, a capacidade de consumo inclui uns indivíduos em um nível social alto; por outro lado, a sua falta coloca os demais indivíduos em nível social baixo, até em posição de miséria.

Em razão disso, para prevenir e/ou coibir essa desarmonia na vida social e o desequilíbrio nas relações privadas de consumo, o Estado precisa desenvolver instrumentos e/ou procedimentos de proteção que atendam, de forma equitativa, às necessidades de consumo de cada indivíduo.

Ressalta-se que a proteção de forma equitativa não significa colocar todos os indivíduos no mesmo nível social, mas sim oportunizar a todos os indivíduos, dos diferentes níveis sociais, o atendimento de suas necessidades, afinal, todos têm necessidades, mas as necessidades nem sempre são as mesmas (embora semelhantes em alguns casos).

Apesar da efetiva proteção dos direitos fundamentais dos consumidores, bem como da ampla aplicação do princípio da ordem econômica ainda estarem muito distantes de inúmeros brasileiros, o objetivo desse artigo é fomentar a importância de os consumidores terem conhecimento sobre seus direitos nas relações consumeristas a ponto de se valer de instrumentos e/ou procedimentos capazes de evitar demandas judiciais desnecessárias.

A conscientização do indivíduo para um consumo consciente proporciona ao Estado não a redução de demandas judiciais desnecessárias, assim como manutenção saudável do meio ambiente e permite ao consumidor sua defesa (judicial ou extrajudicial) eficiente em caso de violação dos seus direitos.

Para alcançar o objetivo, este artigo está dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, busca-se analisar os fatos históricos que marcaram e influenciaram o consumo na sociedade.

No segundo capítulo, faz-se um referencial teórico sobre o direito do consumidor e o porquê desse direito ser considerado um direito fundamental.

No terceiro capítulo, discute-se a importância de os consumidores terem conhecimento sobre seus direitos nas relações de consumo como forma de canalizar seus esforços para medidas mais adequadas de resolução de conflitos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método exploratório-explicativo, uma vez que a pesquisadora planeja investigar determinado problema de maneira a compreendê-lo,

apresentando hipóteses e se empenhando nas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, em artigos e em legislações para sustentá-las.

Como a intenção é atingir os consumidores leigos, adotar-se-á, neste artigo, explicações de maneira simples, proporcionando-lhes uma leitura de fácil compreensão com o intuito de contribuir para a solução concreta no mundo dos fatos.

## 1. A INFLUÊNCIA SOFRIDA PELA SOCIEDADE CONSUMERISTA ATUAL AO LONGO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSUMO

Para contribuir com uma solução concreta no mundo dos fatos, deve-se entender, mesmo que de forma resumida, como ocorreu o desenvolvimento do consumo na sociedade, afinal a sociedade de consumo contemporânea se encontra pautada na vertiginosa ampliação das atividades comerciais.

Importante destacar que, se não controladas e fiscalizadas, as atividades comerciais podem causar instabilidades e até crises econômicas e sociais, trazendo, como principais consequências, o desemprego e o aumento da pobreza na sociedade.

Ao avaliar o consumo na sociedade, Lucas Simão<sup>1</sup> menciona que, segundo Grant MacCracken, há:

[...] três momentos marcantes na história da sociedade de consumo: (i) “*o boom de consumo na Inglaterra do século XVII*”; (ii) no século XVIII com o início do desenvolvimento de ferramentas de marketing e (iii) no século XIX com a revolução industrial e “*um novo experimento dos poderes expressivos dos bens*”.

De acordo com essa avaliação de Lucas Simão, é possível dizer que, antes da Revolução Industrial, as mercadorias eram produzidas de maneira artesanal, em poucas quantidades, e vendidas pelas localidades próximas. Foi a Inglaterra que iniciou, pioneiramente, a ampliação (o chamado “*boom*”) do consumo na sociedade com a Revolução Industrial, trazendo grandes transformações na economia mundial, mormente pelo desenvolvimento tecnológico.

Com este desenvolvimento tecnológico, foi realizar a produção de mercadorias em maiores quantidades, em pouco espaço de tempo, e escoá-las em cidades distantes por meio de viagens mais curtas, inaugurando um novo padrão de consumo (com mercadorias globalizadas).

---

<sup>1</sup> MACCRACKEN apud SIMÃO, Lucas Pinto. *Fundamentos constitucionais do direito do consumidor*, 1 de junho de 2016. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/fundamentos-constitucionais-do-direito-do-consumido-r/#\\_ftn1](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/fundamentos-constitucionais-do-direito-do-consumido-r/#_ftn1)>. Acesso em: 14 set. 2021.

Nesse cenário de mercadorias globalizadas, o comércio aumentou ainda mais com o surgimento, posterior, do marketing, cujo papel fundamental foi disseminar o consumo. Essa estratégia empresarial penetrou a compulsão de compra no consumidor por meio das divulgações das constantes novidades introduzidas no mercado.

Assim, em função da velocidade produtiva, da facilidade de acesso aos produtos e dos estímulos do marketing, houve não só uma diminuição no ciclo de vida dos produtos, ou seja, os produtos foram perdendo, ao longo do tempo e, em menor tempo, o seu valor em razão da introdução de novos produtos, mais aperfeiçoados, com mais funcionalidades e com design mais atual.

Acrescenta o autor Sérgio Cavaliéri<sup>2</sup> que essa promoção da globalização levou “à despersonalização da pessoa humana”, que “passou a ser considerada um ente abstrato, um dado econômico, um número ou coisa de valor patrimonial”.

Veja que, o consumo que, antes da Revolução Industrial, era para suprir necessidades básicas passou para um consumo ostentatório, pelo qual os indivíduos passaram a adquirir bens e serviços, destinados tão somente a demonstração do seu grau de riqueza.

Todavia, essa uniformização de atitudes e valores acabou perdendo um pouco o seu espaço a partir dos anos 80, dando lugar ao consumo emocional, o qual veio caracterizar a sociedade contemporânea. Isto é, os indivíduos da sociedade contemporânea, quando adquirem bens e serviços, buscam alcançar a felicidade e não ostentar a sua capacidade financeira na sociedade.

A felicidade é um sentimento difícil de conceituar por representar um estado de espírito, que varia de um indivíduo a outro, profundamente ligado à satisfação de desejos e não à situação de riqueza. Dessa forma, a felicidade não pode ser incluída como um direito de todos, dando-lhes o poder questionar o Estado sobre a infelicidade que, por ventura, venham a sentir.

Entretanto, consoante Kiyoshi Harada<sup>3</sup>:

[...] no Brasil, o direito à busca de felicidade é um princípio implícito que decorre dos direitos fundamentais, onde se insere o princípio da dignidade da pessoa humana. (...) invocado por vários Ministros do STF [...] [para romper alguns preconceitos,] “tornando viável a busca da felicidade por todos, heterossexuais e homossexuais, ricos e pobres, brancos ou negros etc. [...]

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

<sup>3</sup> HARADA, Kiyoshi. *O princípio da felicidade*, 18 de maio de 2015. Disponível em: <<https://haradaadvogados.com.br/o-principio-da-felicidade/>>. Acesso em: 02 out. 2021.



João Ronaldo Ribeiro<sup>4</sup> acrescenta que:

[...] na teia dessas considerações, parece relevante analisar o direito à busca da felicidade em relação à teoria dos *status*. Embora o *status* não se identifique como direito, mas confere uma posição ao indivíduo perante o Estado, cada direito gera posições distintas dependendo do seu conteúdo. Nesse sentido, analisando os diferentes julgados da Suprema Corte brasileira, parece que o direito à busca da felicidade gerou posições distintas nas decisões. [...].

Isso significa que a felicidade é alcançada quando os indivíduos podem realizar os seus desejos (atender a uma vontade ou saciar um prazer). Na sociedade contemporânea, o consumo é uma das formas mais utilizadas para satisfazer desejos. À vista disso, o consumo se transformou no “espírito” do indivíduo contemporâneo, em que o vazio das relações humanas é preenchido pela satisfação dos desejos, aguçado pelo alcance de um reconhecimento social.

É visível que, na sociedade contemporânea, a definição de sucesso pessoal, além de servir como uma forma de suprimento emocional, inquestionavelmente é uma forma de demonstrar riqueza. Como visto anteriormente, o consumo em massa, além de ser estimulado pelo marketing por meio do apelo à emoção, também é estimulado pelo próprio governo com o fim de promover o crescimento econômico, a geração de empregos e a arrecadação de tributos.

Nesse ambiente consumerista estimulado atrelado às relações humanas vazias, os indivíduos se tornam muito vulneráveis, pois gastam, crescentemente, o que não tem, para adquirir coisas de que não precisam a fim de impressionar outros indivíduos que, na maioria das vezes, nem conhecem.

Contrabalanceando esse consumo frenético, o Estado precisou responder com políticas públicas para evitar uma crise na ordem econômica e social, afinal, como quaisquer outros direitos, a decisão privada não se trata de um direito absoluto, podendo sofrer ponderações, fazendo-se prevalecer ou ser prevalecida por outro direito para “a realização existencial do sujeito ou o alcance de um grau máximo de realização possível”, conforme adiciona João Ronaldo Ribeiro<sup>5</sup>.

Importante ressaltar que, em razão da quarentena decorrente da pandemia do Covid-19, vislumbrou-se uma tendência de retornar aos valores, noutro tempo, perdidos, sem, contudo, diminuir a busca pelo novo. Se de um lado, o consumo é indispensável para a manutenção do

---

<sup>4</sup> RIBEIRO, João Ronaldo. *Reflexões sobre o direito à busca da felicidade no ordenamento jurídico pátrio*, 1º de novembro de 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/reflexoes-sobre-o-direito-a-busca-da-felicidade-no-ordenamento-juridico-patrio/>>. Acesso em: 03 out. 2021.

<sup>5</sup> Ibid.





regime capitalista; por outro lado, o consumidor tem sido mais cauteloso, deixando-se influenciar por sentimentos diferentes além da emoção.

Embora seja muito cedo para afirmar que se está uma nova fase da sociedade de consumo, tudo indica que o mundo pós-pandemia será mais consciente, solidário e interdependente, alcançando todos os diferentes indivíduos, com as suas diversas necessidades, em prol de um hábito de consumo mais sustentável (ecologicamente consciente).

Espera-se um consumo mais inteligente, onde as pessoas pesquisam os preços antes de realizarem o negócio jurídico, e que a tecnologia continue sendo uma grande ferramenta dos comerciantes para que o mercado possa se recuperar, principalmente, pós pandemia do Covid-19) e tenha fôlego para se manter.

Verifica-se que, durante a pandemia, as tecnologias foram bastante utilizadas como ferramenta para o consumo, abrindo novos canais para a realização de compras, acrescentando novas formas de pagamento como, por exemplo, o PIX, que é uma transação financeira mais rápida e sem muita burocracia, e executando uma otimização no tempo do indivíduo,

Mesmo no meio de um cenário de crise (apresentado na pandemia do Covid-19), as tecnológicas viabilizaram o consumo, não os limitando a produtos, mas alcançando também serviços com prestações, a exemplo dos cursos profissionalizantes, aulas de ginásticas, consultoria médica, financeira e até pessoal, assinaturas de serviços de streaming, etc, apresentados na forma on line, fatos que puderam fortalecer os pequenos e médios empresários locais.

A Redação Whow!<sup>6</sup> publicou que, igual qualquer outra mudança de fase da sociedade de consumo, a tendência de mercado é adaptar “às mudanças de consumo e ofertando produtos e serviços que estejam em linha com as novas necessidades dos consumidores e do mercado”, todavia, sob o controle do Estado, principalmente por meio de políticas públicas.

## 2. O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA GARANTIA DOS DIREITOS (FUNDAMENTAIS) DO CONSUMIDOR

As Políticas Públicas exercem o papel de concretizar os direitos fundamentais por meio de elaboração de regulamentos e de gestões da sua execução na vida em sociedade.

---

<sup>6</sup> WHOW!, Redação. *Quais serão as tendências de consumo pós pandemia?*, 11 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.whow.com.br/vendas/quais-serao-as-tendencias-de-consumo-pos-pandemia/>>. Acesso em: 04 out. 2021.

Entretanto, o grande obstáculo à essa concretização está presente na grande demanda de problemas sociais que precisam ser solucionados e a finitude dos recursos estatais, que impossibilitam atender, de forma satisfatória, essas demandas sociais.

Levando em consideração esse grande obstáculo, o papel das Políticas Públicas se traduz em alcançar o básico dos direitos da maioria dos cidadãos com a melhor maximização dos recursos do Estado. Por força de previsão constitucional, tem-se, entre os direitos dos cidadãos, o direito do consumidor, estabelecido como um direito fundamental e primordial para a ordem pública e econômica.

Destaca-se que, embora o direito do consumidor seja visto atualmente como um direito fundamental e primordial para a ordem pública e econômica e, como bem definiu Sérgio Cavalieri<sup>7</sup>, tenha resgatado “a dimensão humana do consumidor na medida em que passou a considera-lo sujeito de direito, titular de direitos constitucionalmente protegidos”, nem sempre esteve (e ainda não está) em um nível de tamanha importância.

Tal fato só foi percebido com as revoluções industriais, que proporcionaram a produção e contratação em massa, em especial, por meio de contratos de adesão, no qual uma das partes, normalmente, sobrepõe-se a outra, seja pela falta de conhecimento técnico acerca do produto ou do serviço; ou seja pelo fato do fornecedor atuar em monopólio, deixando o consumidor em condição de inferioridade (sem opção).

O movimento de proteção dos consumidores daquela época foi incorporado ao ordenamento brasileiro, cuja tutela deveria ser alçada por política pública e procedimentos especiais adotados pelo Estado, observando o disposto no o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB<sup>8</sup>, que determinar ao Estado promover, “na forma da lei, a defesa do consumidor [essa tutela].”

Em complemento à determinação constitucional, o art. 1º, da Lei nº 8078/1990<sup>9</sup>, que é conhecida como Código de Defesa do Consumidor - CDC, veio estabelecendo as “[...] normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social [...]”.

O sistema consumerista, que inclui as políticas públicas e o microsistema normativo-protetivo, com o intuito de promover o equilíbrio, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor dentro das relações de consumo, de tal maneira que prioriza a defesa dos seus direitos por meio

---

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 97.

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 set. 2021.

de tutela e diretrizes específicas, com cláusulas abertas para dar margem ao julgador de interpretá-las e aplicá-las em casos concretos levados ao Poder Judiciário.

Em regra, para que o sistema consumerista seja efetivamente aplicado, faz-se necessário estar diante de uma relação jurídica de consumo, do contrário, a sua aplicação em situações que não são de consumo trará o desequilíbrio à uma relação jurídica que, em tese, já era equilibrada.

Veja que, embora o Código de Defesa do Consumidor adote a Teoria Finalista para ajustar que a vulnerabilidade abrange tão somente os consumidores, pessoa física ou jurídica, destinatários finais do produto ou do serviço (encerrando-se o ciclo econômico), a doutrina e a jurisprudência trazem hipóteses de mitigação daquela teoria.

Em outras palavras, a doutrina, como Cláudia Lima Marques<sup>10</sup>, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como a Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1.985.499/RS<sup>11</sup>, buscam ampliar as proteções conferidas pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC (e pelas demais regras contidas dentro desse microsistema normativo) à outras relações de consumo que enfraquecem os direitos dos sujeitos, e que venham a produzir, como consequência, o desequilíbrio negocial.

Por exemplo, a costureira que compra uma máquina de costurar para suprir sua própria subsistência não estaria, pela Teoria Finalista, enquadrada no conceito de consumidora, em razão de costurar para “fora”, sendo a máquina utilizada como insumo para implementar sua atividade de costureira, será considerada, excepcionalmente, pela doutrina e jurisprudência, consumidora, pois é destinatária final fática e, ainda que não venha a ser destinatária final econômica, se, demonstrada a sua vulnerabilidade, preencherá a condição da desproporcionalidade entre aquele que quer ser visto como consumidor e o fornecedor.

Esse entendimento foi, recentemente, ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup> no AgInt no AREsp nº 1.474.264/RJ, julgado no dia 19/10/2021, conforme a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESCISÃO CONTRATUAL POR INICIATIVA DOS COMPRADORES. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO CDC. [...] EM CONSONÂNCIA COM

<sup>10</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo R. *Manual De Direito Do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 97.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1985499/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=TEORIA+FINALISTA+CONSUMIDOR&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=TEORIA+FINALISTA+CONSUMIDOR&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO)>. Acesso em: 31 mai. 2022.

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1474264/RJ*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. [...] 4. Segundo a jurisprudência do STJ, “o adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário final do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista com base na teoria finalista mitigada se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo evidente a sua vulnerabilidade. Em outras palavras, o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional (figura do consumidor investidor)” (REsp n. 1.785.802/SP, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/2/2019, Dje 6/3/2019), o que foi observado pela Corte local. 5. Inadmissível o recurso especial quando o entendimento adotado pelo Tribunal de origem coincide com a jurisprudência do STJ (Súmula n. 83/STJ). [...] 7. Agravo interno a que se nega provimento.

Apesar da existência de políticas públicas e de um microssistema normativo-protetivo, reforça-se a ideia de que ainda falta um caminho longo a ser percorrido até ser possível garantir, de forma plena, os direitos (fundamentais) do consumidor.

Observe que não se trata apenas de aplicar sanções aqueles que violam, de alguma maneira, as normas protetivas do consumidor, mas também a necessidade de o Estado, ao mesmo tempo em que institui um comportamento transparente e ético dos fornecedores no mercado, informar aos consumidores os seus direitos.

A prevenção contra condutas lesivas, seja pela imposição de condutas transparentes e éticas aos fornecedores, ou pela informação dada aos consumidores sobre seus direitos, é capaz de promover um equilíbrio nas relações consumeristas além de possibilitar partes (consumidores, fornecedores e/ou terceiros envolvidos) uma atuação exigente e eficaz no cumprimento dos deveres pelo Estado.

Resguarda Thamires Cascello e Matheus Silveira<sup>13</sup> que “[...] a vida, a saúde e a segurança do consumidor contra riscos decorrentes do fornecimento de bens e de serviços perigosos ou nocivos [...]” é tão importante quanto preservar “[...] os interesses econômicos, assegurando uma compra justa e adequada [...]”.

Ou seja, os referidos autores<sup>14</sup> sustentam que “[...] dessa maneira, o Estado deve apoiar e incentivar a livre iniciativa na busca de lucros e também deve proteger o cidadão.”

Salienta-se que, nessa proteção ao cidadão, o estímulo a desjudicialização de problemas relacionados às relações consumeristas por meio de instrumentos e formas alternativas para a solução de conflitos deveriam ser condicionantes a elaboração de políticas públicas.

---

<sup>13</sup> CASCELLO, Thamires; SILVEIRA, Matheus. *Defesa do consumidor: um direito fundamental do cidadão*, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/artigo-5/defesa-do-consumidor/>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

<sup>14</sup> Ibid.

### 3. O DESAFIO DAS MEDIDAS REDUTORAS DE DEMANDAS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Como visto, as políticas públicas tem importante papel de programar e desenvolver medidas com o propósito de promover a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais do consumidor, em especial, a sua proteção.

Por isso, a função desempenhada pelo Estado passou por muitas transformações até abarcar o bem-estar da sociedade, mormente quando ofereceu instrumentos para ampliar as possibilidades de desjudicialização de modo a reduzir as excessivas demandas judiciais.

É sabido que a tomada de decisão do consumidor resulta de várias etapas e diferentes fatores, entre os quais estão incluídas as possíveis medidas de soluções, que estão disponíveis no mercado em caso de eventuais problemas advindos da relação consumerista.

Não há dúvidas de que o conflito faz parte da sociedade, eis que fruto da interação humana. Todavia, ao longo do tempo, aos “métodos autocompositivos” parecerem como uma das opções de soluções disponíveis no mercado consumerista, que, ao incentivar as partes envolvidas a chegarem à uma solução do conflito por meio de diálogos e de consensos, evita, em sua maioria, “[...] o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se porventura ele já [existir].”<sup>15</sup>

Para essa autocomposição, “[...] o mediador sugere, interfere, aconselha, [...] [resolvendo] o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo em profundidade.”<sup>16</sup> Note que a autocomposição não traz em seu bojo o conceito de justo, mas as partes saem com a sensação de que suas necessidades reais foram atendidas, proporcionando-lhes satisfação, felicidade e priorizando desgastes mínimo dos envolvidos.

Contudo, a autocomposição - como medida redutora de demandas judiciais - só é possível quando o consumidor alcança um certo patamar, ainda que mínimo, de conscientização sobre os seus direitos e, por outro lado, ocorra uma mudança comportamental do fornecedor. Para isso, surgiu o Código de Defesa do Consumidor – CDC, que veio com o intuito de conscientizar sobre as obrigações e direitos que as partes devem ou deveriam, na prática, conservar na relação consumerista.

---

<sup>15</sup> SPENGLER apud EIDT, Elisa Berton. *Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação*: da jurisdição a novas formas de composição, 30 de junho de 2017. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4211/Elisa%20Berton%20Eidt.pdf?squence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>16</sup> Ibid.



Nesse sentido, o artigo 4º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor - CDC<sup>17</sup> dispõe que:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC, observando o texto constitucional, trouxe normas e princípios, pelos quais visa não só garantir, mas também efetivar os direitos dos consumidores.

Adotando o espírito conciliatório, o Código de Processo Civil – CPC<sup>18</sup> dispõe, em seu artigo 3º, parágrafo 3º, que:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 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.

Assim, embora a cultura do diálogo seja um caminho utilizado ou, ao menos, buscado pela sociedade atual a fim de reduzir demandas judiciais, há um constante desrespeito (sobretudo por fornecedores inconformados com essa proteção) à sistemática jurídica consumerista, que, muitas vezes, é considerado normal ou fruto do cotidiano, inviabilizando quaisquer dos métodos autocompositivos.

Em razão dessas violações, cujos conflitos desencadeados não sejam possíveis a utilização dos métodos autocompositivos, o pedido de tutela jurisdicional se torna como uma última via de esperança ao consumidor.

Percebe-se que, nesses casos, o consumidor, mesmo conhecendo seus direitos e possuindo normas a seu favor, não é capaz de, sozinho, evitar uma demanda judicial em razão de sofrer uma desumanização massiva, que atravanca a transferência da resolução do conflito da via judicial para a via extrajudicial.

Por causa disso, a desjudicialização deve ser usada em favor do consumidor e não uma imposição para legitimar sua demanda judicial, pois os métodos autocompositivos só podem

---

<sup>17</sup> BRASIL. op. cit., nota 09.

<sup>18</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

ser valorizados e, conseqüentemente, utilizados quando existir, de um lado, o reconhecimento por parte dos fornecedores de um prejuízo causado aos consumidores e, por outro lado, a disposição dos consumidores em aceitar a solução oferta para resolução do seu conflito.

Não havendo possibilidade de resolver o conflito pelos métodos autocompositivos, o acesso ao Poder Judiciário é uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB<sup>19</sup>, conforme transcrito abaixo.

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.

Nesse sentido, tem-se o informativo nº 704, de 16 de agosto de 2021<sup>20</sup>, baseado na decisão do REsp nº 1.789.863/MS, pelo qual, por maioria, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ fixou o seguinte entendimento:

Entende-se, todavia, que casos como o presente reclamam solução distinta, mais condizente com as expectativas da sociedade hodierna, voltadas à mínima intervenção estatal no mercado e nas relações particulares, com foco na desjudicialização, simplificação de formas e ritos e, portanto, na primazia da autonomia privada. Note-se que a mudança de entendimento que se pretende não encerra posicionamento *contra legem*. [...] pelo contrário, admite expressamente o desfazimento [do negócio jurídico] de modo extrajudicial, [...]

O mesmo julgado foi utilizado na Edição Especial nº 3, de 31 de janeiro de 2022<sup>21</sup>, para acrescentar ao tema do Direito Privado, que:

[...] Frise-se que impor à parte prejudicada o ajuizamento de demanda judicial para obter a resolução do contrato quando esse estabelece em seu favor a garantia de cláusula resolutória expressa, é impingir-lhe ônus demasiado e obrigação contrária ao texto expresso da lei, desprestigiando o princípio da autonomia da vontade, da não intervenção do Estado nas relações negociais, criando obrigação que refoge à verdadeira intenção legislativa.

De acordo com o professor Sérgio Cavalieri Filho<sup>22</sup>, a criação do Direito:

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 08.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.789.863/MS*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=DESJUDICIALIZA%C7%3O&livre=@docn&operador=e&b=INFJ&tp=T>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade, *Revista da EMERJ nº 18*, v.5, 2002. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista18/revista18\\_58.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

[...] A criação do Direito não é obra exclusiva do legislador [...] mas também [...] de todos os operadores do direito. [...] Mário Moacyr Porto já dizia que a lei não esgota o direito assim como a partitura não esgota a música. A boa ou má execução da música dependerá da virtuosidade do intérprete. O mesmo ocorre no mundo jurídico; não basta conhecer bem a lei para fazer justa aplicação do direito porque a justiça nem sempre estará na lei [...] ao passo que o bom operador é capaz de dar boa aplicação até a uma lei ruim [...]

Então, é possível dizer que o maior desafio da aplicação de medidas para reduzir demandas judiciais seja justamente incorporar um certo patamar de conscientização para, em consequência, desembutir a cultura da judicialização de quaisquer naturezas de conflitos, bem como as partes manifestarem intenções válidas na participação em uma composição voluntária.

Esse certo patamar de conscientização deve ser facilitado por políticas públicas, pela oferta e pela divulgação devida e adequada das medidas alternativas, sem ignorar a proteção e a eventual reparação de danos suportados, principalmente, pelos consumidores, que é reconhecidamente mais vulnerável na relação de consumo.

Enquanto a estrutura da cultura da pacificação não for implementada adequadamente, pouco adiantarão as políticas públicas e as medidas alternativas para a composição de conflitos de modo a produzir uma redução nas demandas judiciais “desenfreadas” e desnecessárias.

## CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar o desafio enfrentado pelas medidas (extrajudiciais) na tentativa de reduzir demandas judiciais.

Buscou-se, a partir das observações da doutrina e da jurisprudência, notabilizar que ainda há relevantes pontos de discussões entre a sociedade e o Estado. Verificou-se que o Estado tem importante papel de programar e desenvolver medidas, por meio de políticas públicas, com o propósito de promover a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais do consumidor.

Nota-se que as políticas públicas ampliaram as possibilidades de desjudicialização como forma de reduzir as excessivas demandas judiciais. Todavia, o mercado consumerista, onde está o consumidor, o fornecedor e os intermediários, não está familiarizado e receptivo aos incentivos para uma solução do conflito, utilizando diálogos e consensos.

Assim, se de um lado, faz-se necessários maiores esclarecimentos sobre as medidas redutoras de demandas judiciais; de outro lado, algumas soluções sobre violações aos direitos



dos consumidores não são possíveis de serem alcançadas por métodos autocompositivos, motivo pelo qual o pedido de tutela jurisdicional se torna inevitável.

Da conjugação das fontes de conhecimento apresentadas, restou pacificado o entendimento de que os instrumentos e procedimentos autocompositivos não impede e nem são condições para o ajuizamento de demandas judiciais, mas tão somente outros caminhos que podem ser percorridos pelas partes envolvidas.

O tratamento dispensado ao tema explorou três cenários, o primeiro que contextualiza a problemática ao longo do tempo, o segundo que demonstra a relação do Estado com o mercado consumerista e o terceiro que traz a problemática e aponta algumas maneiras de solucioná-la.

Conclui-se, portanto, que, embora o estudo e a compreensão do tema sejam muito mais complexos, a pesquisa propõe contribuir com o efetivo equilíbrio no mercado consumerista, não só transmitindo a importância de haver decisões estatais e sociais a fim de direcionar os comportamentos para uma mesma solução quando houver situações semelhantes, perpassando pela devida divulgação dos direitos até a produção de resultados socialmente aceitáveis e democrático, mas também, conferindo, às partes envolvidas, segurança jurídica com base em uma ordem jurídica acessível e justa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1474264/RJ*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.789.863/MS*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=DESJU DICALIZA%C7%C3O&livre=@docn&operador=e&b=INFJ&tp=T](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=DESJU%20DICALIZA%C7%C3O&livre=@docn&operador=e&b=INFJ&tp=T)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1985499/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=TEORIA+FINALISTA+CONSUMIDOR&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=TEORIA+FINALISTA+CONSUMIDOR&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO). Acesso em: 31 mai. 2022.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo R. *Manual De Direito Do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

CASCELLO, Thamires; SILVEIRA, Matheus. *Defesa do consumidor: um direito fundamental do cidadão*, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/defesa-do-consumidor/>. Acesso em: 19 dez. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade, *Revista da EMERJ nº 18*, v.5, 2002. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista18/revista18\\_58.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

EIDT, Elisa Berton. *Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação: da jurisdição a novas formas de composição*, 30 de junho de 2017. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4211/Elisa%20Berton%20Eidt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 mar. 2022.

HARADA, Kiyoshi. *O princípio da felicidade*, 18 de maio de 2015. Disponível em: <https://haradaadvogados.com.br/o-principio-da-felicidade/>. Acesso em: 02 out. 2021.

RIBEIRO, João Ronaldo. *Reflexões sobre o direito à busca da felicidade no ordenamento jurídico pátrio*, 1º de novembro de 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/reflexoes-sobre-o-direito-a-busca-da-felicidade-no-ordenamento-juridico-patrio/>. Acesso em: 03 out. 2021.

SIMÃO, Lucas Pinto. *Fundamentos constitucionais do direito do consumidor*, 1º de junho de 2016. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/fundamentos-constitucionais-do-direito-do-consumido r/#\\_ftn1](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/fundamentos-constitucionais-do-direito-do-consumido r/#_ftn1). Acesso em: 14 set. 2021.

WHOW!, Redação. *Quais serão as tendências de consumo pós pandemia?*, 11 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.whow.com.br/vendas/quais-serao-as-tendencias-de-consumo-pos-pandemia/>. Acesso em: 04 out. 2021.

## ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E ALTERAÇÃO DE MULTAS VENCIDAS EM EXECUÇÃO CÍVEL

Emanuel Fernando Moreno Batista Santiago de Menezes

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

**Resumo** – A astreinte, também conhecida como multa cominatória, é o instituto previsto no art. 536 do Código de Processo Civil Brasileiro que institui a coação financeira para concretizar o cumprimento de obrigação promovida pelo juízo da causa, seja no processo de conhecimento ou em fase de execução. Ainda, segundo leciona o art. 537, §1º, do mesmo diploma legal, a multa vincenda pode ser modificada de ofício ou a requerimento das partes para torná-la mais efetiva ou adequada ao cumprimento da obrigação. Contudo, no julgamento dos embargos de divergência em agravo em recurso especial nº 650.536/RJ, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de alteração da multa vencida, com base na vedação ao enriquecimento sem causa. No presente trabalho, visa-se o estudo dos fundamentos que sustentaram o posicionamento do referido Tribunal, com a finalidade de questionar a legalidade e validade de seus argumentos. Para tanto, é feita uma análise detalhada das orientações doutrinárias e jurisprudência dos Tribunais Superiores a respeito da multa.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito Processual Civil. Execução cível. Multa cominatória. Enriquecimento sem causa. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

**Sumário** – Introdução. 1. Astreintes: Conceito, natureza jurídica e previsão legal. 2. O valor das astreintes: Os critérios de fixação do valor da multa e a controvérsia acerca do enriquecimento sem causa. 3. Os riscos do entendimento jurisprudencial à efetividade da tutela jurisdicional. Conclusão. Referências.

### 1. A RELEVÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO E DA NATUREZA JURÍDICA DAS ASTREINTES

A palavra “astreinte” deriva do termo italiano “*stringere*”, que significa apertar ou segurar<sup>1</sup>. Esse termo, por sua vez, encontra sua origem etimológica na expressão em latim “*ad stringere*”, que guarda o mesmo significado.

Neste sentido, um dos maiores processualistas da escola italiana, Giuseppe Chiovenda<sup>2</sup>, relaciona o conceito etimológico com o instituto jurídico em questão: “dizem-se meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com participação do obrigado e, pois, se destinam a influir sobre a

<sup>1</sup> DICTIONARY. *Astreinte* In: “stringere”. Disponível em: <<https://mobile-dictionary.reverso.net/pt/italiano-portugues/stringere>>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>2</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Civil Processual*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 349-350.

vontade do obrigado que se determine a prestar o que deve. Tais são: as multas; o arresto pessoal; os sequestros com função coercitiva.”.

Em 1946, no Brasil, Enrico Tullio Liebman<sup>3</sup> conceitua astreintes como:

a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer, pela ameaça de uma pena susceptível de aumentar indefinidamente.

Algumas décadas depois, em 1998, Marcelo Lima Guerra<sup>4</sup> define o instituto da seguinte forma: “a astreinte é, na verdade, uma condenação acessória porque destinada a assegurar o cumprimento específico de outra condenação, dita principal”.

Por fim, torna-se importante trazer a definição moderna de Rafael Caselli Pereira<sup>5</sup>:

após analisar inúmeros conceitos acerca do instituto das astreintes, podemos conceituá-la como sendo a medida coercitiva protagonista do CPC/2015, de caráter acessório e com finalidade de assegurar a efetividade da tutela específica, na medida em que munícia o magistrado, com um meio executivo idôneo a atuar sobre a vontade psicológica do devedor, em detrimento do direito do credor e da autoridade do próprio Poder Judiciário. Sua incidência pode-se dar por qualquer medida de tempo (ano, mês, quinzena, semana, dia, hora, minuto, segundo) ou por quantidade de eventos em que a medida restou descumprida, dependendo da finalidade e do objeto a ser tutelado, sendo devida desde o dia em que se configurar o descumprimento e incidirá enquanto a decisão não for cumprida.

Esse conceito torna-se extremamente pertinente porque aborda de maneira detalhada os pontos centrais das definições de Liebman e Marcelo Lima Guerra, ou seja, retrata as astreintes como um meio de tutelar o direito do credor de forma intimidatória através de uma obrigação acessória e independente da condenação principal.

Outro ponto vital para o entendimento das astreintes é o seu caráter patrimonial. Nesse, é determinado que a tutela deve incidir cumulativamente sobre o patrimônio do inadimplente, não podendo ser exercida através de uma obrigação de fazer.

Diante das características trazidas à baila, conclui-se que a natureza jurídica das astreintes é medida executiva indireta, que se fundamenta no seu caráter coercitivo, acessório e patrimonial.

A coercitividade das astreintes é explicada pelo poder de *imperium* do juiz, ou seja, a força inerente à atividade jurisdicional. Através dela, é possível atuar de forma intimidatória

<sup>3</sup> LIEBMAN, Enrico. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica: 1946, p. 337.

<sup>4</sup> GUERRA, Marcelo. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 115.

<sup>5</sup> PEREIRA, Rafael. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015*. 3. ed. Rio Grande do Sul: Livro do Advogado, 2021, p. 41

para realizar a pressão psicológica incidente, que resulta no cumprimento da condenação pelo réu.

Por conta dessa qualidade, as astreintes não são limitadas pelas partes e podem ser determinadas de ofício pelo juiz, conforme se depreende da literalidade do art. 537 do CPC<sup>6</sup>.

Em seguida, o caráter acessório diz respeito à posição das astreintes na relação processual. Nota-se, assim, que ela decorre do descumprimento de uma obrigação principal, mas não se confunde com ela.

Por isso, o valor fixado na tutela não guarda relação direta com o arbitrado pela condenação principal, devendo observar também as qualidades subjetivas do réu. Diante disso, esclarece Rafael Caselli Pereira<sup>7</sup>:

No momento de sua fixação, deve-se conceder tempo razoável para o cumprimento (o que deverá ser analisado a partir da complexidade do caso concreto, através das regras de experiência comum), devendo o valor ser suficiente e compatível com a obrigação, levando-se em conta a capacidade financeira do ofensor, bem como a gravidade da consequência, em caso de descumprimento.

Nesse sentido, o STJ<sup>8</sup> aponta a independência dos valores fixados em astreintes em relação ao fixado em condenação principal:

A Terceira Turma é uníssona no sentido de que a razoabilidade e a proporcionalidade das astreintes deve ser verificada no momento em que fixadas, levando em conta o seu valor inicial, e não em relação ao valor da obrigação principal ou do montante consolidado pela desobediência do devedor. Precedentes.

Esse entendimento referente ao arbitramento da astreinte é largamente adotado pela doutrina, sendo, inclusive, critério que diferencia o referido instituto de cláusula penal, segundo aponta Fernando Noronha<sup>9</sup>:

a multa cominatória ou astreinte, não deve ser confundida com cláusula penal, já que a primeira é estabelecida pelo juiz para a hipótese de o devedor se recusar a cumprir a decisão judicial e, em princípio, não está sujeita a limites. Já a cláusula penal, é fixada pelas partes em negócio jurídico, sendo exigível quando ocorrer inadimplemento imputável ao devedor, desde que não exceda os valores permitidos em lei.

<sup>6</sup> “Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito”. BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>7</sup> PEREIRA, op. cit., 2021, p. 41.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AResp N° 1.922.668 - SP (2021/0191011-4)*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=135106834&num\\_registro=202101910114&data=20210914](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=135106834&num_registro=202101910114&data=20210914)>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>9</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169.

Esta mesma questão é sustentada por Luiz Guilherme Marinoni<sup>10</sup>: “a multa coercitiva em nada se assemelha ou guarda ligação com o valor da prestação principal inadimplida ou, até mesmo, com perdas e danos.”

Contudo, este posicionamento não é pacífico, uma vez que a 2ª Turma do referido colegiado, através do julgamento do AgRg no Resp. 1415647/SP<sup>11</sup>, em 18/12/2014, adotou como critério para redução das astreintes o valor principal da obrigação, entendimento que será questionado ao longo da presente pesquisa.

Por fim, a patrimonialidade está relacionada à incidência das astreintes, ou seja, a intimidação para sobre a possibilidade de decréscimo patrimonial do réu.

Desse conceito, extraem-se três formas de aplicação da multa coercitiva a depender de como recaem sobre o patrimônio: fixa, periódica ou progressiva. Neste sentido, leciona Rafael Caselli Pereira<sup>12</sup>:

A multa coercitiva pode ser fixa, periódica ou progressiva. Multa fixa é aquela consubstanciada em um valor único, para o caso de descumprimento da ordem. A multa periódica corresponde a um dado valor por unidade de tempo em que perdurar o descumprimento do comando judicial. A multa periódica pode ser diária, por minutos, segundos ou por outro espaço de tempo, que se afigurar adequado para coação do demandado no caso concreto. A multa progressiva é aquela cujo valor aumenta progressivamente, na medida em que a parte resiste ao cumprimento da ordem. O art. 536, CPC, ao autorizar o emprego de qualquer “medida necessária”, autoriza a aplicação da multa fixa, periódica ou progressiva.

No que concerne a previsão legal da astreinte no CPC/2015, destacam-se os seguintes artigos: art. 311, III; art. 380, parágrafo único; art. 403, parágrafo único; art. 500 caput, art. 536, §1º; art. 537 caput, art. 806, §1º; art. 814 caput<sup>13</sup>.

Muito embora cada dispositivo citado seja muito relevante para a compreensão do instituto, o presente artigo estabelece um recorte epistemológico para que, com isso, possa ser feita uma análise do objeto de estudo. Para tanto, é dada especial atenção ao art. 537 CPC<sup>14</sup>.

Nesse dispositivo, é dada a prerrogativa ao juiz da causa de aplicar a multa cominatória durante a fase de conhecimento em tutela provisória ou na sentença e/ou na fase de execução, independentemente do requerimento da parte, conforme já observado anteriormente. Ainda, o

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. Arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 190.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp 1415647/SP*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1377594&num\\_registro=201303588057&data=20150204&peticao\\_numero=201400451280&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1377594&num_registro=201303588057&data=20150204&peticao_numero=201400451280&formato=PDF)>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>12</sup> PEREIRA, op. cit., 2021, p. 53.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 6

<sup>14</sup> Ibid.



primeiro parágrafo do artigo supracitado<sup>15</sup> determina a possibilidade de o juízo modificar ou excluir, de ofício ou a requerimento da parte, a multa vincenda que se demonstre “insuficiente ou excessiva; que o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.”.

Em contraponto, destaca-se o art. 461, §6º, CPC/73<sup>16</sup>, no qual é oportunizado ao juízo, de ofício, modificar o valor ou periodicidade da astreinte, caso se torne insuficiente ou excessiva. Assim, percebe-se que neste dispositivo não há distinção entre astreinte vincenda ou vencida.

Diante do exposto, observa-se a cristalina intenção do legislador em limitar a possibilidade de alteração da multa cominatória para aquelas somente vincendas, conforme denota-se pela literalidade do código atual, em contraste ao dispositivo correspondente da lei revogada.

## 2. O VALOR DAS ASTREINTES: OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO VALOR DA MULTA E A CONTROVÉRSIA ACERCA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O valor das astreintes arbitrado pelo juiz não é dotado de critérios objetivos trazidos em lei. Assim, é tarefa do julgador realizar uma análise casuística que, na forma do art. 537, CPC<sup>17</sup>, seja compatível com a obrigação.

Em artigo, Caio Rogério da Costa Brandão<sup>18</sup>, questiona a adoção, por alguns juízos brasileiros, de uma espécie de “tabelamento”, através do qual é feita uma correspondência entre o valor da ação e das astreintes. Tal crítica merece razão, uma vez que esse tabelamento esvazia as qualidades de coercitividade, acessoriedade e patrimonialidade, que são inerentes ao instituto e o proporcionam efetividade.

Dito de outra forma, a simplificação do instituto, através da adoção de critérios gerais, não é suficiente para proporcionar aos julgadores uma análise assertiva sobre o valor que deve ser adotado em multa cominatória.

---

<sup>15</sup> “§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento”. BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>16</sup> “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 6º o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2022.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>18</sup> BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. A integralidade das astreintes e o estado de direito. *Juris plenum*, v. 10, n. 57, p. 89-98, maior 2014.

Para sanar essa questão, o STJ<sup>19</sup> propõe a utilização de certos critérios para aferição do valor das astreintes da seguinte forma:

- (i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; (ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); (iii) capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor; (iv) possibilidade de adoção de outros meios coercitivos pelo magistrado e (v) dever das partes de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate the loss)

Logo, demonstra-se que é importante que o valor da multa cominatória seja compatível, não só com o objeto principal, mas, com as partes envolvidas, de forma a convencer aquele que paga de que o adimplemento da obrigação seja a melhor solução para ele, o que somente é possível através da análise do patrimônio desse devedor.

Caso o valor adotado seja muito abaixo do necessário, a parte, que deve cumprir a obrigação, não verá necessidade de fazê-la da forma mais célere possível, já que o pagamento não proporciona ameaça ao inadimplente. Neste cenário, estimula-se o esvaziamento do aspecto coercitivo da astreinte, uma vez que, dependendo do caso, não passará de um pequeno empecilho. Com isso, o judiciário acaba formando uma atmosfera que incentiva a falta de cooperação entre as partes para a prestação jurisdicional justa e efetiva.

Diante dessa situação, é possível, segundo os artigos 80, III, e 81, ambos do CPC<sup>20</sup>, que seja feita uma cumulação da multa cominatória com a litigância de má-fé frente à indisposição da parte que, voluntariamente, não cumpre a obrigação e pratica ato atentatório à dignidade da Justiça, na forma do artigo 77, §2º, CPC<sup>21</sup>.

Sobre isso, sustenta Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>22</sup>: “(...) descumprida de forma injustificada a ordem do juiz, o executado incidirá nas penas de litigância de má-fé (sanção processual) e pode ser responsabilizado pelo crime de desobediência (sanção penal).”

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.657.149/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=111547387&registro\\_numero=202000236518&peticao\\_numero=202000210962&publicacao\\_data=20200630&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=111547387&registro_numero=202000236518&peticao_numero=202000210962&publicacao_data=20200630&formato=PDF)>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>20</sup> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (...) III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>21</sup> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: (...) § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. Ibid.

<sup>22</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 947.





Ainda, caso perceba que a multa cominatória não está cumprindo seu papel como instrumento de execução, o juízo poderá, de ofício, aumentar o valor anteriormente cominado, na forma do art. 537, § único, CPC<sup>23</sup>, para que, com isso, a multa possa exercer sua função coercitiva como instrumento da tutela executiva.

Em outra perspectiva, caso o valor seja tão alto que se torne desproporcional, o resultado desejado pelo judiciário não será efetivo, uma vez que a entrega da prestação não comportará a garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 4º do CPC<sup>24</sup>, e da cooperação entre as partes, prevista no artigo 6º do mesmo diploma legal<sup>25</sup>. Tal hipótese iria de encontro ao princípio da proporcionalidade, uma vez que estaria incumbindo à parte encarregada de pagar a astreinte um ônus muito maior do que se espera dela ou do valor da ação.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni<sup>26</sup> aponta a importância da proporcionalidade e razoabilidade:

A aplicação do direito depende de um processo interpretativo lógico-argumentativo racionalmente estruturado. Por essa razão, não só a proporcionalidade e a razoabilidade devem ser observadas na aplicação do direito, mas também a coerência (art. 926, CPC), a concordância prática e a ponderação (art. 489, §2º, CPC). Aplicação proporcional de normas jurídicas significa aplicação em que os meios são necessários, adequados e proporcionais, em sentido estrito.

Diante desta questão, a parte coagida ao cumprimento de astreinte desproporcional poderá, pela literalidade do art. 537, §1º, CPC<sup>27</sup>, requerer a modificação do valor referente às multas vincendas. Tal disposição é fundamental, pois garante o contraditório, ou seja, a capacidade de participar nas decisões do juízo.

Em sua obra, Rafael Caselli Pereira<sup>28</sup> é firme no sentido de que, no recurso interposto, aquele que está questionando o valor da astreinte não pode sugerir parâmetros ao magistrado, já que o objeto da multa não se trata de um bem jurídico em si mesmo, perseguido pelo autor, mas de uma ferramenta para dar efetividade ao seu direito. Contudo, a sugestão de parâmetros não é vedada pelo Código de Processo Civil ou vincula o magistrado de qualquer forma. Sendo

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>24</sup> Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Ibid.

<sup>25</sup> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Ibid.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106

<sup>27</sup> “Art. 537. (...) § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>28</sup> PEREIRA, op. cit., 2021, p. 259.

assim, em proveito ao contraditório e da efetividade processual, é vital que seja oportunizada às partes a chance de, junto ao juízo, apontar quais seriam os critérios justos e efetivos para a fixação do valor da astreinte.

Superada a questão do arbitramento da astreinte, quando o juízo a fixa em patamar suficientemente alto para servir aos seus propósitos, torna-se possível a alegação, após o acúmulo significativo de prestações, de que a multa cominatória está servindo como um instrumento de enriquecimento ilícito.

Tal raciocínio, com base no artigo 884, CC<sup>29</sup>, sugere que o fato da astreinte ter alcançado patamares muito elevados - até mesmo maiores do que o próprio valor da causa - enriqueceria a outra parte sem justo título, já que se trata de obrigação acessória.

Contudo, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira<sup>30</sup>, para que o enriquecimento sem causa se configure, devem estar presentes os seguintes requisitos:

O empobrecimento de um e correlativo enriquecimento do outro; ausência de culpa do empobrecido; ausência de culpa do empobrecido; ausência do interesse pessoal do empobrecido; ausência de culpa do empobrecido; ausência do interesse pessoal do empobrecido; ausência da causa; subsidiariedade da ação de locupletamento, isto é, ausência de outra ação pela qual o empobrecido possa obter o resultado pretendido

Pelo exposto, depreende-se que a ausência de culpa do empobrecido, bem como a ausência de causa são pressupostos essenciais para configurar o enriquecimento ilícito. Logo, a crítica que deve prevalecer é que o inadimplente, na verdade, deu causa ao valor total da multa cominatória, uma vez que, deliberadamente, não cumpriu decisão judicial da qual lhe foi oportunizado o contraditório.

Neste sentido, Alexandre Freitas Câmara<sup>31</sup> faz o seguinte apontamento:

O enriquecimento do credor que, eventualmente, ocorra não é *sem causa*. Trata-se de *enriquecimento com causa*. Afinal, o enriquecimento do credor, aqui, é causado pela demora do devedor em efetivar o comando, contido na sentença judicial. O enriquecimento, então, é consequência de uma previsão, contida em um provimento judicial. Há, assim, um meio válido, um adequado título jurídico, que fundamenta o enriquecimento. Inadmissível, portanto, que se lhe considere ilícito.

Desta forma, firma-se o entendimento de que o enriquecimento sem causa não pode ser reduzido a uma forma de suavizar a cominação dos valores decorrentes de astreinte, fixada por

<sup>29</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 205.

<sup>31</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor das astreintes e efetividade do processo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1569.

parâmetros proporcionais, sob pena de legitimar o inadimplemento que afeta a celeridade e efetividade do processo, bem como invalidar o caráter coercitivo da astreinte.

### 3. OS RISCOS DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

A jurisprudência acerca do artigo 537, CPC<sup>32</sup>, coloca em pauta muitos entendimentos polêmicos adotados pelo STJ, sobretudo no tocante à alteração do valor arbitrado por juízo referente à multa cominatória.

Para abordar esse tema com precisão, é preciso analisar, primeiramente, o tema 706, STJ, firmado em julgamento do REsp 1.333.988/SP<sup>33</sup>, julgado em 2019. Nele, é fixado o entendimento de que a decisão que comina as astreintes não preclui, ou seja, não faz coisa julgada material, o que possibilita que o valor arbitrado possa ser revisto, caso se torne insuficiente ou excessivo. Entretanto, antes mesmo da elaboração do referido tema, esta posição já era adotada pelo STJ, como se observa no REsp 1.085.633/PR<sup>34</sup>, julgado em 2010: “a multa prevista no art. 461 do Código de Processo Civil<sup>35</sup> não faz coisa julgada material e pode ser revista a qualquer tempo, quando se modificar a situação em que foi cominada”

Esse entendimento coaduna perfeitamente com o artigo 537, §1º, CPC<sup>36</sup>, uma vez que vislumbra a possibilidade de revisão do valor de ofício pelo juízo ou a requerimento das partes. Dito de outra forma, ilustra Misael Montenegro Filho<sup>37</sup>:

A multa não se submete ao trânsito em julgado que imunizou os efeitos da sentença ou à preclusão que acoberta o pronunciamento interlocutório que a fixou; e pode ser alterada, de ofício e a qualquer tempo, devendo o magistrado fundamentar o pronunciamento que determina a elevação ou a redução do valor da multa, demonstrando que a fixação anterior não surtiu o efeito desejado, dizendo respeito ao estímulo ao adimplemento da obrigação específica.

---

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.333.988/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=706&tt=T.>](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=706&tt=T.>). Acesso em: 14 mar. 22.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.085.633/PR*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <[>](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801930686&dt_publicacao=17/12/2010). Acesso em: 14 mar. 22.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>36</sup> BRASIL, op.cit., nota 6.

<sup>37</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 494.



Com base nessa tese, a Quarta Turma do STJ, nos embargos de divergência em agravo em recurso especial nº 650.536/RJ<sup>38</sup> fixou entendimento, previsto no Informativo nº 691, que, segundo o princípio da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, seria possível a alteração de ofício pelo juízo de valores cominados em astreintes já vencidas.

Primeiramente, cabe esclarecer que o princípio da proporcionalidade e a vedação ao enriquecimento sem causa já eram justificativas largamente aceitas pelo referido Tribunal para manutenção da astreinte, conforme se depreende do seguinte julgado<sup>39</sup>:

O valor da multa diária deve ser fixado com a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O escopo da astreintes do artigo 461, § 4º do CPC é compelir a parte ao cumprimento da ordem judicial, de modo a dar maior efetividade ao processo e à vontade do Estado.

Em atendimento ao princípio da proporcionalidade e para se evitar o enriquecimento ilícito, é possível a redução do valor da multa cominatória sem que se incorra em violação à coisa julgada, podendo ser alterada, inclusive, na fase de execução.

Entretanto, a sustentação acerca da vedação ao enriquecimento sem causa, não merece razão, conforme já lecionado, uma vez que não se trata de locupletamento sem justo título. Dito isso, nas palavras de Rafael Caselli<sup>40</sup>:

A nosso ver, o *quantum* alcançado pela multa é consequência da atitude recalcitrante e omissa do obrigado, que deixa de cumprir o preceito fixado, o que, da mesma forma, afasta a ausência de *causa* para redução do valor, sob pena da perda da eficácia do instituto coercitivo.

Por outro lado, ainda que a tese acerca da violação do princípio da proporcionalidade coadune com os parâmetros de fixação das astreintes, deve-se ter bastante cautela ao invocá-lo, uma vez que pode, de maneira desmedida, comprometer a efetividade da tutela ao ser usado para justificar mudança em multa bem ajustada. Sobre a necessidade de fundamentar a alteração do valor da multa, esclarece Rafael Caselli Pereira<sup>41</sup>:

Como visto, há necessidade de se fundamentar toda e qualquer decisão judicial, mediante a análise de todos os argumentos suscitados pelas partes, que ilustrem as razões de fato e de direito hábeis a justificar a manutenção ou redução do *quantum* alcançado pela multa, garantindo-se a força normativa do art. 489, irradiado pelo inciso IX do art. 93 da CF/88, sistematizados com o art. 8º (princípio da proporcionalidade e razoabilidade) e 537 do CPC/2015, sendo tais critérios (na visão da jurisprudência e da doutrina) objeto de exploração adiante.

<sup>38</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EAREsp 650.536/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500068507&dt\\_publicacao=03/08/2021](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500068507&dt_publicacao=03/08/2021)>. Acesso em: 14 mar. 22.

<sup>39</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 309.958/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201300651261&dt\\_publicacao=10/12/2013](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300651261&dt_publicacao=10/12/2013)>. Acesso em: 14 mar. 22.

<sup>40</sup>PEREIRA, op. cit., 2021, p. 261.

<sup>41</sup>Ibid, p. 249

Ainda, cabe destacar que o Tribunal não é uníssono na adoção desses critérios para revisar os valores da multa anteriormente fixados, segundo observado no seguinte julgado<sup>42</sup>:

6. A verificação da existência de exorbitância ou excessividade do quantum não pode ser direcionada apenas para a comparação entre a quantia total da penalidade e o valor da obrigação principal, mas sim considerando-se o valor estabelecido diariamente à parte recalcitrante.

7. Diante das circunstâncias da presente hipótese, afasta-se a desproporcionalidade no valor fixado.

No mesmo sentido, argumenta Eduardo Talamini<sup>43</sup>:

Não parece correto afirmar que a simples insistência do réu em descumprir baste para impor a cessação da incidência da multa (...) fazê-la cessar significaria premiar a recalcitrância do réu. E isso seria um mal maior do que a potencialidade de ‘enriquecimento sem causa’, gerada pela incidência da multa

Em seguida, outro ponto de controvérsia no AgInt no AgInt no AEREsp 650.536/RJ<sup>44</sup> é a possibilidade de alteração da multa vencida.

Tal proposição afronta diretamente o art. 537, §1º, CPC<sup>45</sup>, uma vez que restringe a possibilidade de alteração às multas vincendas. Nesse sentido, cabe destacar, como já lecionado, que a referida restrição foi, na verdade, uma opção legislativa, já que inovou em relação ao CPC/73<sup>46</sup>, que não fazia distinção entre astreinte vincenda e vencida. Dessa forma, a interpretação adotada pelo STJ, em certa medida, ofende a separação dos Poderes, prevista no art. 2º da CRFB/88<sup>47</sup>, quando reformula o texto legal sem observar a literalidade da norma promovida pelo legislador. Sobre a polêmica enfrentada, o STF leciona no seguinte sentido:

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1942991/PE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=147161584&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202103220495&data=20220310&forma\\_to=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=147161584&tipo_documento=documento&num_registro=202103220495&data=20220310&forma_to=PDF)>. Acesso em: 14 mar. 22.

<sup>43</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 252.

<sup>44</sup> BRASIL, op.cit., nota 37.

<sup>45</sup> BRASIL, op.cit., nota 6.

<sup>46</sup> “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 6º o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 15 mar. 22. BRASIL, op.cit., nota 16.

<sup>47</sup> “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 22.

de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.<sup>48</sup>

Ainda, sobre a possibilidade de alteração da multa fixada pelo juízo, Alexandre Câmara<sup>49</sup> questionava a eficácia *ex tunc*, ainda na vigência do CPC/73, quando era adotada:

A diminuição do valor da multa só pode se dar *ex nunc*. Jamais se pode admitir que o juiz perdoasse o devedor da obrigação de pagar uma multa que, legitimamente, venceu. E há um argumento em favor da tese, aqui sustentada que, a meu ver, é irresponsável. É que a redução *ex nunc* do valor da multa implica violação a direito adquirido.

Portanto, torna-se imperioso destacar que, segundo a redação do art. 537, §1º, CPC<sup>50</sup>, a alteração do valor da astreinte deve ter eficácia *ex nunc*, ou seja, a retificação da multa tem efeitos não retroativos. Contudo, a interpretação vislumbrada pelo STJ faria com que a revisão adotasse eficácia *ex tunc* (retroativa), sendo possível alterar valor e periodicidade, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, o que, em absoluto, contraria o texto legal.

## CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho objetivou demonstrar, primeiramente, as características da multa processual, também conhecida como *astreinte*, bem como apresentar sua utilidade como obrigação auxiliadora no cumprimento de decisões judiciais. Para tanto, foram ilustradas a natureza jurídica, modalidades e principais características do instituto em questão.

Nesta oportunidade, foi assinalado que sua incidência é patrimonial, ou seja, incide cumulativamente sobre o patrimônio do inadimplente, de forma que nunca consistirá em uma obrigação de fazer. Ainda, a medida tem caráter coercitivo, de forma que revela o poder de *imperium* do juiz, ou seja, é ato da atividade jurisdicional que busca intimidar aquele que deve cumprir uma obrigação. Por fim, deve-se observar a essência acessória da *astreinte* na relação processual, de forma que ela decorre de uma obrigação principal, mas não guarda relação direta de valor com a obrigação principal, cujo cumprimento está se buscando assegurar.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22.690. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=393968&PROCESSO=22690&CLASSE=MS&cod\\_classe=376&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=&EMENTA=2259](http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=393968&PROCESSO=22690&CLASSE=MS&cod_classe=376&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=&EMENTA=2259)>. Acesso em: 14 mar. 22.

<sup>49</sup> CÂMARA, op. cit., p. 1565.

<sup>50</sup> BRASIL, op.cit., nota 6.



Sobre o arbitramento adequado, apresentou-se a necessidade de observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade do valor que deve ser adotado. Tal questionamento torna-se relevante, uma vez que a multa não pode ser demasiadamente prejudicial àquele que paga, já que carece de caráter punitivo, sendo apenas um instrumento para auxiliar o cumprimento da obrigação. Por outro lado, o valor da *astreinte*, adotado pelo juízo, não pode ser insuficiente, já que prejudicaria o caráter coercitivo que lhe é inerente.

Nesse contexto, o STJ, no julgamento dos embargos de divergência em agravo em recurso especial nº 650.536/RJ, fixou o entendimento vinculante que o valor da multa deveria atender ao princípio da razoabilidade com fundamento na evitação do enriquecimento ilícito. Dito isso, entendeu pela possibilidade de alteração da multa vencida para atender aos argumentos que sustentou.

Na análise da referida decisão, deve-se destacar, primeiramente, o equívoco nos argumentos que a embasaram. Dentre eles, a fundamentação da modulação do valor da multa com base na vedação do enriquecimento sem causa, que deve ser absolutamente rechaçada. Tal apontamento se justifica porque, como já analisado, o acúmulo de *astreinte* não configura, por si só, em enriquecimento sem causa, mas no resultado de um processo de inadimplência. Ainda, apontar a vedação ao enriquecimento ilícito denota desconhecimento do caráter acessório do instituto, uma vez que a constatação do valor da multa nunca pode ser baseada no valor do processo judicial o qual ela se dirige. Por fim, a concepção da vedação do enriquecimento sem causa para alteração do valor da *astreinte* prejudica o caráter coercitivo do instituto, já que, segundo o entendimento do Tribunal, o aumento significativo da multa pode acarretar alteração do valor, o que acaba por banalizar seus impactos processuais relacionados a forçar o cumprimento da obrigação.

Em sequência, outro ponto de extrema controvérsia da decisão em análise diz respeito à possibilidade de alteração da multa vencida. Tal proposição contraria em absoluto a literalidade do que dispõe o Código de Processo Civil Brasileiro, o que representa uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Logo, o entendimento contraria o caráter *ex nunc* da multa, conforme proposto pelo diploma legal anteriormente citado, fazendo com que seja dotada de eficácia *ex tunc*, o que resulta em insegurança jurídica e, mais uma vez, em inobservância do texto legal.

A relevância da pesquisa é evidente em duas vias. Primeiramente, apontar os fundamentos da multa processual com exatidão e esclarecer os padrões de fixação do valor, bem como os princípios norteadores que devem ser observados. Ainda, buscou-se realizar uma



análise assertiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e os fundamentos por ele proposto.

Em conclusão, a multa processual é instrumento vital para o cumprimento de decisões judiciais e, em consequência, para a efetividade do processo civil no país. Dito isso, a decisão do Superior Tribunal de Justiça em embargos de divergência em agravo em recurso especial nº 650.536/RJ merece reparo, uma vez que impacta negativamente na funcionalidade da *astreinte* e gera um cenário de insegurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. *A integralidade das astreintes e o estado de direito*. Juris plenum, v. 10, n. 57, 2014.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2022

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 15 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 22.

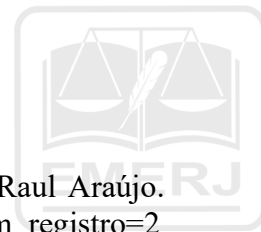
\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.657.149/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=111547387&registro\\_numero=202000236518&peticao\\_numero=202000210962&publicacao\\_data=20200630&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=111547387&registro_numero=202000236518&peticao_numero=202000210962&publicacao_data=20200630&formato=PDF)>. Acesso em: 15 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 309.958/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201300651261&dt\\_publicacao=10/12/2013](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300651261&dt_publicacao=10/12/2013)>. Acesso em: 14 mar. 22.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp 1415647/SP*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1377594&num\\_registro=201303588057&data=20150204&peticao\\_numero=201400451280&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1377594&num_registro=201303588057&data=20150204&peticao_numero=201400451280&formato=PDF)>. Acesso em: 15 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp Nº 1.922.668/SP*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=135106834&num\\_registro=202101910114&data=20210914](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=135106834&num_registro=202101910114&data=20210914)>. Acesso em: 15 out. 2021





\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *EAREsp 650.536/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500068507&dt\\_publicacao=03/08/2021](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500068507&dt_publicacao=03/08/2021)>. Acesso em: 14 mar. 22.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.085.633/PR*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801930686&dt\\_publicacao=17/12/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801930686&dt_publicacao=17/12/2010)>. Acesso em: 14 mar. 22.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.333.988/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=706&tt=T](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=706&tt=T)>. Acesso em: 14 mar. 22.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1942991/PE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=147161584&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202103220495&data=20220310&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=147161584&tipo_documento=documento&num_registro=202103220495&data=20220310&formato=PDF)>. Acesso em: 14 mar. 22.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 22.690*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=393968&PROCESSO=22690&CLASSE=MS&cod\\_classe=376&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=&EMENTA=2259](http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=393968&PROCESSO=22690&CLASSE=MS&cod_classe=376&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=&EMENTA=2259)>. Acesso em: 14 mar. 22.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor das astreintes e efetividade do processo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Civil Processual*. Campinas: Bookseller, 1998.

GUERRA, Marcelo. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIEBMAN, Enrico. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica: 1946.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica. Arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

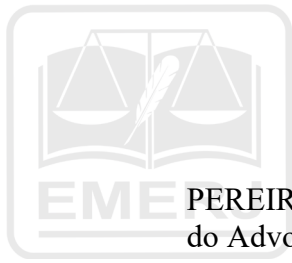
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.



PEREIRA, Rafael. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015*. 3. ed. Rio Grande do Sul: Livro do Advogado, 2021.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461, CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## A ADEQUAÇÃO DOS MECANISMOS DE TUTELA COLETIVA PARA A GARANTIA DO ACESSO À MORADIA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Enrique Rocha Terra

Graduado pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Advogado.

**Resumo** – O presente trabalho busca analisar juridicamente o problema social da falta de acesso à moradia, resultando no enorme contingente populacional em situação de rua no Brasil. Busca-se entender a realidade brasileira quanto ao acesso à moradia e os instrumentos jurídicos eleitos pelo ordenamento jurídico brasileiro para a promoção coletiva de direitos. A partir de então, pretende-se relacionar os dados para compreender a adequação e a suficiência dos instrumentos processuais de tutela coletiva de direitos transindividuais na promoção do acesso à moradia para a população em situação de rua, analisando-se demandas concretas sobre o tema capitaneadas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

**Palavras-chave** – População em situação de rua. Direito Constitucional. Ação Civil Pública. Ministério Público. Defensoria Pública.

**Sumário** – Introdução. 1. População de rua no Brasil e o direito fundamental do acesso à moradia. 2. Dos mecanismos de tutela coletiva para a garantia de direitos metaindividuais. 3. A efetividade dos mecanismos de tutela coletiva para a promoção do direito à moradia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propõe-se a discutir a adequação dos mecanismos de tutela coletiva previstos na legislação para a garantia do direito fundamental de moradia à população brasileira.

Isso porque o Brasil convive com um sério problema social: o enorme contingente de pessoas em situação de rua. Estudos recentes apontam que há, no país, mais de 220.000 pessoas nas ruas, completamente desabrigadas, situação agravada ainda mais pela crise decorrente da pandemia da Covid-19.

Ao mesmo tempo em que há uma patente falta de acesso à moradia, direito fundamental previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, para parcela considerável da população brasileira, o ordenamento jurídico pátrio prevê mecanismos de tutela coletiva, ou seja, instrumentos processuais que visam a tutelar direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, dando especial protagonismo ao Ministério Público e à Defensoria Pública na condução de tais demandas.

O trabalho enfoca na possível contradição entre a lei formal, que prevê mecanismos de tutela coletiva de direitos metaindividuais, e a realidade social do Brasil, que conta com



mais de 220 mil pessoas em situação de rua, isto é, com completa falta de acesso ao direito fundamental à moradia.

Sendo assim, questiona-se até que ponto o Estado brasileiro fracassa na promoção do direito fundamental à moradia para a população mais pobre do país e, por outro lado, quais são os mecanismos previstos no ordenamento jurídico para a promoção do direito de acesso à moradia de que pode se beneficiar a população brasileira em situação de rua. Com tais premissas busca-se entender se, tendo em vista os objetivos constitucionais e os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional, os mecanismos previstos no ordenamento jurídico para a tutela de direitos metaindividuais são adequados para a garantia do acesso à moradia para a população brasileira.

No primeiro capítulo, portanto, serão analisados os dados estatísticos acerca da população de rua no Brasil, buscando-se fazer uma análise histórico-jurídica que objetivará demonstrar o fracasso do Estado brasileiro na promoção do direito de acesso à moradia.

No segundo capítulo, buscar-se-á analisar os principais mecanismos de tutela de direitos metaindividuais previstos na legislação brasileira, em especial a Ação Civil Pública, a sua previsão legal, a sua aplicação e o seu cabimento para a promoção do direito do acesso à moradia.

O terceiro capítulo pretende relacionar os dois capítulos anteriores, a fim de entender se os mecanismos de tutela coletiva são adequados e suficientes para a promoção do direito fundamental do acesso à moradia para a população brasileira, a partir da análise de demandas concretas capitaneadas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

A pesquisa se desenvolverá pelo método explicativo, uma vez que a partir da análise do fenômeno social da população em situação de rua e dos mecanismos de tutela coletiva presentes no direito brasileiro, buscará entender a adequação de tais mecanismos para a promoção do direito fundamental do acesso à moradia.

Para tanto, a presente pesquisa debruçar-se-á sobre dados estatísticos de órgãos oficiais e sobre a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, através de uma abordagem qualitativa, pretendendo o pesquisador se valer da bibliografia pertinente à matéria para sustentar suas conclusões.

## 1. POPULAÇÃO DE RUA NO BRASIL E O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À MORADIA

A desigualdade social é característica marcante do Brasil. Na capital do Rio de Janeiro, a questão se escancara: enquanto famílias abastadas vivem em luxuosos condomínios na Zona Sul e na Barra da Tijuca, quase 8.000 pessoas vivem em situação de rua, de acordo com a Secretaria Municipal de Assistência Social<sup>1</sup>.

A cidade do Rio é um retrato perfeito do Brasil: esbanja belezas naturais, mas possui graves feridas abertas em seu recorte social, que revelam o drama de milhares de pessoas que não se inserem num sistema de produção de vida excludente. No Brasil, o número total de pessoas em situação de rua chega à casa dos 220.000, segundo dados divulgados em junho de 2020, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)<sup>2</sup>.

Em verdade, tal como a pobreza, a situação de rua teve seu índices agravados com a industrialização e a urbanização pós Revolução Industrial. Isso porque, conforme aponta Mendonça e Resende<sup>3</sup>, muitos camponeses, expulsos das terras que cultivavam, foram para as cidades, onde, impossibilitados de pagar os aluguéis e sem emprego, dadas as limitações impostas pelas indústrias, ficavam pelas ruas, fazendo moradia das calçadas e das praças.

Conforme apontam os autores<sup>4</sup>, no Brasil, a situação não foi muito diferente:

No Brasil, o processo de empobrecimento e a situação de rua no período em que o país-colônia fez a transição do sistema escravocrata para o capitalismo assemelhou-se ao caso da Europa, mantendo sistêmicas as violências caracterizadoras de um e outro regime. O Rio de Janeiro despontou como o principal centro industrial e foi onde as populações empobrecidas e racializadas mais chamaram a atenção: ali, práticas higienistas começaram a ser aplicadas com o objetivo declarado de modernizar e urbanizar o país - e de lucrar com aluguel e renda de habitações após a exclusão de populações empobrecidas das zonas centrais.

Sendo assim, tem-se que a população empobrecida, vítima de uma urbanização desorganizada e afoita do país, acabou por ficar em situação de rua, criando um problema quase que crônico na realidade social brasileira. Hoje, ao caminhar pelo centro de praticamente qualquer capital do país, o cenário de um enorme número de pessoas debaixo

<sup>1</sup> PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. *Censo de População em Situação de Rua 2020*. Disponível em: <https://www.data.rio/apps/PCRJ::censo-de-popula%C3%A7%C3%A3o-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de-rua-2020-1/explore>. Acesso em: 27 ago. 2021.

<sup>2</sup> IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Nota Técnica n. 73*. Junho de 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/200612\\_nt\\_disoc\\_n\\_73.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200612_nt_disoc_n_73.pdf). Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>3</sup> RESENDE, Viviane de Melo; MENDONÇA, Daniele Gruppi de. *População em situação de rua e políticas públicas: representações na Folha de São Paulo*. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/delta/a/YJvBX8ShDWhBgh76qpf8Psr/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 2021.

<sup>4</sup> Ibidem.

dos viadutos, nas praças e nas calçadas sob as marquises confrontantes com a rua é melancolicamente comum.

Na verdade, as pessoas em situação de rua ocupam os espaços públicos porque não têm outro lugar para morarem. Como dito, muito disso se deve à composição histórica da população urbana no Brasil. No entanto, é de se salientar que a situação perdura até os dias atuais muito em razão da inefetividade de políticas públicas voltadas à garantia de moradia à população.

O direito à moradia é direito fundamental previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, compondo os chamados direitos sociais, ou direitos fundamentais de 2ª geração. A Carta Magna<sup>5</sup> prevê: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Conforme lição de Silva<sup>6</sup>, o direito à moradia é o direito de ocupar um lugar adequado com fins de residência, ou seja, ocupar uma casa ou um apartamento para ali habitar. Tem-se que se trata de um direito previsto nas mais diversas legislações constitucionais ao redor do mundo, e, no caso do Brasil, possui um uma relação essencial com o fundamento da República da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Além disso, está intrinsecamente ligado a outros direitos fundamentais, conforme assevera Silva<sup>7</sup>:

O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (...). É que a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha aquelas dimensões. Se ela prevê como um princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido.

Ocorre, no entanto, que o Estado que se funda sobre a Carta Constitucional de 1988 não promove medidas eficazes que garantam, concretamente, a moradia à população em situação de rua. Em verdade, nos últimos anos, o Estado brasileiro tem demonstrado um especial fracasso no que se refere à promoção do direito à moradia. Segundo dados do Ipea<sup>8</sup>,

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 314.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Nota Técnica n. 73*. Junho de 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/200612\\_nt\\_disoc\\_n\\_73.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200612_nt_disoc_n_73.pdf). Acesso em: 28 ago. 2021.

em 2012, a estimativa era de que havia 92.515 pessoas em situação de rua. Em 2020, esse número saltou para 221.869.

Tem-se que a população de rua é bastante heterogênea, possuindo uma composição que não se enquadra no pré-conceito do imaginário popular de que se trata de “drogados” ou “preguiçosos”. De acordo com dados da Pesquisa Nacional Sobre a População de Rua, publicada em 2009, realizada por uma parceria entre o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) do Governo Federal e a UNESCO<sup>9</sup>, apenas 35,5% das pessoas em situação de rua estavam ali em razão de problemas com álcool ou drogas. 29,8% estão na rua em razão de desemprego e 29,1% por causa de problemas familiares, não tendo eles outro lugar para morar. Ainda, tem-se que 70,9% exercem alguma atividade remunerada e 74% sabem ler e escrever. Ao mesmo tempo, apenas 11,5% recebem algum tipo de benefício governamental.

Sendo assim, é de se observar que a população em situação de rua é uma realidade que decorre não apenas de problemas sanitários, mas envolve, especialmente, a questão econômica. Isso porque o custo com a moradia é alto, seja na aquisição da casa própria ou no pagamento do aluguel, e se a pessoa não puder arcar com ele, sobram-lhe as ruas.

O Estado não consegue promover políticas públicas que garantam a esses marginalizados o direito fundamental previsto no art. 6º da Constituição. Ao contrário, por muitas vezes, a população de rua sofre com a atividade estatal, em diversas ações de “higienização” dos locais públicos, através do emprego do braço forte do Estado para truculentamente expulsar pessoas de ruas ou praças que devem ser “limpas”. Nas palavras de Samuel Rodrigues<sup>10</sup>:

O Estado que outrora ignorou a existência dessas pessoas hoje nega seus direitos. Não só nega como muitas vezes viola tais direitos, principalmente por meio dos agentes de segurança pública que se colocam a serviço dos interesses financeiros municipais, estaduais e nacionais. As pessoas em situação de rua têm sido vistas e apontadas como dependentes químicos, como pessoas com pouca vontade de reverter esse quadro e até mesmo como criminosos.

Diante desse cenário, verifica-se que o texto constitucional brasileiro não é efetivado pelo Poder Público. Ao longo da construção dogmática do direito brasileiro, no entanto, foram criadas uma série de mecanismos e instituições que têm por escopo efetivar o texto constitucional e garantir direitos fundamentais. Sendo assim, passar-se-á à análise dos

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Rua: aprendendo a contar*. Pesquisa Nacional sobre a População de Rua. Brasília, 2009. Disponível em: <[https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Livros/Rua\\_aprendendo\\_a\\_contar.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/Rua_aprendendo_a_contar.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Samuel. *A voz da Rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 23.

mecanismos do direito brasileiro que podem ser utilizados para a promoção do direito à moradia à população em situação de rua.

## 2. DOS MECANISMOS DE TUTELA COLETIVA PARA A GARANTIA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS

O acesso à moradia é um direito fundamental que, colocado na categoria de interesse jurídico, revela-se como um interesse jurídico essencialmente transindividual. Isso porque se trata de um interesse jurídico indivisível, ou seja, pertence à coletividade, não havendo como fracionar o interesse de modo a admitir que cada indivíduo do grupo social seja titular de uma fração do interesse. Todos os membros da coletividade possuem o interesse jurídico de ter onde morar, de possuir um teto para se abrigar.

Os direitos essencialmente transindividuais são divididos em duas grandes categorias: os direitos difusos e os direitos coletivos. Os direitos difusos são aqueles interesses de natureza indivisível, titularizados por um grupo de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato<sup>11</sup>. Já os direitos coletivos são os interesses, de natureza indivisível, cuja titularidade é exercida por um grupo de pessoas indeterminadas, mas determináveis, uma vez que são ligadas entre si ou com a parte contrária por meio de uma relação jurídica base<sup>12</sup>.

Dito isso, pode-se dizer que o direito à moradia é um direito difuso, uma vez que os seus titulares estão ligados entre si por uma situação fática (todos os membros da sociedade possuem o interesse jurídico da moradia; e todos aqueles que não têm onde morar possuem o interesse em ver garantido o direito à moradia).

A dogmática do direito processual brasileiro passou por mudanças significativas nas últimas décadas do século XX, visto que os direitos transindividuais passaram ter maior relevância na ciência jurídica, em um contexto de redemocratização do país. Teori Albino Zavascki salienta<sup>13</sup>:

As modificações do sistema processuais civil operam-se em duas fases, ou “ondas”, bem distintas. Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985, foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada. E a segunda onda reformadora, que se

<sup>11</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 70.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 295 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.



desencadeou a partir de 1994, teve por objeto, não o de introduzir mecanismos novos, mas o de aperfeiçoar ou de ampliar os já existentes no Código de Processo, de modo a adaptá-los às exigências dos novos tempos.

Nesse contexto de mudanças no sistema processual brasileiro, foram introduzidas novas leis que visavam justamente a criar mecanismos processuais para a tutela coletiva de direitos transindividuais. O mais significativo instrumento criado com essa finalidade foi a Ação Civil Pública, introduzida no ordenamento brasileiro em 1985.

A Ação Civil Pública (ACP) foi originariamente regulada pela Lei n. 7.347/85. Serve para a defesa de qualquer tipo de direito transindividual, ou seja, a ACP tem amplo cabimento, compondo-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos<sup>14</sup>. Ensina Zavascki<sup>15</sup>:

[...] a ação civil pública é instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações em dinheiro) ou pessoais (de cumprir obrigações de fazer ou de não fazer), o que comporta todo o leque de provimento jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios.

De outro modo, a legitimidade ativa para a proposição da ACP não é tão ampla: está taxativamente elencada no art. 5º da Lei n. 7.347/85<sup>16</sup>. Observe-se:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:  
I - o Ministério Público;  
II - a Defensoria Pública;  
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;  
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;  
V - a associação que, concomitantemente:  
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;  
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Sendo assim, conforme se lê do dispositivo acima transcrito, tem-se que os legitimados ativos para a proposição da ACP são instituições especificamente destinadas para tal: Ministério Público, Defensoria Pública, pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas fundações ou sociedades de economia mistas e, ainda, associações civis.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.

Isso porque a ACP visa a tutelar direitos cuja titularidade não pode ser individualizada, ou seja, um indivíduo da sociedade não pode se dizer titular de uma fração do direito, mas todos os membros do grupo são titulares concomitantemente da integralidade do direito. Por isso, tem-se que há um regime de substituição processual, pois uma instituição específica propõe a ação, em nome próprio, com vistas a tutelar direito cuja titularidade pertence a uma coletividade de pessoas.

Quanto aos efeitos da sentença, estabelece o art. 16 da Lei n. 7347/85<sup>17</sup>:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Isso significa que os efeitos da sentença proferida em sede de ACP são oponíveis a todos os membros da coletividade, como consequência natural do caráter transindividual e indivisível do direito tutelado pela referida demanda. Sendo assim, uma decisão de ACP vale para todos os membros da coletividade, não sendo possível o estabelecimento de limites subjetivos aos efeitos da sentença.

Existem, ainda, no direito brasileiro, outros mecanismos processuais de tutela de interesses transindividuais, como a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

A ação popular (Lei n. 4.717/65)<sup>18</sup> é uma ação constitucional que pode ser proposta por qualquer cidadão brasileiro, com vistas a invalidar ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Sendo assim, tem um caráter repressivo com vistas a anular um ato específico, que lesa algum bem jurídico de interesse público.

Já o mandado de segurança coletivo (Lei n. 12.016/09)<sup>19</sup> o remédio constitucional que visa a assegurar direito líquido e certo de uma coletividade de pessoas, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, face a atos ou omissões do Poder Público revestidos de ilegalidade ou abuso de poder. Nos termos do art. 21, parágrafo único, da Lei n. 12.016/09, o mandado de segurança coletivo pode proteger somente direitos coletivos ou individuais homogêneos, uma vez que a titularidade de tais direitos é de uma coletividade cujos membros são determináveis.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.



Sendo assim, tem-se que a Ação Civil Pública é o instrumento que, em tese, melhor se adequa para a proteção e a promoção do direito à moradia para a população em situação de rua, haja vista a sua abrangência de cabimento, objeto e pretensão. Os demais mecanismos de tutela coletiva têm aplicabilidade mais restrita e específica, motivo pelo qual o seu manuseio para o fim colimado de garantia de moradia à população de rua tende a ser inadequado.

Passa-se, então, à análise, a partir de elementos concretos, da adequação e da efetividade da Ação Civil Pública para a garantia do direito à moradia para as pessoas em situação de rua, na condição de direito difuso amplamente violado, como um flagelo marcante da sociedade brasileira.

### 3. A EFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE TUTELA COLETIVA PARA A GARANTIA DO DIREITO À MORADIA

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou, em 2015, um Guia de Atuação Ministerial, denominado Ação Nacional em Defesa dos Direitos Fundamentais: Defesa dos Direitos das Pessoas em Situação de Rua. Trata-se de um Guia de Atuação, no qual o CNMP “pretendeu auxiliar os membros do Ministério Público nacional na viabilização do conjunto de direitos das pessoas em situação de rua, em especial os do âmbito da política pública de assistência social”<sup>20</sup>.

Neste documento, o CNMP elegeu instrumentos jurídicos aptos a promover os direitos da pessoa em situação de rua, dentre os quais a Ação Civil Pública. No modelo de petição inicial incluído no Guia, o MP discorre sobre a legitimidade ativa do órgão para propor a ACP para a defesa de interesses difusos e coletivos, nos termos do art. 127, III, da Constituição Federal, bem como pede a condenação do Município à obrigação de fazer consistente na implementação dos serviços de Acolhimento Institucional para a População de Rua, Acolhimento em República, Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua, Serviço Especializado em Abordagem Social e/ou o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no mesmo sentido, possui Cartilha de Orientação denominada A Tutela da População em Situação de Rua, na qual prevê mecanismos de atuação ministerial para a promoção do direito à moradia à população de rua.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Ação nacional em defesa dos direitos fundamentais. Defesa dos direitos das pessoas em situação de rua*. 2015. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia\\_Ministerial\\_CNMP\\_WEB\\_2015.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia_Ministerial_CNMP_WEB_2015.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

Coloca que, dentre as formas de atuação, existem mecanismos extrajudiciais como Inquérito Civil, Audiências Públicas, Recomendações e Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). No entanto, o *parquet* fluminense coloca que, caso tais mecanismos não sejam suficientes, deve ser proposta a Ação Civil Pública<sup>21</sup>:

Por fim, exauridas as possibilidades de intervenção institucional de forma extrajudicial, o ajuizamento da respectiva ação civil pública é medida que se impõe, seja com o propósito de implementação de equipamentos ou recursos humanos ausentes ou deficientes, seja para reaver recursos públicos indevidamente aplicados ou, ainda, objetivando a aplicação de sanções decorrentes de prática de ato de improbidade administrativa relacionado à temática.

Dessa feita, tem-se que a instituição Ministério Público vê a Ação Civil Pública como mecanismo adequado para a condenação de Municípios à implementação de políticas públicas voltadas à garantia da moradia e de outros direitos à população em situação de rua. O ajuizamento da referida ação teria lugar quando, apesar de instado o Município extrajudicialmente a promover as referidas políticas públicas, este se mantém inerte, sendo necessário se recorrer ao Judiciário para a tutela dos direitos difusos da população em situação de rua.

Um caso que ficou conhecido de atuação do Ministério Público na promoção do direito à moradia se deu em São Paulo. No final do ano de 2011, aproximadamente 2,6 mil famílias, dentre as quais várias pessoas que estavam em situação de rua, ocuparam 10 (dez) prédios vazios no Centro da Capital Paulista, buscando garantir um local para a sua moradia.

O proprietário de alguns dos imóveis ingressou com ação de reintegração de posse, que tramitou perante a 20ª Vara Cível da Capital, e obteve êxito na concessão da liminar, que determinou a imediata desocupação e a retomada do bem.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, então, propôs Ação Civil Pública contra o Município de São Paulo, que tramitou sob o n. 0001519-31.2012.8.26.0053<sup>22</sup>, requerendo a condenação da municipalidade na obrigação de fazer consistente em cadastrar e abrigar todos os moradores participantes da ocupação, até efetiva implantação de programa habitacional pertinente.

---

<sup>21</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *A Tutela da População em Situação de Rua. Cartilha de Orientação*. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/25421/cartilha\\_tutela\\_populacao\\_situacao\\_rua\\_para\\_grafica\\_2.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/25421/cartilha_tutela_populacao_situacao_rua_para_grafica_2.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>22</sup> ESTADO DO PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. *Jurisprudência. Processo 0001519-31.2012.8.26.0053*. Disponível em: <[https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Habitacao/Jurisprudencia/estado\\_de\\_sao\\_paulo\\_acp\\_mp.pdf](https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Habitacao/Jurisprudencia/estado_de_sao_paulo_acp_mp.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2022.



O Juízo de Direito da 14ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital Paulista concedeu o pedido liminar, entendendo que o Município se omitiu no dever de garantir o acesso daquelas pessoas à moradia, violando o direito ao mínimo existencial (art. 1º, III, CF) e, então, condenou o Município a providenciar alojamento e abrigo a todos os ocupantes que estavam sendo desalojados, decisão essa que fora mantida em sede de agravo de instrumento pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em um caso relativamente parecido, no ano de 2018, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro entrou com uma Ação Civil Pública contra o Município do Rio de Janeiro<sup>23</sup> com vistas a garantir não só o direito à moradia, mas também o direito à integridade física de moradores em situação de rua. Isso porque 263 famílias ocuparam um edifício abandonado no bairro Campo Grande, Zona Oeste do Município, em uma ocupação chamada Conjunto Jambalaia. No entanto, o edifício apresentava sérios problemas estruturais, com iminente risco de desabamento, pondo à risco a vida e a integridade física das famílias sem-teto ocupantes do imóvel.

Assim, o Ministério Público demandou o Município requerendo, entre outras medidas, a interdição e desocupação do Conjunto Jambalaia, concomitantemente ao cadastramento e reassentamento dos desabrigados em local seguro e, caso necessário, com pagamento de aluguel social às famílias. A ACP correu sob o n. 0161215-50.2018.8.19.0001, perante a 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital e o juízo, em decisão liminar, deferiu em parte os pedidos do Ministério Público, determinando a interdição e a desocupação do edifício e a realocação das famílias em local seguro e adequado, com pagamento de aluguel social ou valor equivalente, assim como o cadastramento das famílias para futuro programa de reassentamento dos sem-teto. O processo ainda corre perante a 6ª Vara de Fazenda Pública da Capital, sem decisão definitiva de mérito.

Um caso mais recente de utilização da ACP para a promoção do direito à moradia da população em situação de rua é a Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso e pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, contra o Município de Cuiabá, que tramitou perante a Vara Especializada em Ação Civil Pública e Ação Popular da Comarca de Cuiabá-MT, sob o n. 1015366-58.2020.8.11.0041<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *MPRJ obtém liminar determinando a desocupação do Conjunto Jambalaia com o remanejamento dos ocupantes pela Prefeitura*. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/62804?p\\_p\\_state=maximized](https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/62804?p_p_state=maximized)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>24</sup> ESTADO DO MATO GROSSO. Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso. *Defensoria protocola ação civil pública para que Prefeitura de Cuiabá acolha pessoas em situação de rua por conta da pandemia de Covid-19*. Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/-/14074389-defensoria-protocola-acao-civil->



No caso, os autores da ação sustentaram que o Município de Cuiabá não possuía nenhum programa de acolhimento e abrigo às pessoas vulneráveis em situação de rua e que, dada a pandemia do Covid-19 e o risco de contágio e proliferação da doença, urgia que fosse realizado o acolhimento emergencial das pessoas em situação de rua. Apesar de duas recomendações extrajudiciais enviadas pelos Autores ao Município, para a implementação de diversas medidas para evitar a disseminação da doença entre os mais vulneráveis, o ente municipal permaneceu inerte, sendo necessária a proposição da referida ação.

Ao analisar o pedido liminar, o magistrado entendeu que “não obstante sejam vistas por muitos como marginalizadas, as pessoas em situação de rua são seres humanos, cidadãos detentores de direitos, direitos esses que devem ser assegurados pelos entes federativos através da implementação das políticas públicas adequadas” e que “diante do cenário atual de pandemia, é certo que os moradores de rua estão muito mais vulneráveis do que antes, razão pela qual se torna essencial a atuação do ente público requerido”.

Assim, condenou o Município Réu a disponibilizar espaço adequado para que as pessoas em situação de rua que se enquadrem nos grupos de risco estabeleçam moradia, de forma a possibilitar seu isolamento social, com o fornecimento de alimentação e de todas as condições necessárias para a higiene pessoal, a fornecer condições para que as pessoas em situação de rua realizem inscrição nos programas de transferência de renda disponibilizados em âmbito federal e, ainda, a apresentar plano de ação que contemple as referidas medidas.

Sendo assim, tem-se que os órgãos competentes para a defesa dos interesses difusos e coletivos e da população vulnerável, a saber Ministério Público e Defensoria Pública, têm se utilizado, com sucesso, da Ação Civil Pública para garantir direitos à população em situação de rua, especialmente o direito à moradia. No entanto, percebe-se que, efetivamente, as ações ocorrem em maior parte em casos específicos, seja de ocupações já concretizadas, ou, como no caso mato-grossense apresentado, em razão da pandemia da Covid-19.

Há, portanto, uma relação de adequação entre a promoção do direito à moradia à população de rua e a Ação Civil Pública. No entanto, a efetividade concreta, com vistas à mudança real no mundo dos fatos, a partir a promoção em massa do referido direito e redução significativa da população em situação de rua no Brasil, depende de uma atuação massiva e constante dos órgãos de defesa dos interesses difusos e coletivos, não só a partir de situações específicas que acabam por chamar a atenção das autoridades.

---

publica-para-que-prefeitura-de-cuiaba-acolha-pessoas-em-situacao-de-rua-por-conta-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso: 26 mar. 2022.

## CONCLUSÃO

A partir dos dados e das informações abordados no presente trabalho científico, verifica-se que o problema do enorme contingente populacional em situação de rua no Brasil é um fato grave, que se manifesta tanto como um fracasso socioeconômico, no que se refere à extrema miséria em que vive praticamente toda a população de rua brasileira, como um fracasso jurídico-constitucional, isto é, demonstra uma terrível e gritante falta de acesso a um direito fundamental constitucionalmente previsto (direito à moradia) para centenas de milhares de pessoas no Brasil.

Ademais, tem-se que o Estado brasileiro, através dos anos, não conseguiu sequer amenizar o problema social referente à falta de moradia, mas, do contrário, estudos revelam que a população em situação de rua no Brasil está em contínuo crescimento, ocasionado por diversos fatores, mas especialmente em razão de motivos de cunho econômico, como ficou demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho.

No segundo capítulo, ficou demonstrado que existem direitos cuja titularidade pertence à coletividade, que não comportam fracionamento do interesse jurídico a ser titularizado por cada indivíduo. O direito do acesso à moradia está incluído na categoria dos direitos difusos, de natureza indivisível, titularizados por um grupo de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (não possuir moradia). A evolução da dogmática processual do país levou à criação de mecanismos jurídicos que permitem a busca do Judiciário para a concretização de direitos transindividuais, dentre os quais os direitos difusos, como a Ação Civil Pública, prevista na Lei n. 7.347/85, cujo exercício do direito de ação é dado a órgãos de promoção de direitos metaindividuais e das pessoas vulneráveis, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Sendo assim, existem diversas demandas propostas por órgãos como o Ministério Público e Defensoria Pública, na forma de Ação Civil Pública, que visam a garantir moradia à população em situação de rua, sendo que o Judiciário tem reconhecido a falha do Estado na promoção da moradia e condenado à obrigação de adotar medidas positivas para a garantia do direito, conforme se depreende do terceiro capítulo do trabalho.

Entretanto, como ficou demonstrado, as ações judiciais para a garantia do acesso à moradia à população em situação de rua têm se dado de maneira ocasional, a partir de situações fáticas específicas, como a ocupação irregular de imóveis ou mesmo a pandemia de Covid-19. Percebe-se que não há um movimento geral, nacional, no sentido de promoção de

ações judiciais desse tipo, mas somente casos esporádicos, que, apesar de bem-sucedidos, não têm o condão de transformar de fato a realidade social brasileira.

Sendo assim, tem-se que os instrumentos eleitos no ordenamento jurídico brasileiro para a defesa dos interesses transindividuais – em especial a Ação Civil Pública – são adequados para a promoção do direito do acesso à moradia à população brasileira em situação de rua. Porém, é verdade que a atual forma de atuação dos órgãos legitimados para propor tais demandas não são suficientes para a transformação social do país numa nação efetivamente solidária e fundada na dignidade da pessoa humana, conforme prevê a Constituição.

Por isso, há de se pensar uma atuação mais proativa das instituições, seja do Judiciário, do Executivo ou do Legislativo, para propor medidas para que os instrumentos postos à disposição pelo ordenamento jurídico brasileiro possam representar uma maior efetividade na promoção de direitos, especialmente no que se refere ao direito de acesso à moradia digna.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Ação nacional em defesa dos direitos fundamentais. Defesa dos direitos das pessoas em situação de rua*. 2015. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia\\_Ministerial\\_CNMP\\_WEB\\_2015.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia_Ministerial_CNMP_WEB_2015.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.016*, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 4.717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Rua: aprendendo a contar*. Pesquisa Nacional sobre a População de Rua. Brasília, 2009. Disponível em: <[https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Livros/Rua\\_aprendendo\\_a\\_contar.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/Rua_aprendendo_a_contar.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2021.





DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ESTADO DO MATO GROSSO. Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso. *Defensoria protocola ação civil pública para que Prefeitura de Cuiabá acolha pessoas em situação de rua por conta da pandemia de Covid-19*. Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/-/14074389-defensoria-protocola-acao-civil-publica-para-que-prefeitura-de-cuiaba-acolha-pessoas-em-situacao-de-rua-por-conta-da-pandemia-de-covid-19>>. Acesso: 26 mar. 2022.

ESTADO DO PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. *Jurisprudência. Processo 0001519-31.2012.8.26.0053*. Disponível em: <[https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Habitacao/Jurisprudencia/estado\\_de\\_sao\\_paulo\\_acp\\_mp.pdf](https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Habitacao/Jurisprudencia/estado_de_sao_paulo_acp_mp.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *A Tutela da População em Situação de Rua. Cartilha de Orientação*. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/25421/cartilha\\_tutela\\_populacao\\_situacao\\_ua\\_p\\_ara\\_grafica\\_2.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/25421/cartilha_tutela_populacao_situacao_ua_p_ara_grafica_2.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *MPRJ obtém liminar determinando a desocupação do Conjunto Jambalaia com o remanejamento dos ocupantes pela Prefeitura*. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/62804?p\\_p\\_state=maximized](https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/62804?p_p_state=maximized)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Nota Técnica n. 73*. Junho de 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/200612\\_nt\\_disoc\\_n\\_73.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200612_nt_disoc_n_73.pdf). Acesso em: 28 ago. 2021.

PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. *Censo de População em Situação de Rua 2020*. Disponível em: <https://www.data.rio/apps/PCRJ::censo-de-popula%C3%A7%C3%A3o-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de-rua-2020-1/explore>. Acesso em: 27 ago. 2021.

RESENDE, Viviane de Melo; MENDONÇA, Daniele Gruppi de. *População em situação de rua e políticas públicas: representações na Folha de São Paulo*. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/delta/a/YJvBX8ShDWhBgh76qpf8Psr/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 2021.

RODRIGUES, Samuel. *A voz da Rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 295 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

## DIREITO DE VIZINHANÇA EM ISOLAMENTO SOCIAL: COMO CONCILIAR O DIREITO AO SOSSEGO E O DIREITO À PROPRIEDADE

Fabiana Maria Marques da Conceição Borba Carreira

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Advogada.

**Resumo** – a pandemia de Covid-19, que teve seu ápice nos anos de 2020 e 2021, impôs a adoção de medidas sanitárias de segurança, entre elas o isolamento social e a quarentena. Dessa forma, a convivência forçada entre vizinhos criou novos dilemas, no que diz respeito à tutela do direito ao sossego e possíveis limitações ao direito de propriedade. Nesse sentido, insta analisar de que forma o direito ao sossego deve ser protegido e de que maneira o Código Civil proíbe o uso anormal da propriedade. No presente trabalho, portanto, visa-se à análise dessa compatibilização, para que possa haver a coexistência pacífica face aos novos conflitos sociais. Para tanto, examina-se como o judiciário vem resolvendo tais conflitos entre direitos fundamentais, defendendo que a utilização do princípio da proporcionalidade por si só não é suficiente para suprir as necessidades da sociedade.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direitos Fundamentais. Direito ao sossego. Direito de Vizinhança. Direito à propriedade.

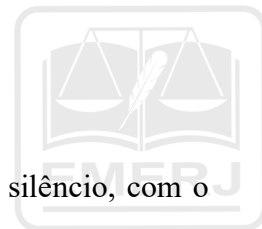
**Sumário** – Introdução. 1. A tutela do direito ao sossego como direito fundamental. 2. Novos dilemas do direito de vizinhança face ao isolamento social. 3. A atual configuração da ponderação entre dois direitos fundamentais: o sossego e a propriedade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa de que modo é possível a compatibilização entre o direito ao sossego e o direito à propriedade no período de isolamento social, necessário durante a pandemia de Covid-19. Nesse momento, em que as pessoas passam mais tempo dentro de suas residências, surgem novos conflitos no direito de vizinhança, muitos dos quais vêm sendo judicializados, criando desafios para os operadores do direito.

Para isso, a fim de explorar o equilíbrio entre o direito ao sossego e o uso da propriedade, o presente trabalho se vale das principais teses e decisões judiciais acerca do tema. Logo, procura-se estabelecer se o direito ao sossego, como extensão da dignidade da pessoa humana, pode limitar o direito à propriedade.

Tal colisão tem extrema relevância jurídica, tendo em vista as diversas atividades externas que agora fazem parte da perspectiva do ambiente privado. Assim, surgem variadas reflexões: é



possível, por exemplo, conciliar o trabalho remoto de um vizinho, o que exige silêncio, com o direito ao lazer de outro, que decide tocar algum instrumento musical?

O tema é controvertido e merece atenção da comunidade jurídica, visto que a intervenção do Poder Judiciário é necessária para a resolução dessas demandas. Desse modo, para melhor compreensão do tema, pretende-se analisar o impacto do isolamento social no direito de vizinhança, com o exame da compatibilização entre o direito ao sossego e o direito à propriedade.

Diante do exposto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho avaliando de que modo o direito ao sossego é tutelado constitucionalmente, na medida em que se relaciona ao direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, e de que maneira pode ser resguardado nas relações de direito privado.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, quais são as novas demandas geradas pelo isolamento social no que tange ao direito de vizinhança, face aos impactos sociais gerados pela pandemia da Covid-19.

Por fim, o terceiro capítulo examina a forma como tais discussões estão sendo decididas pelo judiciário e se há uniformidade nas deliberações, principalmente naquelas que envolvem ponderação de direitos fundamentais.

À vista disso, o trabalho se desenvolve por meio do método hipotético-dedutivo, porquanto se pretende selecionar proposições hipotéticas, que se presumem ser as mais capazes e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, a serem comprovadas ou rejeitadas ao final do artigo.

Para isso, o objeto da pesquisa jurídica é abordado necessariamente de modo qualitativo. Portanto, a bibliografia pertinente à temática em questão deve ser analisada e examinada na fase exploratória da pesquisa, por meio da legislação, doutrina e jurisprudência.

## 1. A TUTELA DO DIREITO AO SOSSEGO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

“O que eu quero? Sossego”<sup>1</sup>, já dizia Tim Maia. Com maior frequência, vêm sendo observadas situações conflituosas geradas pela perturbação ao sossego no contexto das relações de vizinhança. Em especial, a perturbação sonora afeta a qualidade de vida dos moradores, prejudicando sua saúde e bem-estar.

---

<sup>1</sup>SOSSEGO. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/tim-maia/69032/>>. Acesso em: 17 out. 2021.

Com efeito, o art. 1.277 do Código Civil<sup>2</sup> estabelece que o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Nessa orientação, Tartuce<sup>3</sup> define sossego como “a relativa tranquilidade, pois o ruído máximo que se tolera, à noite, não é o ruído máximo que se há de tolerar de dia.”

Assim, Oliveira<sup>4</sup> defende que o direito ao sossego poderia ser entendido como um direito-dever, pois se por um lado representa limitação do domínio de um proprietário – inspirado pela lealdade e boa-fé, por outro, verifica-se como um direito subjetivo conferido ao outro vizinho.

É nesse cenário, de ofensa à integridade físico-psíquica, material e moral da pessoa humana, que deve ser analisada a efetividade dos direitos fundamentais, bem como sua aplicação nas relações privadas.

Tal exame do direito ao sossego como direito da personalidade deve passar pela ideia de direito civil constitucionalizado. Mello e Coelho<sup>5</sup> estabelecem que o direito civil constitucional é aquele que possui como essência a personalidade, ou seja, “a tutela da pessoa humana como centro irradiador existencial das relações jurídicas interprivadas”. Desse modo, a releitura do Código Civil deve considerar os princípios e valores constitucionais.

Nesse sentido, Fernandes<sup>6</sup> cita entre outras as seguintes teses para resumir as perspectivas neoconstitucionais:

[...] a) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas constitucionais e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais (...), para todos os ramos do ordenamento, na lógica de que as normas constitucionais dotadas de força normativa devem percorrer todos o ordenamento e condicionar a interpretação e aplicação do direito; b) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito. [...]

<sup>2</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>3</sup>SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, [e-book].

<sup>4</sup>OLIVEIRA, Sâmela Santana Vieira. O direito ao sossego: uma análise do artigo 1.277 do Código Civil à luz da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*. Porto Alegre, v. 4, n. 2, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/4927/pdf>>. Acesso em: 18 out. 2021.

<sup>5</sup>MELLO, Cleyson de Moraes; COELHO, Manuel Morgadinho dos Santos. Direito Civil-Constitucional e os direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. Goiás. v.40, n.2, 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/42225>>. Acesso em: 18 out. 2021.

<sup>6</sup>FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 61.



Observa-se, portanto, que o direito ao sossego, como faceta do direito de vizinhança, deve ser tutelado a partir dos princípios e direitos constitucionais. Como aponta Oliveira<sup>7</sup>, na violação do direito ao sossego, o que se coloca em risco é a integridade psicológica do ser humano, impedindo seu repouso e comprometendo a saúde e a segurança do indivíduo. Em vista disso, pode-se adotar o direito ao sossego como perspectiva da dignidade da pessoa humana, ainda que não esteja expressamente previsto na Constituição da República.

Sobre o tema, Sarlet<sup>8</sup> explica:

[...] O que se pretende demonstrar, nesse contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição. Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como, por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente (...)). Assim, o fato é que – e isso temos por certo – sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (...) à dignidade da pessoa, inequivocadamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental. [...]

A dignidade da pessoa humana foi elevada pela Constituição<sup>9</sup> a fundamento da República Federativa do Brasil, conforme seu artigo 1º, inciso III, como verdadeiro princípio norteador do ordenamento jurídico. Para Fernandes<sup>10</sup>, a dignidade da pessoa humana teria sido alçada “à condição de meta-princípio”, o que exigiria um tratamento moral, condizente e igualitário a cada um, o que resultaria em um tratamento à pessoa como um fim em si mesma e nunca como meio para satisfação de interesses diversos.

Logo, pode-se falar do direito ao sossego como direito da personalidade, com a possibilidade de afastar ruídos excessivos que comprometam a incolumidade da pessoa e a normalidade da vida, tanto nas horas de atividade quanto nas de descanso. Trata-se, portanto, de um “corolário da dignidade da pessoa humana”, como defende Oliveira<sup>11</sup>.

<sup>7</sup>OLIVEIRA, Sânela Santana Vieira. *O direito ao sossego no aspecto da proteção contra perturbação sonora sob a ótica da função ambiental da propriedade*. 2019. 147 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30995/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20S%C3%A2mela%20Santana%20Vieira%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2021.

<sup>8</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, [e-book].

<sup>9</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 out. 2021.

<sup>10</sup>FERNANDES, op. cit., p. 335.

<sup>11</sup>OLIVEIRA, op. cit., p. 26.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao sossego também se relaciona ao princípio fundamental da solidariedade, previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição da República.<sup>12</sup> Desse modo, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

É com base nesse postulado que o artigo 225 da Constituição<sup>13</sup> estipula que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, sendo dever tanto do Poder Público quanto da coletividade preservá-lo e defendê-lo. Por conseguinte, deve-se reconhecer o dever coletivo de solidariedade, quanto à promoção do bem-estar social.

Assim, Oliveira<sup>14</sup> argumenta que a proteção ambiental, no que diz respeito a uma vida saudável, também é um direito-dever, porquanto impõe a “abstenção de atos que importem em interferência prejudicial aos demais vizinhos, ofendendo, com isso, o sossego no recesso da moradia.” Posto isso, também deve ser aplicado o princípio da solidariedade no contexto das relações de vizinhança, a fim de salvaguardar o direito ao sossego.

Por fim, uma vez concluído que o direito ao sossego deve ser examinado como direito fundamental, importante lembrar da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A partir da leitura constitucional do Código Civil, deve ser reconhecida a aplicação imediata dos princípios e garantias constitucionais também nas relações privadas. O Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup> chamou essa aplicação de eficácia horizontal dos direitos fundamentais pela qual o exercício dos direitos fundamentais pode ser limitado “para garantir a igual liberdade do outro, não a ablação desse direito para superposição do direito de um sobre outrem.” Logo, outros direitos fundamentais, como o direito à propriedade, poderiam sofrer limitações para que haja compatibilização com o direito ao sossego de outrem.

## 2. NOVOS DILEMAS DO DIREITO DE VIZINHANÇA FACE AO ISOLAMENTO SOCIAL

“Vizinho é mais que parente, pois é o primeiro a saber das coisas que acontecem na vida da gente”, conforme sustentava Cora Coralina<sup>16</sup>. No entanto, fato é que a proximidade entre as

---

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>13</sup>Ibid.

<sup>14</sup>OLIVEIRA, op. cit., p. 29-30.

<sup>15</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE n° 201819*. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 19 out. 2021.

<sup>16</sup>A poetisa presava tanto pela questão do cotidiano e da fraternidade da comunidade que no dia de seu aniversário, 20 de agosto, é comemorado atualmente o dia do vizinho. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia->

propriedades e seus proprietários gera conflitos e situações de discordância. Desse modo, cabe ao Estado regular tais relações visando à convivência social pacífica.

Justamente por esse cenário, o direito de vizinhança surge como uma forma de limitação da propriedade instituída por lei para que seja possível uma coexistência pacífica entre vizinhos.<sup>17</sup> Assim, tal direito cuida dos conflitos causados pelo uso anormal da propriedade.

Dessa forma, Tepedino<sup>18</sup> indica como uma das características inerentes ao direito de vizinhança o seu objetivo de coibir interferência que surjam da própria utilização do imóvel. Ou seja, há aqui uma espécie de interferência indireta ou mediata, cabendo ao direito de vizinhança inibir a “prática de atos que causem dano ou incômodo ao morador do prédio vizinho.”

De acordo com esse contexto, surgiram diversas teorias ao longo da história para tentar responder quais tipos de perturbações poderiam ser aceitas ou não. Tepedino, de modo sucinto e direto, separou em quatro as principais teorias sobre a tolerância das interferências.<sup>19</sup>

Inicialmente, inspirado pelo Direito Romano, teria surgido a teoria de Spangenberg em 1826, que proibia apenas as imissões corpóreas, conforme elucidado por Gomes.<sup>20</sup> Logo, o proprietário poderia realizar qualquer atividade, salvo aquelas que produzissem um incômodo materialmente perceptível, o que excluía do conceito os barulhos e cheiros.

Em seguida, como forma de preencher as falhas da teoria anterior, surgiu outra proposta por Ihering, em 1862<sup>21</sup>. Foi sugerida, então, a teoria do uso normal, que buscava um grau médio de tolerabilidade de acordo com a época e a localidade, utilizando-se de parâmetros relativos ou flexíveis, consoante o explicado por Costa<sup>22</sup>. Tal conceito influenciou enormemente o Código Civil de 1916, motivando também a escolha da expressão “uso anormal da propriedade” adotada pelo Código Civil de 2002.

---

nacional/cultura/audio/2014-08/cora-coralina-criou-o-dia-do-vizinho#:~:text=%C3%89%20assim%20que%20pensa%20Cora,preferir%20uma%20comemora%C3%A7%C3%A3o%20entre%20vizinhos>. Acesso em: 28 fev. 2022.

<sup>17</sup>CARNACCHIONI, Daniel. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 4.ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1636.

<sup>18</sup>TEPEDINO, Gustavo et al. *Fundamentos do Direito Civil: direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, [e-book].

<sup>19</sup>Ibid.

<sup>20</sup>GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Do uso anormal da propriedade no novo código civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista21/revista21.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

<sup>21</sup>TEPEDINO, op. cit.

<sup>22</sup>COSTA, Dilvanir José da. O direito de vizinhança e suas novas vertentes. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 38, n° 152, out./dez. 2001. Disponível em: <[Revista de Artigos Científicos - v. 14, n. único, t. 1 \(A/L\), Jan./Dez. 2022 | 229](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/736/r152-19.pdf?sequence=4#:~:text=II%20%E2%80%93%20Teoria%20do%20uso%20normal,para%20a%20solu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conflitos> . Acesso em: 28 fev. 2022.</a></p></div><div data-bbox=)

Por sua vez, Bonfante teria criado no Século XX a teoria da necessidade, como forma de oposição a Ihering.<sup>23</sup> Nesse caso, mesmo que a atividade causasse interferência indevida nos imóveis vizinhos, deveria ser considerada a partir de sua utilidade social. Ou seja, a atividade poderia continuar sendo exercida em nome da necessidade geral do povo.

Por fim, em 1939, San Tiago Dantas<sup>24</sup> teria proposto a teoria mista, juntando os pontos principais das outras duas teorias anteriores. À vista disso, diante da vizinhança comum, nas situações em que vigora o interesse particular, deve prevalecer a coexistência de direitos. Por outro lado, na vizinhança industrial, deve ser observada a supremacia do interesse público. Posto isso, inicialmente deve ser analisado o uso da propriedade, se é normal ou anormal. Caso seja normal, as interferências devem ser toleradas. Caso sejam anormais, deve ser examinado se há interesse público que justifique a manutenção do incômodo.

Essa última teoria foi a adotada pelo Código Civil de 2002, segundo Tepedino<sup>25</sup>. Nesses termos, o artigo 1.277<sup>26</sup> teria adotado a teoria de Ihering, enquanto o artigo 1.278 teria adotado a teoria de Bonfante. Portanto, é direito do vizinho fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde, devendo ser utilizados como parâmetro a natureza da utilização, a localização do prédio e as especificidades dos moradores que ali residem. À propósito, o Enunciado 319 da IV Jornada de Direito Civil do CJF<sup>27</sup> dispõe que a condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente.

Observa-se, desse modo, que o direito de vizinhança já apareceu em um contexto de polêmicas e conflitos, tendo surgido para criar limites ao direito fundamental da propriedade. Todavia, diante da situação da pandemia da Covid-19 e em razão das diversas medidas sanitárias impostas, o cenário se tornou muito mais complexo.

---

<sup>23</sup>GOMES, op. cit. p. 17.

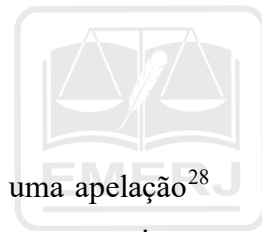
<sup>24</sup>DANTAS, San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, [e-book]. Disponível em: <[https://www.santiagodantas.com.br/wpcontent/uploads/o\\_conflito\\_de\\_vizinhanca\\_e\\_sua\\_composicao.pdf](https://www.santiagodantas.com.br/wpcontent/uploads/o_conflito_de_vizinhanca_e_sua_composicao.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2022.

<sup>25</sup>TEPEDINO, op. cit.

<sup>26</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>27</sup>BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 319*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/329>>. Acesso em: 02 mar. 2022.





Nesse panorama, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou uma *apelação*<sup>28</sup> interposta por casal contra a família de vizinhos, em razão do excessivo barulho que uma criança de três anos fazia. De acordo com os autos, a criança havia ganhado uma bateria infantil como forma de distração durante o isolamento, mas o instrumento ultrapassava o limite de decibéis permitido, incomodando os vizinhos do apartamento de cima, que se encontravam em trabalho remoto.

O pedido havia sido julgado extinto em primeira instância, porque a parte ré havia se mudado com sua família. Contudo, o Tribunal apreciou o pedido de indenização por danos morais, condenando a parte ré em R\$ 4000,00.

Do mesmo modo, o Tribunal de São Paulo também enfrentou outro caso parecido<sup>29</sup>. Um homem foi condenado a se abster de reproduzir som em volume alto de segunda a sexta-feira, das 12h10 às 20h22, e em todos os dias das 22h às 7h. A autora da ação, vizinha do réu, afirmava que estava trabalhando e estudando de casa, e necessitava de silêncio e tranquilidade para realizar suas atividades. No entanto, o réu fazia barulho em diversos momentos do dia e da noite, violando o direito ao sossego da autora.

Outra decisão interessante ocorreu no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás<sup>30</sup>. Um condomínio residencial propôs uma ação para que fosse permitido o uso das áreas comuns do condomínio, embora houvesse um decreto estadual que proibisse o uso dessas áreas. Foi concedida tutela provisória antecipada, de modo a permitir o uso das áreas de lazer e esporte pelos condôminos.

Tal flexibilização foi permitida, pois o Condomínio apresentou proposta que demonstrava o cumprimento das medidas exigidas pelas autoridades bem como a garantia às orientações da OMS. A decisão destacava que a área era grande e variada e sua reabertura era razoável.

O que ocorre na maioria dos casos é um embate entre o direito ao sossego e à tranquilidade de um lado, e o direito ao lazer de outro. Se por um viés, o lazer e a prática de esportes são essenciais

<sup>28</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1050964-10.2019.8. 26.0100*. Relator: Des. Celso Pimentel. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153662078/apelacao-civel-ac-10509641020198260100-sp-1050964-1020198260100/inteiro-teor-1153662212>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

<sup>29</sup>BRASIL. Juizado especial Cível e Criminal de Birigui/SP. *Processo n. 0002046-90.2021.8.26.0077*. Juiz: Vinicius Nocetti Caparelli. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0002046-90.2021.8.26.0077>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

<sup>30</sup>BRASIL. 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos de Goiânia. *Processo n. 5333234.29.2020.8.09.0051*. Juiz: Jussara Cristina Oliveira Louza. Disponível em: <[https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica?PaginaAtual=6&Id\\_MovimentacaoArquivo=126559336&hash=3484355545896071775575291764135877636&id\\_proc=undefined](https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=126559336&hash=3484355545896071775575291764135877636&id_proc=undefined)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

para a manutenção da saúde física e mental, também devem ser respeitados o direito ao trabalho, ao estudo e ao descanso de um terceiro.

Verifica-se, assim, que devem ser analisadas as peculiaridades de cada caso, ainda mais nesse período de excepcionalidade. Assim, a teoria de Ihering deve ser revisitada, e o direito de vizinhança deve ser revisto a partir dos novos parâmetros trazidos pela pandemia.

### 3. A ATUAL CONFIGURAÇÃO DA PONDERAÇÃO ENTRE DOIS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O SOSSEGO E A PROPRIEDADE.

Uma vez verificado o confronto atual entre o direito ao sossego e o uso da propriedade, principalmente em relação a barulhos altos, deve-se discutir como o problema pode ser solucionado. Apesar de existir possível resposta no direito penal, que prevê o ato de perturbar o sossego alheio como contravenção penal<sup>31</sup>, tal solução deve ser a última a ser adotada, sob pena de desvirtuar justamente a função do direito de vizinhança. Ferreira e Montes Netto<sup>32</sup> defendem que o direito de vizinhança deve ser aplicado principalmente nesse estado de crise provocado pelo novo coronavírus, a fim de pacificar a vida em sociedade e harmonizar as relações entre vizinhos.

Portanto, para que a imposição de restrições ao direito de propriedade seja melhor aceita por todos, a limitação a tal direito fundamental deve ser realizada de forma a permitir que o indivíduo tenha o sentimento de que recebeu uma decisão a mais justa possível. Desse modo, considerando que não existe nenhum dispositivo constitucional que solucione expressamente a colisão de direitos fundamentais<sup>33</sup>, devem ser tomados certos cuidados.

De início, Mendes<sup>34</sup> defende que as restrições aos direitos fundamentais devem respeitar os “limites dos limites” (*Schranken- Schranken*), decorrentes da própria Constituição, que dizem respeito à proteção do núcleo essencial do direito fundamental em discussão, devendo ser

<sup>31</sup>BRASIL. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2022.

<sup>32</sup>FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. *O direito fundamental de propriedade nos condomínios edilícios em tempos de pandemia*. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n.8, p. 621, out/2020. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2068/1625>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

<sup>33</sup>Ibid., p. 622.

<sup>34</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 211.



observada a proporcionalidade das restrições. Contudo, há até hoje cizânia doutrinária quanto aos fundamentos do princípio da proporcionalidade, conforme ensina Mendes.<sup>35</sup>

Assim, o autor divide as teses entre aquelas que (i) entendem o princípio como postulado do Estado de Direito; (ii) defendem que o princípio se basearia nos próprios direitos fundamentais; (iii) vêm o princípio como originado no direito suprapositivo. No Brasil, a primeira referência relevante ao princípio da proporcionalidade ocorreu no julgamento do RE 18.331<sup>36</sup>, época em que prevalecia no Supremo Tribunal Federal a relação entre a proporcionalidade e a proteção ao direito de propriedade.

Por sua vez, foi somente no julgamento da ADI 855<sup>37</sup>, que o Ministro Moreira Alves afirmou que o princípio da proporcionalidade decorreria diretamente do devido processo legal material. Foi a partir desse momento, segundo Mendes<sup>38</sup>, que o princípio da proporcionalidade se desenvolveu como postulado constitucional autônomo, cuja sede material seria o devido processo legal.

Assim, utilizando-se da tese criada por Alexy, com base no princípio da proporcionalidade, deve ser feita a ponderação, técnica usada por boa parte das cortes constitucionais do mundo atualmente.<sup>39</sup> Nesse sentido, devem ser observados os três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Fernandes<sup>40</sup> informa que para Alexy somente seguindo este método poderia se chegar a um critério racional de ponderação.

No que diz respeito à adequação, deve-se verificar se a restrição ao direito é apta a alcançar o resultado pretendido, ou pela menos fomentada. Logo, o objeto final não precisa ser necessariamente alcançado, mas deve ter sido promovido.<sup>41</sup> Nesse sentido, deve-se examinar no caso concreto se a restrição ao uso da propriedade pode gerar o sossego do vizinho.

---

<sup>35</sup>Ibid., p. 218.

<sup>36</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE n° 18331* Relator para acórdão: Ministro Ozozimbo Nonato. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119904>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

<sup>37</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 855*. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em: 11 mar. 2022.

<sup>38</sup>MENDES, op. cit., p. 224-225.

<sup>39</sup>BARROSO, Luís Roberto; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al (Org.) *Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. em Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 58.

<sup>40</sup>FERNANDES, op. cit., p. 266-268.

<sup>41</sup>Ibid. p. 267.

Em seguida, no que tange à necessidade, analisa-se se a medida adotada é a menos gravosa possível. Ou seja, a medida só pode ser aprovada quando não houver outra que restrinja em menor intensidade o direito atingido.<sup>42</sup>

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é explorada após a perquirição dos dois subprincípios iniciais. Sarmiento<sup>43</sup> sintetiza a proporcionalidade em sentido estrito como uma relação “custo-benefício” entre o ônus gerado pela limitação e o bônus que pretende ser gerado. Desse modo, deve-se colocar na balança, no caso concreto, os benefícios à saúde física e mental gerados pelo direito ao sossego e o ônus da limitação de uso da propriedade.

Contudo, tal método de solução de conflitos não é isento de críticas. Fernandes<sup>44</sup> defende que o uso irrestrito desse caminho pelo poder judiciário geraria decisões dotadas de puro arbítrio, ao sabor das preferências pessoais dos julgadores. Consequentemente, haveria a desnaturação do princípio da separação dos poderes, com a politização do judiciário, que se limitaria a decisões de custo/benefício sociais.

Nesse sentido, Streck<sup>45</sup> constrói uma Teoria da decisão que seria mais adequada ao constitucionalismo contemporâneo, estabelecendo entre outros a garantia a integridade e coerência do direito, que deve ser visto como um sistema integrado com os princípios e a tradição a que está inserido.

Além disso, estipula também a fundamentação das decisões como um dever básico dos magistrados. Seria um encargo de prestação de contas do juiz para com os seus jurisdicionados.

Por fim, cada cidadão possuiria a garantia de que sua causa será julgada a partir da Constituição, com as devidas condições de verificação. Seria um direito fundamental a uma resposta constitucional adequada.

Assim, incorporando o método de Alexy com as proteções propostas por Streck, haveria a garantia de que o direito à propriedade possa ser limitado para permitir o exercício do direito ao sossego, tão caro e importante para a saúde física e mental do indivíduo. Principalmente no período de pandemia, em que novos conflitos surgiram, opondo principalmente o direito ao lazer de um lado e o direito ao descanso de outro.

---

<sup>42</sup>BARROSO, op. cit., p. 59.

<sup>43</sup>SARMENTO apud FERNANDES, op. cit., p. 269.

<sup>44</sup>FERNANDES, op. cit., p.270

<sup>45</sup> STRECK apud FERNANDES, p. 283.

## CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os impactos da pandemia de Covid-19 em relação ao direito à propriedade e ao sossego. Buscou-se evidenciar, com o auxílio da doutrina e a da jurisprudência, de que forma o direito de vizinhança pôde contribuir para solucionar essas novas demandas que surgiram durante o período de isolamento.

Verificou-se, de início, que o proprietário ou possuidor do imóvel tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais ao seu sossego provocadas pela utilização da propriedade vizinha. Concluiu-se que a partir da visão de direito civil constitucionalizado, o direito ao sossego deve ser visto como direito fundamental, inerente a personalidade, uma vez que interfere na integridade fisio-psíquica do indivíduo.

Assim, restou demonstrado que o direito ao sossego deve ser vislumbrado como direito da personalidade, que permite o afastamento de ruídos excessivos que possam comprometer a incolumidade da pessoa e a normalidade de sua vida, nas horas de atividade e de descanso. Com o surgimento da pandemia de Covid-19 e a necessidade de isolamento social e trabalho remoto, a casa se transformou no principal espaço de vivência.

Nesse aspecto, evidenciou-se a relevância da pesquisa face às novas dinâmicas sociais que foram formadas durante o período de isolamento. Observou-se que a proximidade entre as propriedades vizinhas e as diversas atividades que passaram a ser realizadas dentro do ambiente doméstico geraram novos conflitos.

Coube então ao direito de vizinhança, como forma legalmente instituída de limitação da propriedade, cuidar dos conflitos causados pelo uso anormal da propriedade, a fim de possibilitar a coexistência pacífica entre vizinhos. Da conjugação das fontes de conhecimento apresentadas, examinou-se que o direito de vizinhança serve a coibir as interferências que ocorrem do uso inerente do imóvel.

Como visto, na vizinhança comum, adotou-se a teoria proposta por Ihering, para quem o uso anormal da propriedade deve ser avaliado de acordo com um grau médio de tolerabilidade, a ser examinado a partir de parâmetros relativos, que podem mudar conforme a época e a localidade. Nesse sentido, durante a pandemia de Covid-19, os parâmetros para solução dos conflitos tiveram que ser modificados, para considerar de um lado o direito ao repouso e ao trabalho silencioso, e, em outra perspectiva, o direito ao lazer e ao esporte, que também passaram a ser realizados em casa.

Nesse período de excepcionalidade, a ponderação entre os direitos fundamentais ao sossego e à propriedade precisou ser feita de forma a pacificar a vida em sociedade e harmonizar as relações entre os vizinhos. Tal colisão precisou ser analisada no caso concreto e as decisões judiciais que já foram tomadas usaram principalmente a fundamentação baseada no princípio da proporcionalidade, já consolidado nos Tribunais Superiores.

Em que pese a utilização contínua da teoria formulada por Alexy, verificou-se que seu uso irrestrito pode gerar decisões arbitrárias, amparadas apenas pela vontade do julgador. Nesse sentido, analisou-se a teoria proposta por Streck, que estabelece a necessidade da coerência do direito, a ser observado como um sistema integrado. Além disso, destacou-se a obrigação do juiz de fundamentar suas decisões, o que seria um encargo de prestação de contas para com a sociedade.

Observou, portanto, que somente com as proteções previstas por Streck para garantir um julgamento conforme a Constituição, pode realmente ser aplicado o princípio da proporcionalidade para a resolução dos novos conflitos entre vizinhos. Concluiu-se, desse modo, que os diversos conflitos que surgiram a partir da convivência forçada pela pandemia de Covid-19 devem ser tratados de acordo com a ponderação entre os direitos fundamentais.

Importante e necessário foi o encargo de analisar e compreender os diversos desdobramentos da pandemia de Covid-19 na área do direito de vizinhança. Por certo, a averiguação do tema vai além, dada a complexidade e a constante evolução da questão.

## REFERÊNCIAS

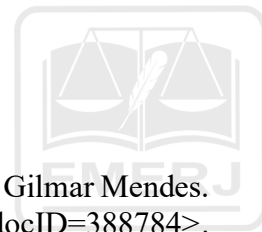
BARROSO, Luís Roberto. *Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al (Org.) *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 18 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 18331*. Relator para acórdão: Ministro Ozimbo Nonato. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119904>>. Acesso em: 12 mar. 2022.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 201819*. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 19 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI 855*. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em: 11 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1050964-10.2019.8.26.0100*. Relator: Des. Celso Pimentel. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153662078/apelacao-civel-ac-10509641020198260100-sp-1050964-1020198260100/inteiro-teor-1153662212>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos de Goiânia. *Processo n. 5333234.29.2020.8.09.0051*. Juiz: Jussara Cristina Oliveira Louza. Disponível em: <[https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica?PaginaAtual=6&Id\\_MovimentacaoArquivo=126559336&hash=3484355545896071775575291764135877636&id\\_proc=undefined](https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=126559336&hash=3484355545896071775575291764135877636&id_proc=undefined)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Juizado especial Cível e Criminal de Birigui/SP. *Processo n. 0002046-90.2021.8.26.0077*. Juiz: Vinicius Nocetti Caparelli. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=000204690.2021.8.26.0077>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 319*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/329>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

CARNACCHIONI, Daniel. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 4.ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

COSTA, Dilvanir José da. O direito de vizinhança e suas novas vertentes. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 38, n° 152, out./dez. 2001. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/736/r15219.pdf?sequence=4#:~:text=II%20%E2%80%93%20Teoria%20do%20uso%20normal,para%20a%20solu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conflitos>>. Acesso em: 28 fev. 2022

DANTAS, Sant Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, [e-book]. Disponível em: <[https://www.santiagodantas.com.br/wpcontent/uploads/o\\_conflito\\_de\\_vizinhanca\\_e\\_sua\\_composicao.pdf](https://www.santiagodantas.com.br/wpcontent/uploads/o_conflito_de_vizinhanca_e_sua_composicao.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. *O direito fundamental de propriedade nos condomínios edilícios em tempos de pandemia*. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n.8, out/2020. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2068/1625>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Do uso anormal da propriedade no novo código civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista21/revista21.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

MAIA, Tim. *Sossego*. Disponível em: <<https://www.lettras.mus.br/tim-maia/69032/>>. Acesso em: 17 out. 2021.

MELLO, C. de Moraes; COELHO, Manuel Morgadinho dos Santos. *Direito Civil-Constitucional e os direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares*. Revista da Faculdade de Direito da UFG. Goiás. v.40, n.2, 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/42225>>. Acesso em: 18 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Sâmelá Santana Vieira. *O direito ao sossego no aspecto da proteção contra perturbação sonora sob a ótica da função ambiental da propriedade*. 2019. 147 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, Salvador. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30995/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20S%C3%A2mela%20Santana%20Vieira%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *O direito ao sossego: uma análise do artigo 1.277 do Código Civil à luz da Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Porto Alegre, v. 4, n. 2, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/4927/pdf>>. Acesso em: 18 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, [e-book].

SARMENTO apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, [e-book].

STRECK apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Fundamentos do Direito Civil: direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, [e-book].





## A IMPLANTAÇÃO DO IRDR COMO UMA SOLUÇÃO DE GESTÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Fernanda Trindade dos Santos de Almeida.

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ – Advogada.

**Resumo** – O Código de Processo Civil que entrou em vigor no ordenamento jurídico em 2016 implementou o Incidente de Resolução de demandas repetitivas, com o objetivo de padronizar as decisões judiciais trazendo mais celeridade e segurança jurídica. Nesse sentido, surgiram controvérsias doutrinárias acerca dos avanços e retrocessos trazidos com a implementação dessa técnica de julgamento, mormente se considerado que a sua aplicabilidade esbarra em situações já abarcadas pelo julgamento das ações coletivas. Para tanto, defende-se a premente necessidade de ampla observância do princípio do contraditório e da ampla defesa no julgamento desses incidentes, da atenta escolha da causa piloto que ensejará o julgamento do incidente bem como de uma constante revisitação da tese firmada a fim de impedir que o juiz seja um mero aplicador de teses sem analisar os argumentos e provas do caso concreto.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Incidente de resolução de demandas repetitivas – Princípio do Contraditório. Representatividade Adequada.

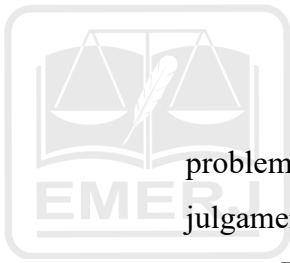
**Sumário** – – Introdução. 1. A implantação do IRDR no ordenamento jurídico brasileiro e a sua coexistência com os mecanismos legais existentes nas ações coletivas que visam o mesmo objetivo. 2. A implantação do IRDR como uma forma de gestão processual do poder judiciário. 3. A uniformização da jurisprudência que se busca com o IRDR em contraponto ao exercício do direito ao contraditório e da representatividade adequada. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a amplitude dos julgamentos oriundos dos recursos repetitivos e a falta de participação dos litigantes na formação do convencimento dos julgadores. Procura-se demonstrar que mesmo antes da implementação do IRDR já existia no ordenamento jurídico mecanismos legais nas ações coletivas que poderiam gerar os mesmos efeitos daqueles pretendidos com o novo instituto jurídico.

Para tanto, traz-se a tona os mecanismos existentes nas ações coletivas em comparação àqueles adotados no IRDR de modo a se discutir que o conteúdo desta nova ferramenta não trouxe grande inovação.

A partir desta análise comparativa, discute-se se a criação do recurso repetitivo pelo novo ordenamento processual civil aparentemente visa solucionar um mero



problema de gestão do Poder Judiciário sem se ater à falta de representatividade no julgamento destas demandas e sem o efetivo exercício do contraditório.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a inovação trazida pelo Novo código de processo civil no tocante a implementação do IRDR.

Neste capítulo busca-se analisar o contexto em que o IRDR foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, um momento em que o Poder Judiciário está assoberbado de processos e, ainda, um momento em que não obstante as ações coletivas integrem de forma intensa o ordenamento jurídico pátrio, há uma deficiência na comunicação e divulgação destas ações.

Analisa-se, ainda, se a implementação do IRDR decorre de um diagnóstico de excesso de acesso a justiça, que demandaria aos órgãos julgadores se manifestarem repetidamente sobre os mesmos assuntos em vários processos e se seria essa a causa do assoberbamento do poder judiciário.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre a existência no ordenamento jurídico de mecanismos que já conferiam um julgamento uniformizado de demandas idênticas, tal qual se preconiza com a implementação do IRDR, por meio das ações coletivas.

O terceiro capítulo traz a tona a discussão sobre a implementação do IRDR como uma questão de gestão do poder judiciário em contraponto a real necessidade de proporcionar a segurança jurídica e a estabilização das demandas judiciais. Para tanto, foi necessário refletir se mesmo sem uma representatividade adequada no julgamento dessas demandas, tais decisões atingiriam o escopo do instituto.

Finaliza-se o capítulo analisando os mecanismos que poderiam ser utilizados de forma a afastar das decisões oriundas do IRDR as violações a princípios constitucionais apontadas neste artigo, em contraponto à necessidade de utilizar a técnica do IRDR para reduzir o acervo do poder judiciário.

Analisa-se se há igualdade de armas na produção do precedente oriundo do IRDR eis que muitas vezes haverá grande discrepância técnica entre as partes que ocuparão os polos da demanda.

A pesquisa é desenvolvida pelo método exploratório e bibliográfico onde são apresentadas algumas hipóteses e será realizada pesquisa bibliográfica para buscar citações que facilitem a compreensão do tema.

Assim, o assunto a ser discutido no artigo será feito sob uma abordagem necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia



pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

## 1. A IMPLEMENTAÇÃO DO IRDR NA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS AÇÕES COLETIVAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é uma forma de julgamento oriundo do Direito Alemão que foi implementado no direito brasileiro por meio das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Essa forma de julgamento se encontra regulada nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil<sup>1</sup> e tem como objetivo proporcionar celeridade, segurança jurídica e isonomia ao permitir o julgamento conjunto de demandas que versem sobre a mesma questão de direito.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 se encontram dispostos os princípios constitucionais supracitados, que levaram à implementação do IRDR, conforme se infere do trecho abaixo reproduzido: “Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia”<sup>2</sup>

Além da passagem acima, consta ainda da Exposição de Motivos do CPC de 2015 que o novo ordenamento jurídico deveria se preocupar com a duração razoável do processo, haja vista que a demora na prestação jurisdicional, configura, sob certa medida, ausência de justiça.

Foi sob essa retórica que o IRDR foi criado, ou seja, sob os argumentos de que uma prestação de justiça mais célere é uma necessidade cogente, criando um mecanismo que, em tese, daria vazão a um grande volume de processos ao julgar de forma igual demandas com o mesmo objeto.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 2 abr. 2022

<sup>2</sup> Ibidem.



Acontece que mesmo antes da implementação do IRDR já existia no ordenamento jurídico mecanismos legais nas ações coletivas que poderiam gerar os mesmos efeitos daqueles pretendidos com o novo instituto jurídico.

Com efeito, no julgamento de ações que tratem dos interesses ou direito coletivos ou difusos, as pretensões podem ser agrupadas em pretensões homogêneas por sua origem comum, permitindo que a decisão que seja tomada neste julgamento atinja um maior número de pessoas que estejam na mesma situação.

Nesta toada, foi implementada por meio da Lei nº 7.347/85 a lei da Ação Civil Pública, que inaugurou o tratamento dos direitos difusos e coletivos, de natureza indivisível no ordenamento jurídico brasileiro.

Anos mais tarde, a Constituição Federal de 1988 imbuída do espírito de amparar os litígios metaindividuais e pluri-individuais, implementou o Mandado de Segurança Coletivo, as Ações Coletivas de Associações, conferiu legitimidade para ajuizamento de demandas pelos Sindicatos ao Ministério Público aos Índios, suas comunidades e organizações.

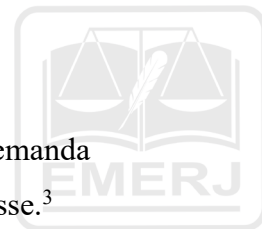
Na década de 90 chega ao ordenamento jurídico pátrio o Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei nº 8078/90 ampliando a abrangência da Ação Civil Pública e permitindo o ajuizamento dessas ações à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo. Além disso, criou um sistema pioneiro no *civil law* permitindo a defesa de direitos subjetivos divisíveis, que além de poderem ser tratados separadamente podem ser agrupados por sua origem comum.

No momento em que tais dispositivos foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio, o que se buscava era o acesso à justiça, ou seja, propiciar que um maior número de pessoas pudesse ter acesso ao judiciário para ter suas demandas resolvidas da forma mais simplificada possível.

Dentro deste raciocínio, a legislação trouxe mecanismos de que embora fosse possível o ajuizamento da demanda coletiva sobre determinado assunto, não estaria impossibilitado o ajuizamento da demanda individual caso o interessado assim preferisse.

Para tanto, deveria haver mecanismos na lei que pudessem possibilitar ao litigante saber se determinado assunto estava em julgamento em ações coletivas ou não. Deveria ele ter meios de saber se havia a seu favor algum julgamento que o beneficiasse e que o possibilitasse ajuizar alguma ação executiva.

Como é cediço, nas ações coletivas, a decisão ali proferida poderia atingir ou não qualquer cidadão que estivesse na mesma situação jurídica englobada naquela ação.



Entretanto, a vinculação era opcional eis que o cidadão poderia ajuizar a sua demanda individual, sob o mesmo objeto, caso o desfecho da ação coletiva não o beneficiasse.<sup>3</sup>

Acontece que para que o cidadão pudesse usufruir dos benefícios oriundos deste julgamento eventualmente proferido a seu favor, seria necessária uma ampla divulgação acerca de tais julgamentos.

Ocorre que, não obstante as inovações trazidas pelas ações coletivas, os mecanismos de comunicação dos julgamentos não foram implementados a contento. Deste modo, o que se viu foi um “excesso de acesso” eis que em vez de os mecanismos criados pelas ações coletivas otimizarem o acesso ao judiciário fazendo com que os cidadãos se utilizassem das decisões proferidas nas ações coletivas, elas duplicaram a opção de acesso fazendo com que o cidadão pudesse optar pela ação coletiva e a ação individual, duplicando a possibilidade de acessos sobre o mesmo tema.<sup>4</sup>

Sendo assim, o IRDR foi criado dentro de um ordenamento jurídico que já possuía diversos mecanismos que tinham como objetivo dar o mesmo tratamento a demandas com o mesmo objeto, quais sejam, as demandas coletivas, tal qual pretendeu, agora, o IRDR<sup>5</sup>. Dentro deste contexto, diferentemente do que aconteceu com as ações coletivas que surgiram em um cenário de promover acesso a justiça aos cidadãos, o IRDR surge como uma forma de solucionar um problema de gestão do Poder Judiciário.

Acontece que diversamente do que ocorre nas ações coletivas, no julgamento do IRDR, além dos interessados não poderem exercer o contraditório, elas não têm o direito ao *opt out*.

Explica-se. Nas demandas coletivas o polo ativo é ocupado por órgãos legitimados pela lei para tanto, conforme previsto no artigo 5º da Lei 7.347/85<sup>6</sup>, quais sejam: Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à

<sup>3</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de processo coletivo*. Bahia: Juspodium, 2020. p.119/120

<sup>4</sup> COSTA, Suzana Henriques da. *O controle judicial da representatividade adequada: Uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4181262/mod\\_resource/content/1/Texto%20representatividade%20adequada.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4181262/mod_resource/content/1/Texto%20representatividade%20adequada.pdf)> Acesso em 19.out.2021.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 7347/85*, de 24 de julho de 1985. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm). Acesso em: 06.jun. 2022.



livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Com efeito, ao prever expressamente quem são os legitimados a ajuizar as demandas coletivas, o ordenamento pátrio buscou resguardar o princípio da representatividade adequada, que é um corolário do devido processo legal.

Isso porque, ao elencar taxativamente quem são os legitimados a ocupar o polo ativo nas demandas coletivas, o legislador buscou determinar as pessoas que podem litigar em nome da classe, defendendo-a de modo eficaz, eis que tais pessoas teriam o poder de, satisfatoriamente fazer valer os interesses dessa classe.

Entretanto, não é isso que acontece no julgamento do IRDR. Nestes julgamentos, o processo que será objeto da controvérsia é escolhido de forma aleatória pelo órgão julgador. Por esta razão, aquele que ocupa o polo ativo da demanda, diversamente do que acontece nas ações coletivas, pode não exercer de forma satisfatória a representação dos direitos dos representados.<sup>7</sup>

Sendo assim, julgamentos são proferidos de modo a alcançar todos os jurisdicionados que estejam na mesma situação jurídica, sem que o polo ativo tenha sido ocupado por alguém que represente os interesses da classe de modo eficaz.

Deste modo, percebe-se que o IRDR ao criar um mecanismo de julgamento em massa, fere princípios trazidos com a implementação das ações coletivas, no que toca à representatividade adequada.

Conforme ensina a professora da USP de São Paulo Dra. Suzana Henriques da Costa<sup>8</sup>:

a representatividade adequada possui um grande conteúdo legitimador da sentença coletiva. Afinal, se a decisão prolatada surtirá efeito sobre uma coletividade a qual não participou de fato do processo, exige-se que o seu interesse tenha sido devidamente representado pelo sujeito que litigou em seu nome. Toda a técnica processual do processo coletivo, portanto, transita em torno da noção de representatividade. É este conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos erga omnes, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo. Garantir que a classe tenha sido adequadamente representada é, em última instância, garantir a observância do devido processo legal, em seu sentido substancial (due process of law). Em outros termos, é a garantia de que a coletividade que se sujeitará ao quanto decidido no processo tenha sido satisfatoriamente ouvida e defendida.

---

<sup>7</sup> COSTA, op.cit..p.6

<sup>8</sup> Ibidem



Como se vê, a preocupação com a representatividade adequada não foi reproduzida na criação do IRDR. Isso porque além de os jurisdicionados por decisões proferidas neste tipo de julgamento não poderem exercer o contraditório, eles não têm o direito ao *opt out*, como resguardado nas ações coletivas, no artigo 104 da lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor.<sup>9</sup>

No afã de resolver o problema estrutural de acúmulo de demandas no judiciário, o legislador processual civil mitigou um elemento essencial à garantia do devido processo legal resguardado pela representatividade adequada, uma vez que para sujeitar alguém a uma determinada decisão, ela deveria ter sido minimamente ouvida, ainda que fosse por meio de um representante que adequadamente trouxesse a juízo seus interesses.

## 2. O IMPACTO DA OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES ORIUNDAS DO IRDR NAS AÇÕES INDIVIDUAIS EM CONTRAPONTO ÀS DECISÕES ORIUNDAS DAS AÇÕES COLETIVAS

A coisa julgada no processo coletivo é regida pelos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor<sup>10</sup>. Segundo é possível extrair da leitura dos citados dispositivos bem como da doutrina que norteia a matéria, a coisa julgada nas demandas coletivas não possui efeito *erga omnes*.

De acordo com a previsão contida nestes dispositivos legais, pode a coisa julgada ser *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme seja a ação fundada em direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

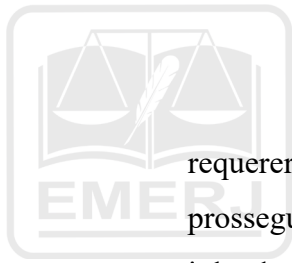
Nos termos do que nos ensina a legislação brasileira, o instituto da coisa julgada, quando se trata de processo coletivo, atinge somente a parte dispositiva, tornando-a imutável e indiscutível. Quanto ao limite subjetivo, diferentemente do que ocorre no processo individual, a coisa julgada alcança toda a coletividade (direito difuso; coisa julgada *erga omnes*) ou todos os integrantes do grupo, classe ou categoria (direitos coletivos *stricto sensu*; coisa julgada *ultra partes*) ou todas as pessoas unidas pela origem comum (direito individual homogêneo; coisa julgada *erga omnes*).<sup>11</sup>

Dentro desta toada, o indivíduo que tiver proposto ação individual, antes do ajuizamento da ação coletiva, se quiser se beneficiar da sentença de procedência terá que

<sup>9</sup> Ibidem

<sup>10</sup> BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em: 16 mai. 2022.

<sup>11</sup> COSTA. op.cit., p.6



requerer a suspensão de seu processo individual. Neste caso, o indivíduo tem duas opções: prosseguir com a sua ação individual, correndo o risco de seu pedido individual ser julgado improcedente e não poder ser beneficiado pela sentença coletiva<sup>12</sup> ou requerer a suspensão de seu processo individual para que depois possa se beneficiar da sentença coletiva quando procedente.

Se esta for de improcedência, poderá requerer o prosseguimento do feito<sup>13</sup>. Se o indivíduo não tiver promovido ainda a ação individual, poderá fazê-lo, mesmo após o ajuizamento da ação coletiva, incidindo também a regra.

A fim de promover a maior adesão dos cidadãos à análise da pertinência acerca do pedido de suspensão ou não das suas demandas, deveria haver maior divulgação destas ações nos meios de comunicação social de massa (televisão, rádio), além da publicação de informe em jornais de ampla circulação, como meio de facilitação da defesa do consumidor em juízo.

Ainda com esse propósito, deveria ser criado um banco de dados nacional que contivesse informações sobre todas as ações coletivas ajuizadas, a fim de que os litigantes possam escolher de forma consciente acerca da suspensão ou não das suas demandas.

Isso porque de tudo que fora alegado acima, denota-se que já existia, antes da implementação do IRDR no ordenamento jurídico pátrio, mecanismos suficientes a garantir a uniformização de decisões acerca de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

O que se constata, então, é que o que falta é uma maior divulgação destes mecanismos perante a sociedade a fim de otimizar a utilização deste instrumento ainda tão desconhecido de leigos e atuantes do direito.

Denota-se, portanto, que quando da implementação do IRDR no ordenamento jurídico pátrio já existiam mecanismos suficientes para solucionar a questão das demandas repetitivas e da litigância em massa.

O que não há é a divulgação desses meios nem tampouco a concessão de mecanismos que possibilitem aos cidadãos realizar uma escolha informada acerca dos prós e contras de se requerer a suspensão do seu processo individual enquanto aguarda o desfecho no processo coletivo.

---

<sup>12</sup> “A pendência de ação individual não suspensa, é uma excludente da eficácia e, conseqüentemente, do espectro da extensão ‘erga omnes’” (ALVIM, Arruda; et al. *Código do consumidor comentado*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 71)

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei n° 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 16 mai. 2022





No Brasil, muito embora o legislador não tenha optado por adotar o controle de representatividade adequada, optou-se pela presunção de que os legitimados legalmente listados seriam os representantes adequados para invocar a tutela jurisdicional supra individual.

Assim, no processo judicial brasileiro, os legitimados a ingressarem com ações coletivas o fazem segundo previsão legal, diante de uma ideia de que aqueles que lá estão são as partes mais aptas a representarem judicialmente toda a coletividade acerca daquele tema.

Por outro lado, no caso do IRDR a escolha do caso-piloto não possui requisitos tão rígidos quanto no caso das ações coletivas. Esse processo representativo pode ter no seu polo ativo qualquer litigante, seja ele bem ou mal representado, portador ou não de condições econômicas para fazer valer o seu direito em juízo, detentor ou não da melhor tese acerca daquele tema.

Fato é que a decisão oriunda do julgamento proferido em IRDR fará efeitos *erga omnes* mesmo decorrente de decisão proferida em processo que nem sempre será a melhor demanda em que essa discussão poderia ser travada.

Para Daniel Amorim Assumpção<sup>14</sup>, há uma grande preocupação com a vinculação à decisão proferida em IRDR de quem não participa do julgamento. Isso porque mesmo sem qualquer possibilidade de atuação sobre aquela demanda, a decisão oriunda em IRDR se abate sobre todos os cidadãos em igual situação.

Por outro lado, nas ações coletivas se o interessado não participa do seu julgamento e ela acarreta um julgamento que não resguarda seus interesses, o interessado terá outras oportunidades de fazer valer o seu direito.

Nesta toada, ao ser implementado o IRDR no sistema jurídico brasileiro, a coisa julgada *secundum litem in utilibus* será desconsiderada quando do julgamento dos Recursos Repetitivos, haja vista que as decisões proferidas nestes julgamentos afetam a todos indistintamente.<sup>15</sup>

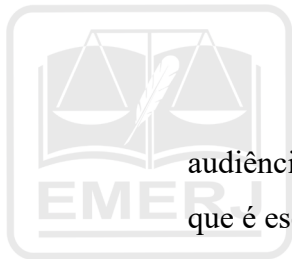
Segundo afirma Susana Henriques da Costa<sup>16</sup>, as decisões proferidas em sede de IRDR são decisões sem uma participação eficiente dos interessados. Isso porque além de não contar com uma legitimação prevista legalmente, em poucos casos são feitas

---

<sup>14</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 567

<sup>15</sup> *ibidem*

<sup>16</sup> COSTA, *op.cit.*p.6



audiências públicas além de não haver uma representatividade adequada sobre o processo que é escolhido como processo representativo.

Assim, pelo fato de que os litigantes não têm a opção, no IRDR, de não se vincularem ao julgamento daquela demanda é que deveria haver uma maior preocupação sobre qual será o processo piloto naquela controvérsia.

Conforme critica a professora Suzana Henriques da Costa, a produção da decisão no IRDR não garante a igualdade na produção do precedente, haja vista que não se garante a paridade de armas entre os litigantes. A igualdade na produção do precedente, segundo a professora, é uma mera eventualidade eis que a participação de *amicus curiae* nem sempre é aceita e a realização de audiências públicas é uma mera faculdade do julgador.<sup>17</sup>

Assim, segundo a professora, se fosse implementado no ordenamento jurídico a representatividade adequada, à semelhança do que acontece no direito americano, seria possível garantir uma maior igualdade na produção do precedente, trazendo uma maior justiça na produção do resultado eis que haverá paridade de armas entre os litigantes.

O que se vê, portanto, é que de acordo com o NCPC, qualquer causa repetitiva, desde que pendente no tribunal, poderá dar ensejo à instauração do IRDR. Não se exige uma análise cuidadosa acerca da existência de homogeneidade entre as questões envolvidas no processo pendente no tribunal e nos demais processos repetitivos<sup>18</sup>.

Logo, chegando ao tribunal a primeira causa repetitiva, qualquer legitimado pode, de imediato, requerer a instauração do incidente processual, mesmo que essa demanda não seja a que melhor representa a controvérsia. Pior: a ideia de julgamento abstrato do IRDR permite aplicar a tese jurídica às causas futuras, referentes a litigantes que não tiveram qualquer possibilidade de participação e influência no julgamento coletivo.

Ademais, como destaca Leonardo Greco, até

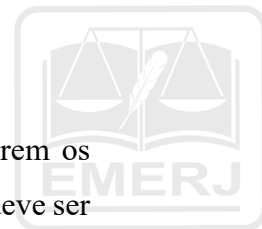
mesmo quanto aos casos pretéritos, os tribunais superiores em nosso país têm manifestado uma nefasta má vontade em examinar a correção da aplicação dos seus julgamentos-piloto aos casos concretos pelos tribunais inferiores, como se, a partir dessas decisões de caráter geral, não mais lhes coubesse a responsabilidade de velar pela correta aplicação da Constituição de das leis<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> idem

<sup>18</sup> GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.43

<sup>19</sup> idem



Na realidade, o IRDR coloca no Brasil a possibilidade de se concretizarem os efeitos da ação coletiva sem o correspondente controle de representatividade que deve ser ínsito a esse modelo. Afinal, se o cidadão será representado e poderá ser atingido por uma decisão desfavorável, o mínimo que se espera é que se tenha uma representatividade controlada a fim de que se possa ter uma decisão baseada nos princípios constitucionais do contraditório da ampla defesa e do devido processo legal.

### 3. A IMPLEMENTAÇÃO DO IRDR COMO SOLUÇÃO DE GESTÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CONTRAPONTO À SEGURANÇA JURÍDICA E À ESTABILIZAÇÃO DAS DEMANDAS JUDICIAIS

Conforme abordado nos capítulos anteriores, quando o IRDR foi implementado, já havia no ordenamento jurídico pátrio mecanismos processuais que garantiam a adoção de soluções uniformizadas para processos idênticos, a exemplo do que acontecia nas ações coletivas.

Infelizmente, a falta de percepção da relevância da tutela coletiva para o próprio Poder Judiciário, como meio legítimo para o desempenho por esse órgão, da sua função, acabou por repercutir no seio da instituição, com a criação de outros instrumentos que alcancem essa finalidade. De forma paradoxal, portanto, vê-se o poder judiciário diminuir o campo de atuação da tutela coletiva e, ao mesmo tempo, encontrar as alternativas interpretativas para poder gerir a quantidade de casos idênticos que lhe é submetido.<sup>20</sup>

Com a adoção da padronização decisória acreditou-se que poderia ser atingida a expectativa de trazer maior segurança jurídica ao cenário dos conflitos em massa, porque além de evitar decisões antagônicas para pessoas que se encontra em uma mesma situação jurídica, passará a existir uma harmonização de julgados que permitirá às partes deixar o paradigma de arriscar uma vitória com base no atual contexto de uma jurisprudência volátil e instável, por vezes, considerada lotérica.<sup>21</sup>

Dentro desse panorama, surgiu o IRDR. Trata-se de mais um artifício utilizado pelo legislador brasileiro na tentativa de reduzir o número de processos ajuizados, ante a

---

<sup>20</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.77.

<sup>21</sup> CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n.786, p.108-128, abr. 2021



previsibilidade do seu julgamento e da possibilidade de julgamento mais rápidos ante a imediata aplicabilidade dos julgados decididos em sede de recursos repetitivos.

Isso significa dizer que o IRDR surgiu no ordenamento jurídico como uma solução de gestão do acervo processual, em uma tentativa de diminuir o número de demandas ajuizadas bem como de tornar os julgamentos mais céleres.

É o que defende Nelson Nery Junior<sup>22</sup> ao afirmar que

[...], a decisão dotada de efeito vinculante almeja constituir-se como regra decisória de uma multiplicidade de casos concretos, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional, de modo que se tornaria despiciendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e à Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides sobrestadas. Vale dizer, o *stare decisis* à brasileira é encarrado muito mais como um instrumento para gestão de processos nos Tribunais Superiores do que um mecanismo apto a privilegiar a casuística, a igualdade e a coerência do ordenamento.

Verifica-se, portanto, que mais que um instituto efetivamente processual, o IRDR surge no ordenamento jurídico pátrio como um instrumento de gestão do acervo processual que, hoje, se apresenta demasiadamente alto.

Ocorre que ao adotar o IRDR como um mecanismo de gestão processual para reduzir acervos, o legislador brasileiro sacrificou princípios caros ao jurisdicionado, tais como o do contraditório e da ampla defesa.

Não se pode perder de vista que a estabilização de um quadro interpretativo que conduzirá a uma padronização decisória a formar uma efetiva decisão uniformizadora deve pressupor um contraditório dinâmico.

Na medida em que a escolha pelo processo-piloto no IRDR fica a cargo do tribunal, criou-se um ponto de reflexão acerca da possibilidade de os grandes litigantes, normalmente patrocinados por renomados escritórios de advocacia, cooptarem processos com representativa repercussão para que criem em seu benefício “boa jurisprudência” ao seu favor, eis que para tais litigantes seria favorável suportar o tempo de espera e lidar com os custos de uma forma diferente dos litigantes ocasionais<sup>23</sup>

Há que se ter em mente, ainda, que se a intenção precípua do IRDR ao ser implementado no ordenamento jurídico pátrio era uma uniformização das decisões

---

<sup>22</sup> NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs. direito Jurisprudencial*. In FREIRE, Alexandre [et.al] (coords.) *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodium, 2013, p.507.

<sup>23</sup> NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.199, p.55-56, set-2011



judiciais e conseqüentemente a diminuição do acervo processual, tal proposta tende a ter o efeito contrário.

É que, se por um lado a fixação do entendimento sobre o descabimento de uma determinada pretensão individual poderá desestimular o ajuizamento de novas ações, por outro a consolidação do entendimento favorável a um grupo retroalimentará um sem número de demandas individuais.<sup>24</sup>

Por essa razão, uma solução que em um primeiro momento tivesse a intenção de enxugar o acervo processual, pode ter o efeito rebote, aumentando o número de demandas, para aplicação de um precedente criado sem que em muitas das vezes, se tenha oportunizada a melhor discussão processual e nem tampouco o melhor debate.

Não se desconhece que a uniformização da jurisprudência, enquanto medida que conduz à previsibilidade, impõe-se como uma necessidade social, devendo o legislador prevê-la e regulá-la, a fim de assegurar a estabilidade da ordem jurídica, indispensável à confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, bem como a consolidação do respeito ao direito positivo.

De igual modo, é de importância indiscutível afastar as contradições e incoerências dos julgados, ou seja, prevenir divergências de orientação e tratamento diverso em situações idênticas. No entanto, o problema da uniformização de jurisprudência não deve obstacularizar a evolução do direito interpretado pelos tribunais.

Nessa toada, o que se espera é que esses precedentes e teses tenham a mais ampla e informada discussão, por meio de litigantes capazes juridicamente que proporcionem o melhor debate possível na sua formação.

Isso porque o que se vê com a implantação do IRDR é que estamos tendendo ao engessamento das decisões judiciais. Melhor explicando, qualquer que seja a argumentação utilizada pela parte e as provas por ela produzidas em juízo, o desfecho da demanda será sempre igual àquele alcançado no IRDR.

Com certo exagero acerca do tema, a opinião de José Eduardo Carneira Alvim<sup>25</sup>,

o precedente judiciário não chega a constituir, como se afirma, o tûmulo do direito, mas, do ponto de vista da dinâmica da interpretação da lei, não deixa de ser uma cova suficiente funda onde faz fazer o direito interpretado, porque, a partir do precedente, os próprios juizes, até pela lei do menor esforço, não se mostram dispostos a repensar as decisões que geraram o precedente.

<sup>24</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: *Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n 236, out. 2014, p.19.

<sup>25</sup> ALVIM, José Eduardo Carneira. *Manual do novo código de processo civil*. V. 5. Juruá, 2012, p.12.



É como se a norma viesse pronta e acabada, substituindo as alegações das partes, a fundamentação e a problematização da decisão, tornando desnecessária a interpretação da lei ou do texto constitucional, assim como o exame das alegações das partes para a resolução dos processos repetitivos sobrestados.<sup>26</sup>

A retórica e a técnica argumentativa tenderão a ficar de lado e, o próprio direito tende a permanecer obsoleto se não houver uma constante revisitação das teses firmadas em sede de IRDR.

## CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou trazer a discussão a questão da implementação do Incidente de Resolução de demandas repetitivas em um ordenamento jurídico que já contemplava mecanismos para discutir o tratamento isonômico de demandas iguais em processos repetitivos por meio das ações coletivas.

Buscou-se explorar que a implementação do IRDR no ordenamento jurídico brasileiro além de servir de instrumento para pacificar a interpretação jurídica no Brasil, também visava funcionar como um mecanismo de gestão do acervo de processos que ainda assoberba o poder judiciário brasileiro.

Verificou-se, também, que a alternativa das ações coletivas acabou sendo considerada secundária na tutela dos direitos individuais homogêneos, optando-se, preferencialmente pela propositura das ações individuais. Restou demonstrado que a criação de mecanismos processuais que estabelecem técnicas de julgamento padronizado, em massa, que geram efeitos a múltiplas demandas individuais, na tentativa de acelerar o julgamento de tais demandas foi utilizada como solução ao pouco uso das demandas coletivas com esse fim.

Conforme restou demonstrado, qualquer mecanismo que se proponha a servir de instrumento para pacificar a interpretação jurídica em um ambiente tão extenso e controverso com o nosso país, deveria considerar, na sua essência, um instrumento de exteriorização da orientação do sistema jurídico na sua plenitude. Isso porque, a rigor, toda a sociedade passa a ter interesse no deslinde daquela controvérsia, haja vista que ainda que nem todos venham a ser afetados de forma direta pelo resultado do julgamento em um primeiro momento, passam a ficar inexoravelmente a ela submetidos a partir do

---

<sup>26</sup> NERY, op.cit. p.13.

Constatou-se, também, que a escolha do caso piloto pode, em demasiadas vezes comprometer a formação da tese em determinado julgamento uma vez que nem sempre a escolha do processo representativo da controvérsia tem a capacidade de apresentar todas as perspectivas argumentativas possíveis para solucionar a controvérsia jurídica.

Abordou-se, ainda, a tendência de o IRDR implementar o engessamento do ordenamento jurídico tendo em vista que o juiz da causa passaria a ser um mero aplicador de teses firmadas nesses tipos de julgamento.

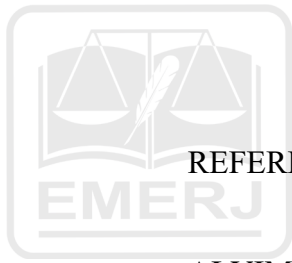
Criticou-se o fato de que a mera aplicação de tais precedentes acabaria por afastar a importância da apreciação das provas produzidas em juízo bem como dos argumentos trazidos aos autos pelas partes, eis que independentemente do que fosse arguido em juízo, o julgamento seria sempre o mesmo.

A relevância da pesquisa é evidenciada nos direitos que toca. De um lado a observância ao princípio da duração razoável do processo e do outro o direito ao julgamento embasado, por meio do exercício do contraditório e da ampla defesa, em um processo onde não apenas seja oportunizado às partes o direito da produção de provas e na influência do julgamento final, mas também, na utilização, pelo julgador, no seu convencimento, dos argumentos utilizados pelas partes ao longo da demanda.

Da conjugação de fontes de conhecimento apresentadas, restou claro que a doutrina ainda se divide acerca dos avanços e retrocessos implementados no ordenamento jurídico brasileiro com a introdução do IRDR por meio do Código de Processo Civil. Restou claro que a necessidade por soluções que garantissem a gestão do acervo processual era uma realidade, mas que as soluções adotadas por meio do microssistema do julgamento de demandas repetitivas não solucionam a questão como um todo e, ainda cria outros problemas.

Conclui-se, assim, que, diante da importância que o novo ordenamento jurídico processual lhe atribuiu, o IRDR não pode permanecer restrito a função de gestão de acervo processual do poder Judiciário devendo ser mantido o amplo contraditório e ampla defesa e evitando o engessamento das decisões judiciais que transformarão os juízes em meros aplicadores de precedentes.

Imperiosa foi a tarefa de compreender as diversas visões e entendimentos acerca dos benefícios e retrocessos trazidos ao ordenamento jurídico pelo IRDR, sendo certo que o estudo do tema vai além das questões abordadas neste artigo, haja vista que o tema se encontra em constante evolução dada a sua complexidade e importância.



## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Manual do novo código de processo civil*. V. 5. Juruá, 2012.

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. *Lei nº 8078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em 2 abr. 2022

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 2 abr. 2022

COSTA, Suzana Henriques da. *O controle judicial da representatividade adequada: Uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5146333/mod\\_resource/content/1/Susana%20Henriques%20da%20Costa\\_Representatividade%20adequada.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5146333/mod_resource/content/1/Susana%20Henriques%20da%20Costa_Representatividade%20adequada.pdf)>. Acesso em 19.out. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. rev. e atual. V. 3. Bahia: Juspodium, 2018.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis vs.direito Jurisprudencial. In FREIRE, Alexandre [et.al] (coord.) *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodium, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.199, p.55-56, set-2011

OLIVEIRA, Thais Hirata de. *Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário*. 2015. 272. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Congestionamento viário e congestionamento judiciário: Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário*. *Revista de Processo*. Disponível em: <<https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/20934>>. Acesso em 04 abr. 2022.





## RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO TRATAMENTO DE DADOS DOS CONSUMIDORES FRENTE AOS ATAQUES *HACKERS*

Gabriela Fernandes Lima  
Graduada pela Universidade  
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).  
Advogada.

**Resumo-** com o advento da LGPD/18, cujo objetivo é a regulamentação da proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, surgiram discussões acerca do regime de responsabilidade a ser aplicado aos agentes de tratamento de dados, tanto no âmbito do sistema de proteção de dados como no âmbito do direito do consumidor, em que a proteção de dados se torna tema relevante em virtude da expansão do comércio online. Dado os desafios próprios da tecnologia, e a cada vez maior incidência de incidentes de segurança oriundos de ataques *hackers*, necessária se torna a discussão acerca da responsabilidade do fornecedor, a quem o consumidor confia dados pessoais como meio de obter um produto ou serviço, pelo tratamento daqueles, frente àqueles incidentes de segurança.

**Palavras-Chaves-** Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor. Lei Geral de Proteção de Dados. Incidentes de Segurança. Ataque “Hackers”.

**Sumário-** Introdução. 1. Discussões acerca do regime de responsabilidade civil adotado pela Lei nº 13.709/2018. 2. Análise do art.45 da Lei nº 13.709/2018(LGPD): aplicação da responsabilidade objetiva na seara da proteção de dados. 3. Caso de dano *in re ipsa*: o dano moral pelo tratamento inadequado dos dados dos consumidores frente à ataques hackers. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa discutir a responsabilidade dos fornecedores em relação ao tratamento de dados confiados pelos consumidores àqueles, em especial no que tange a ocorrência de eventuais acidentes de segurança como os ataques perpetrados por *hackers*, que invadem as bases de dados e “furtam” as informações neles armazenadas.

Com o aumento do comércio eletrônico - em especial após a pandemia que atingiu o mundo no ano de 2020 - a disposição dos dados pessoais dos consumidores aos fornecedores aumentou exponencialmente, o que cria para os fornecedores, em especial após a entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD/2018), obrigações no sentido de seguir diretrizes e aplicar técnicas com o fito de dar adequado tratamento aos dados pessoais dos consumidores que lhes confiaram as suas informações.

O tema é controvertido pois a novel legislação de tratamento de dados há pouco completou sua *vacatio legis*, de modo que ainda há inúmeras questões a serem pacificadas diante da complexidade dos casos relativos à proteção de dados, visto que as inovações tecnológicas constantes resultam no surgimento constante de novas plataformas, bem como de

novos modos para a obtenção ilegal dos dados armazenados por terceiros com intenções maliciosas

Nesse diapasão, busca-se inicialmente analisar, a partir das regras Capítulo VI, Seção III da LGPD/2018, o regime de responsabilidade adotado por aquela, dado o tratamento de dados ser tema específico que não deverá ser tratado pela ótica das regras de responsabilidade hodiernamente impostas pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). Ademais, deve haver um cotejo do tema em relação à responsabilidade prevista na seara consumerista, visto que se busca analisar quais seriam as consequências para os fornecedores que, para viabilização do comércio eletrônico, se tornam detentores de vasta base de dados que inclui informações pessoais de seus consumidores, dados esses que possuem valor mercadológico e cujo vazamento pode potencialmente gerar danos aos seus detentores.

O primeiro capítulo deste trabalho enuncia o debate doutrinário acerca do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD/2018, ao demonstrar os argumentos daqueles que defendem a adoção do regime de responsabilidade subjetiva e dos que defendem a adoção do regime de responsabilidade objetiva. Ao final, demonstra-se que o regime de responsabilidade que melhor se coaduna com os objetivos da LGPD/2018 é o regime de responsabilidade subjetiva.

Por sua vez, o segundo capítulo procura especificamente debater qual o regime de responsabilidade civil a ser aplicado ao tratamento de dados na seara consumerista, dado a norma do art. 45 da LGPD/2018 parecer enunciar que a responsabilidade a ser adotada no tratamento de dados nas relações entre fornecedores e consumidores será a prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.708/90), qual seja, a da responsabilidade objetiva. Em especial, analisa-se o regime de responsabilidade a ser adotado em virtude dos incidentes de segurança causados por ataques *hackers*, relativos ao tratamento de dados dos consumidores confiados aos fornecedores.

O terceiro capítulo discute o eventual dano oriundo de incidentes de segurança causados por ataques *hackers*, e busca defender que tais danos não se configuram como dano *in re ipsa*, de modo que cabe ao consumidor demonstrar que sofreu prejuízos devido ao vazamento das suas informações que se encontravam armazenadas pelo fornecedor.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa-quantitativa, pois, para a análise deste tema, são necessárias interpretações subjetivas e objetivas, teóricas e concretas. Assim, a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, com auxílio da legislação, da jurisprudência e de dados estatísticos.

A partir disso, é utilizado o método exploratório, a fim de validar as conclusões do presente artigo, sustentando fundamentadamente a hipótese defendida.

## 1. DISCUSSÕES ACERCA DO REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL ADOTADO PELA LEI Nº 13.709/18

Inicialmente, é preciso destacar que a Lei Geral de Proteção de Dados - Lei nº 13.709/18 (LGPD/2018)<sup>1</sup> - não foi a primeira iniciativa no ordenamento jurídico brasileiro a fim de tratar da proteção da privacidade dos indivíduos, visto que desta são os dados pessoais importante aspecto. Tanto a legislação, como os Tribunais Superiores, as agências reguladoras e a própria Constituição Federal já afirmavam a importância do resguardo da privacidade individual, bem como a reparação por eventuais danos decorrentes de sua violação<sup>2</sup>. Inclusive, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)<sup>3</sup> disciplina o uso da internet no Brasil a partir de alguns princípios, entre eles a proteção dos dados pessoais, na forma da lei, bem como assegura aos seus usuários o direito à privacidade e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Com a sua publicação em agosto de 2018, foi possível visualizar um sistema de proteção de dados, antes pulverizado em várias legislações e decretos pelo ordenamento jurídico. Deste modo, diversos autores se debruçaram acerca da matéria da responsabilidade civil no regime de proteção de dados agora sistematizado pela novel legislação.

Ao tratar das regras acerca da responsabilidade civil no regime de proteção de dados, a LGPD/18<sup>4</sup> regulou o tema em seu Capítulo IV, Seção III, no entanto sem prescrever expressamente qual regime a ser adotado, quais sejam o da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva. Inclusive, Tepedino, Terra e Guedes<sup>5</sup> afirmam ser esta uma das principais críticas à lei. Com isso, surgem na doutrina pátria duas correntes, que trazem fundamentos para argumentar pela adoção de cada um dos regimes de responsabilidade civil pela supracitada lei.

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm) >. Acesso em: 5 out. 2021.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato(coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.62.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm) >. Acesso em: 5 out. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.247.

Aqueles que defendem<sup>6</sup> a adoção, por aquela, do regime de responsabilidade objetiva a fazem com base nas semelhanças entre algumas disposições existentes na supracitada lei em relação a disposições presentes na Lei nº 8.708/90<sup>7</sup>. Entre elas se encontra a possibilidade de inversão do ônus a favor do titular de dados quando for verossímil a sua alegação, se aquele for hipossuficiente para fins de produção de prova ou se a produção desta lhe for excessivamente onerosa, como preconiza o art. 42, §2º da LGPD/18<sup>8</sup>, que basicamente inclui as mesmas hipóteses de inversão do ônus probatório previstas para o consumidor no art. 6º, inciso VIII da Lei nº 8.708/90<sup>9</sup>.

Igualmente, há semelhanças nas redações dos dispositivos daquela Lei e da Lei nº 8.708/90, de modo que Tepedino, Terra e Guedes<sup>10</sup> afirmam que “a analogia com o Código de Defesa do Consumidor é tentadora, tanto mais se se considerar a assimetria informacional entre os titulares dos dados e os agentes de tratamento”. Complementam tais autores<sup>11</sup> que, também a favor da adoção da responsabilidade objetiva pela LGPD/2018<sup>12</sup>, é que “o escopo da LGPD foi limitar o tratamento dos dados para diminuir o risco de vazamentos, considerando que o próprio tratamento de dados, em si, apresenta “risco intrínseco aos seus titulares”.

Por sua vez, há aqueles que defendem<sup>13</sup> a adoção da responsabilidade subjetiva e da culpa no regime de responsabilidade civil expresso por aquela lei. O principal argumento dos seus defensores é que a LGPD/18<sup>14</sup> criou uma série de deveres a serem cumpridos pelos agentes de tratamento de dados. Por exemplo, o seu art. 46 prevê a necessidade de adoção, por parte dos agentes de tratamento, de “medidas de segurança, técnicas e administrativas” com o fito de proteger os dados armazenados de acessos não autorizados. Ademais, a Seção II do Capítulo VII daquela lei traz a previsão de que os agentes de tratamento estabeleçam regras boas práticas e de governança no tratamento de dados, o que solidifica a argumentação de que a LGPD/18<sup>15</sup> adota um sistema de responsabilização subjetiva, afinal, inócua seria o estabelecimento de diversos deveres a serem cumpridos se, independentemente do seu cumprimento ou não, os

<sup>6</sup> BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.323.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 8.708*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-norma-actualizada-pl.pdf>> Acesso em: 5 out. 2021.

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>10</sup> TEPEDINO; GUEDES; TERRA, op. cit., p.248.

<sup>11</sup> Ibidem, p.248-249.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>13</sup> TEPEDINO; GUEDES; TERRA, op. cit., p. 251.

<sup>14</sup> Ibidem, p.248-249.

<sup>15</sup> Ibidem.

agentes de tratamento de dados fossem responsabilizados por danos oriundos da mera atividade de tratamento de dados pessoais. Tal é próprio da responsabilidade objetiva que, como explicita Maria Celina Bodin de Moraes<sup>16</sup>, “independe completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da *violação de qualquer dever jurídico por parte do agente*”.

Ao cotejar ambas as correntes e analisá-las a luz da redação da LGPD/18<sup>17</sup>, se pendente para o entendimento de que aquela dotou o sistema de responsabilidade civil subjetiva. Em primeiro lugar, a tramitação legislativa daquela demonstra a opção do legislador por eliminar resquícios de elementos que pudessem indicar a adoção da responsabilidade objetiva. Como relatam Guedes e Meireles<sup>18</sup>:

[...]Até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, um regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. A referência expressa à responsabilidade objetiva foi completamente eliminada do texto legal.

Em segundo lugar, como anteriormente mencionado, a LGPD/18<sup>19</sup> se dedicou a trazer, em diversos momentos, a previsão de deveres a serem cumpridos pelos agentes de tratamento de dados, que podem ser estabelecidos pelos próprios agentes, individual ou coletivamente, bem como a adoção de diversas medidas já referenciadas neste artigo. Ademais, o seu art. 6º traz como princípios deste microsistema a “a responsabilização” e a “prestação de contas”<sup>20</sup>, que implicam numa ideia de observância de deveres legais necessários ao modelo subjetivo de responsabilidade civil.

Em terceiro lugar, é preciso ressaltar -talvez o aspecto mais preponderante para a afirmação de que o modelo de responsabilidade adotado pela LGPD/18<sup>21</sup> é o modelo subjetivo - a redação do inciso II do art. 43 daquela lei. Este dispositivo estabelece que os agentes de tratamento não serão responsabilizados caso demonstrem que, ao realizarem o tratamento de dados pessoais que lhes corresponde, respeitaram a legislação vigente acerca da proteção de dados. A norma extraída do supracitado dispositivo remete à ideia de culpa, que é relevante apenas para a análise da responsabilidade civil quando adotado o seu modelo subjetivo.

<sup>16</sup> BODIN DE MORAES apud GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do Tratamento de Dados. In: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p.231.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>18</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do Tratamento de Dados. In: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p.232.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>20</sup> GUEDES, op. cit., p.233.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

Nesta senda, cria-se o dever de respeitar a legislação vigente para os agentes de tratamento dos dados pessoais, de forma que se estabelece para estes um *standard* de conduta baseado na adoção de medidas de segurança, inclusive preventivas<sup>22</sup>, previstas na lei. Assevera-se que essa ideia de *standard* de conduta deriva da atual noção de culpa, que foi objetivada pela doutrina, agora designada como culpa normativa<sup>23</sup>.

Tais medidas tendem a ser uniformes para as mesmas categorias de agentes de tratamento, de forma que se possa avaliar de forma mais igualitária a ocorrência de culpa- ou seja, desvio do padrão comportamental adequado- no caso concreto. Ou seja, como afirmam Guedes e Meireles<sup>24</sup>:

Neste inciso II, o legislador afirma, a grosso modo, que, ainda que exista nexos causal entre a conduta do agente e o dano, se ele conseguir provar que cumpriu todos os deveres impostos pela LGPD, tomando as medidas de segurança recomendadas (cumprindo programas, políticas internas, procedimentos, mecanismos de supervisão, internos e externos, padrões técnicos etc.) não será responsabilizado. Nessas circunstâncias, o agente terá demonstrado que observou o *standard* esperado e, se o incidente ocorreu, não foi em razão de sua conduta culposa.

É possível, a partir do trecho citado, explicitar que uma conduta culposa capaz de ensejar a responsabilidade do agente de tratamento de dados é aquele cuja conduta do agente é operada fora das medidas de segurança e determinações legais relativas à atividade do tratamento. Portanto, “a LGPD exime do dever de indenizar o agente de tratamento que não tiver violado a lei”<sup>25</sup>.

Deste modo, a partir da exposição acima, é firme a conclusão de que, como regra, a LGPD/2018<sup>26</sup> adotou o modelo da responsabilidade subjetiva, de modo que a responsabilização dos agentes de tratamento de dados é condicionada a demonstração que estes atuaram fora das normas estabelecidas para o tratamento daqueles, havendo, da parte dos agentes de tratamento, um desvio de conduta, e não simplesmente do exercício em si da atividade de tratamento de dados.

---

<sup>22</sup> GUEDES, op. cit., p.234.

<sup>23</sup> Ibidem, p.233.

<sup>24</sup> TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p.235-236.

<sup>25</sup> Ibidem, p.236.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

## 2. ANÁLISE DO ART.45 DA LEI Nº 13.709/2018(LGPD): APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA SEARA DA PROTEÇÃO DE DADOS

O art. 45 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD/18)<sup>27</sup> traz norma referente à eventuais violações dos direitos do titular dos dados pessoais no âmbito das relações consumeristas, em que remete a análise dessa violação às regras de responsabilidade adotadas no Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>28</sup>. O microsistema consumerista, como é sabido, adota o modelo da responsabilidade objetiva, em que o tradicional elemento da culpa é deixado de lado como um requisito para a caracterização da responsabilidade do agente. Neste sentido, Cláudia Lima Marques e seus coautores afirmam que “a alteração da sistemática de responsabilização, retirando-se o elemento da culpa, não implica em dizer que a vítima nada tenha de provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço”<sup>29</sup>.

Portanto, ao fazer tal remissão, o art. 45 da LGPD/2018<sup>30</sup> consagra a responsabilidade objetiva como o sistema a ser adotado nos casos de violação dos direitos do titular dos dados caso esta ocorra no âmbito das relações de consumo, em contraponto ao sistema de responsabilidade adotado por aquela, qual seja, o da responsabilidade subjetiva, que levará em conta o elemento culpa em seu sentido normativo, ou seja, partirá de um padrão de conduta a ser seguido pelos agentes de tratamento de dados para determinar a sua responsabilidade no caso de eventual incidente de segurança que acarrete a violação do direito do titular dos dados, caso em que será responsabilizado quando demonstrado desvio do padrão de conduta estabelecido.

O que é passível de discussão, em especial ao se considerar a relevância dada pela LGPD/18<sup>31</sup> aos deveres a serem observados pelos agentes de tratamento de dados é que, nos casos de incidentes de segurança que envolvam os dados informados pelo consumidor ao fornecedor, poderá ser aplicada alguma das causas excludentes de responsabilidade previstas no CDC<sup>32</sup>. Como ressalta Tepedino<sup>33</sup>, as hipóteses previstas

---

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>29</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>33</sup> TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p.239-240.

como excludentes de responsabilidade “atuam diretamente sobre o nexo de causalidade, rompendo-o e, assim, afastando o dever de indenizar”.

O CDC<sup>34</sup>, em seu art. 14, §3º, prevê duas causas excludentes do nexo de causalidade: a demonstração, pelo fornecedor, da inexistência de defeito no serviço prestado e a culpa exclusiva da vítima ou do terceiro. Analisa-se todas as excludentes acima para melhor evidenciar o raciocínio a ser adotado nos casos de incidente de seguranças oriundos dos ataques *hackers*.

Inicialmente, é possível a aplicação da excludente de responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, prevista no art. 14, §3º, II daquele Código. Para exemplificar, pode-se suscitar o caso de fornecedor que, ao realizar cadastro, fornece seus dados pessoais a site claramente falso, que não poderia ser confundido com o site de fornecedor reconhecido de produtos e serviços.

Quanto à culpa exclusiva de terceiro, também prevista no art.14, §3º, II do CDC<sup>35</sup>, poder-se-ia, a princípio, alocar os incidentes de segurança oriundos de ataques *hackers* nesta excludente, visto que os seus perpetrantes se encaixariam no conceito de terceiro como alguém alheio à relação de consumo. Outrossim, dado que a circunstância de a culpa do terceiro ter de ser, como evidencia a lei, exclusiva, necessária se faz uma análise do conceito de prestação de serviço defeituoso pelo fornecedor uma vez que, em virtude do aumento da venda de produtos e prestação de serviços através da internet, deve-se considerar a proteção dos dados pessoais informados pelo consumidor como um serviço anexo à prestação do serviço ou venda de produto objeto do empreendimento do fornecedor.

De acordo com Claudia Lima Marques e outros “o defeito, como causador do acidente de consumo, é o elemento gerador da responsabilidade civil no regime do Código”<sup>36</sup>. Este, de acordo com os autores<sup>37</sup>, pode ocorrer em qualquer tipo de produto ou serviço de consumo, nos termos do art. 3º, §§1º e 2º do CDC<sup>38</sup>. O defeito é, em si, um conceito jurídico indeterminado que o CDC<sup>39</sup> busca aclarar em seu art. 12, §1º, ao estabelecer que um produto ou serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, e leva em conta a sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente deles se esperam, bem como a época em que foi colocado em circulação. Como se extrai dos parâmetros erigidos pelo CDC<sup>40</sup>, pode-

---

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> MARQUES, op. cit., p. 192.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ibidem.



se afirmar que é esperado algum nível de risco oriundo do produto ou serviço, algum nível de insegurança do produto ou serviço que não o impede de circular no mercado, pois este é compensado pelos benefícios trazidos pela utilização do produto ou serviço. Nesta perspectiva, Claudia Lima Marques e coautores<sup>41</sup> explicitam:

[...]Mas não é qualquer insegurança que transforma o produto ou serviço em defeituoso. Cuida-se antes de graus de insegurança que transforma o produto ou serviço em defeituoso. Atrás foi observado que, ao lado da periculosidade inerente, existe a periculosidade adquirida e a periculosidade exagerada. Só estas últimas, por trazerem potencial danoso superior ao que “legitimamente se espera”, é que pode ser consideradas portadoras de vício de qualidade por insegurança ou defeito[...].

Assim, a proteção dos dados pessoais como um serviço anexo à venda de produto ou prestação do serviço também possuem uma periculosidade inerente, que por si só não caracterizam um defeito naquele serviço. O que gerará o defeito, a ponto de impedir o reconhecimento da excludente do nexo de causalidade e autorizar a responsabilização do fornecedor, é a extrapolação daquela periculosidade inerente. Esta extrapolação da periculosidade inerente, no âmbito da proteção dos dados pessoais, resta no descumprimento dos deveres e medidas de segurança previstos aos agentes de tratamento de dados pela LGDP/18<sup>42</sup>, ao longo do seu Capítulo VII, que trata da Segurança e das Boas Práticas no tratamento dos dados, em verdadeiro diálogo das fontes entre o microssistema consumerista e o microssistema de proteção de dados.

Portanto, o serviço de proteção de dados anexo aos demais produtos e serviços prestados pelo fornecedor será defeituoso quando a proteção de dados não seguir o standard de conduta estabelecido na legislação vigente acerca da proteção de dados, em decorrência da desídia do fornecedor em adotar as medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de outras situações acidentais ou ilícitas, como determina o art. 46 da supracitada legislação.

Decerto que a adoção dos padrões de segurança necessários à proteção dos dados pessoais informados pelos consumidores para viabilizar a venda de um produto ou o fornecimento de um serviço integra o custo das operações e, portanto, deve ser considerado no risco do empreendimento do fornecedor. Ao caracterizar serviço anexo àquele ele igualmente será regido pelas regras de responsabilidade do CDC<sup>43</sup> e, portanto, a ele se aplica a ideia de

<sup>41</sup> MARQUES, op. cit., p.192.

<sup>42</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>43</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.



serviço defeituoso. Diante desse raciocínio, decerto que a excludente de causalidade prevista no art. 14, §3º, I daquele Código é plenamente aplicável. Deste modo, demonstrada a inexistência de defeito pelo fornecedor, ao provar que rigorosamente cumpriu as medidas de segurança previstas na legislação de proteção de dados vigente, afasta-se a sua responsabilidade objetiva.

No que tange aos ataques *hackers*, poder-se-ia verificar o rompimento do nexo de causalidade com base em qualquer uma das hipóteses previstas no art. 14, §3º da legislação consumerista. Esse raciocínio se justifica vez que a ação exclusiva de terceiro que invade sistema de fornecedor e tem acesso aos dados pessoais dos consumidores daquele ensejaria a aplicação da excludente da culpa exclusiva de terceiro desde que o fornecedor demonstre que inexistia defeito na prestação do serviço anexo de proteção dos dados pessoais dos seus consumidores. Caso contrário, ou seja, se o fornecedor não adota as medidas de segurança estabelecidas na legislação de proteção de dados, ainda que por mera desídia, ele mesmo concorre para a ação do terceiro, ao facilitar a violação dos dados de seus consumidores, os quais deve salvaguardar em seu sistema de acordo com os standards dispostos em legislação específica, o que resvala na caracterização de um defeito na prestação do serviço de proteção de dados anexo ao produto ou serviço principal fornecido.

Consequentemente, no caso dos ataques *hackers* no âmbito das relações de consumo, aplica-se o sistema de responsabilização objetiva, com base no art. 45 da LGPD/18<sup>44</sup>. Isso permite o afastamento da responsabilidade no caso de rompimento do nexo causal com base nas excludentes do art. 14, §3º do CDC<sup>45</sup>, que poderia ser justificado na inexistência de defeito do art. 14, §3º, I ou na culpa exclusiva de terceiro do art. 14, §3º, II, visto que a culpa *exclusiva* de terceiro só é plausível de ser aferida mediante a demonstração, pelo fornecedor, da inexistência de defeito- cumprimento de todas as medidas de segurança previstas na legislação específica de proteção de dados - quanto ao serviço anexo de proteção dos dados fornecidos pelo consumidor.

---

<sup>44</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>45</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

### 3. CASO DE DANO *IN RE IPSA*: O DANO MORAL PELO TRATAMENTO INADEQUADO DOS DADOS DOS CONSUMIDORES FRENTE À ATAQUES *HACKERS*

Ultrapassada a discussão acerca do regime de responsabilidade civil a ser aplicado no caso de incidentes de segurança oriundos de ataques *hackers* na seara das relações de consumo, com base no art. 45 da LGPD/18<sup>46</sup>, é necessário discorrer acerca do dano moral eventualmente sofrido pelo consumidor diante de tal incidente de segurança, e esclarecer se aquele se consubstancia em um dano *in re ipsa*.

Schreiber<sup>47</sup>, ao tratar da evolução do instituto da responsabilidade civil, esclarece que o cerne deste instituto deixa de ser a repressão de um comportamento indesejado e passa a ser a tutela do dano, independentemente da conduta do ofensor, dano este que o autor descreve como uma lesão ao interesse da vítima. Esta lesão pode ser de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, este último que passou a ser considerado gênero que abarca o dano moral em sentido estrito e outros danos extrapatrimoniais, como o dano psíquico e o dano estético, dentre outros<sup>48</sup>.

Discutir o dano e sua caracterização no caso concreto, no entanto, não prescinde de uma análise acerca do seu fundamento, pois é este que permite ao intérprete verificar se o resultado de uma conduta foi capaz de gerar uma lesão ao interesse da vítima. Como explicita Tepedino<sup>49</sup>, há duas grandes correntes acerca do tema, a subjetiva e a objetiva, mais utilizadas pela jurisprudência para fundamentar o dano moral nos casos concretos que chegam para a análise no Poder Judiciário. Ressalta-se, no entanto, a existência de uma terceira corrente, a do dano moral como violação a uma das quatro dimensões que compõem o princípio da dignidade da pessoa humana, elaborada por Maria Celina Bodin de Moraes<sup>50</sup>, ainda pouco explorada nas decisões judiciais em sede de responsabilidade civil.

Acerca da corrente subjetiva, esta entende que o dano moral está presente nas situações que ultrapassam os limites do mero aborrecimento, vez que este é próprio das relações humanas e não seria grave o suficiente a desafiar algum tipo de compensação pelo ofensor. Neste sentido, Tepedino explicita que “o dano moral restaria conformado, portanto, a partir da constatação de

---

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>47</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 190.

<sup>48</sup> TEPEDINO, op. cit., p. 40.

<sup>49</sup> Ibidem, p.41.

<sup>50</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2009, p.82.



sofrimento mais acentuado, levando-se em consideração a dor psicológica sofrida pelo indivíduo”<sup>51</sup>.

Por outro lado, a corrente objetiva entende que o dano moral resta configurado objetivamente, “visto que este surge a partir de uma lesão a direito da personalidade, independentemente do impacto que tenha causado nos sentimentos da vítima”<sup>52</sup>. Tepedino, nesta passagem, vai mais além, ao incorporar a tese da professora Maria Celina Bodin de Moraes e explicitar que “a caracterização de violação dos direitos da personalidade, notadamente da dignidade da pessoa humana, que deflagará o dever de indenizar”<sup>53</sup>.

Nesta senda, ao se conceituar o dano moral de acordo com os fundamentos fornecidos pelas correntes subjetiva e objetiva, tem-se afastado a primeira corrente em favor da segunda, visto que o seu subjetivismo traz pouca segurança jurídica ao instituto, em virtude de os sentimentos de sofrimento, angústia, dor etc. serem mais bem compreendidos como uma consequência esperada de uma lesão ao interesse da vítima do que o fundamento que justifique a compensação daquela. O dano, portanto, seria objetivamente verificado diante da violação de um direito da personalidade, violação esta que teria como consequência as repercussões psíquicas acima mencionadas.

Posteriormente à questão da definição do fundamento do dano moral que autoriza a sua compensação, surgiu a ideia de dano *in re ipsa*, que aventa a desnecessidade de comprovação do prejuízo a esfera extrapatrimonial sofrido pela vítima, de forma que se presume a ocorrência do dano pela efetivação de dada conduta tida como violadora do interesse da vítima. Schreiber<sup>54</sup> critica essa concepção, pois entende que ela deriva da corrente subjetiva do dano moral, já majoritariamente rechaçada pela doutrina e pelos tribunais brasileiros, do dano moral como o preço da dor. Por sua vez, Tepedino explicita que a adoção da corrente objetiva do dano moral dispensa o uso da concepção do dano *in re ipsa*, que seria um mero facilitador da reparação do dano em alguns casos específicos, pois não haveria dualidade entre o fato lesivo e o dano moral, quando este for configurado objetivamente. O dano, assim, se confundiria com o fato valorado como lesivo ao interesse da vítima.<sup>55</sup>

Fato é que, apesar das discussões doutrinárias acerca do tema do fundamento do dano moral e da existência ou não de um dano moral *in re ipsa*, no que tange ao dano moral aplicado

---

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Ibidem, p.42.

<sup>53</sup> TEPEDINO, op. cit., p.42.

<sup>54</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 204.

<sup>55</sup> TEPEDINO, op. cit., p.43.



a questões afetas a Lei Geral de Proteção de Dados<sup>56</sup>, em especial quando restar configurada a violação das regras vigentes sobre proteção de dados, os Tribunais têm majoritariamente entendido pela necessidade de demonstração de prejuízo ao titular dos dados pessoais no caso de vazamento de dados. Ou seja, o vazamento de dados, por si só, não seria capaz de caracterizar dano extrapatrimonial ao titular dos dados pessoais. Em artigo, Khouri e Sales<sup>57</sup>, ao comentar julgados do TJ/SP e do TJ/RS, explicitam que o entendimento adotado é no sentido da não presunção do prejuízo ao titular dos dados pessoais mediante o mero vazamento daqueles. Seria preciso, conforme os julgados comentados pelos autores, que o titular dos dados comprovasse que tal vazamento trouxe consequências gravosas à sua imagem, personalidade ou dignidade humana, e não meramente alegar a ocorrência de danos em virtude do vazamento de seus dados pessoais.

O raciocínio aplicado em tais julgados é passível de ser aplicado nos casos de incidentes de segurança que envolvam ataques hackers a partir do raciocínio enunciado no Capítulo 2 do presente trabalho, em que se propugnou o entendimento do serviço de proteção dos dados pessoais dos consumidores, confiados aos fornecedores, como um serviço anexo à venda de produto ou prestação do serviço por estes. Assim, caso não reste configurada nenhuma das excludentes de ilicitude previstas no 14, §3º do CDC<sup>58</sup>, o serviço anexo de proteção de dados pessoais dos consumidores pelos fornecedores mostra-se defeituoso, o que autoriza a compensação de eventuais danos morais sofridos pelo consumidor lesado.

Uma vez que o defeito neste serviço anexo oriunda preponderantemente da violação, pelos fornecedores, da legislação vigente de proteção de dados, em virtude da não aquiescência aos padrões básicos de segurança estabelecidos por aquela, é possível a extrapolação do raciocínio que vem sendo aplicado pelos Tribunais na seara da LGPD/18<sup>59</sup> aos danos causados aos consumidores titulares de dados pessoais nas relações consumeristas, que gozam do serviço anexo de proteção de dados como meio para a venda ou prestação de serviço principal.

Portanto, a existência do dano em virtude de incidentes de segurança causados por ataques hackers desafia a demonstração, pelo titular dos dados pessoais, de direito da personalidade violado, de modo que não pode haver presunção de dano em virtude da simples

---

<sup>56</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>57</sup> SALES, Jonas; KHOURI, Paulo Roque. *Dano Moral e LGPD: não se indeniza expectativa de dano*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/348230/dano-moral-e-lgpd-nao-se-indeniza-expectativa-de-dano>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

<sup>58</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>59</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

ocorrência do incidente de segurança. Neste sentido, ao tratar da necessidade de demonstração da ocorrência do dano extrapatrimonial, Schreiber<sup>60</sup> elucida:

Esclarecido isto, parece certo que nada há que se presumir, procedendo-se tão somente à análise concreta e objetiva da relação entre a conduta alegadamente lesiva e o interesse alegadamente lesado.

Visto como lesão à personalidade humana, o dano moral exige, evidentemente, a prova de lesão, da mesmíssima forma, aliás, que a exige o dano patrimonial, como lesão ao patrimônio.

Contudo, a promulgação da Emenda Constitucional nº 115 de 2022<sup>61</sup>, que passa a prever o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, como um direito fundamental denota que a violação dessa proteção aos dados pessoais, por si só, supriria a demonstração da lesão a um interesse da vítima. Ao ser alçado ao patamar de cláusula pétrea, a proteção dos dados pessoais ganha especial importância, de modo que a violação desse direito, mediante serviço defeituoso prestado pelo fornecedor, configura dano extrapatrimonial a ser compensado, pois a tutela constitucional dos dados pessoais denota a sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade da preservação da sua inviolabilidade e da imprescindibilidade do seu adequado tratamento.

## CONCLUSÃO

A pesquisa buscou enfrentar a problemática surgida com a inovação trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados de 2018, que regulamentou o tratamento de dados pessoais pelos agentes de tratamento no ordenamento jurídico, inclusive o regime de responsabilidade civil a ser adotado, perante o caso de ataques *hackers* no âmbito das relações de consumo. Buscou-se explicitar o regime de responsabilidade civil adotado pela LDGP/2018, a aplicação desse regime nas relações de consumo que envolvam o tratamento de dados, a responsabilidade do fornecedor pelo tratamento dos dados pessoais a ele fornecidos durante a relação de consumo e, na eventualidade da caracterização do instituto da responsabilidade civil, se o dano moral sofrido pelo consumidor seria *in re ipsa*.

Após análise das controvérsias doutrinárias acerca do regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD/2018, conclui-se, a partir dos argumentos trazidos por ambas as correntes que discursaram sobre o tema, pela adoção, dentro do sistema trazido pela supracitada lei, do

<sup>60</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 207.

<sup>61</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115*, de 2022. Disponível em :<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2022.



regime de responsabilidade subjetiva, uma vez que a LGPD/18 previu deveres e parâmetros a serem observados pelos agentes de tratamento de dados, característica que remete ao modelo subjetivo de responsabilidade, preocupado com os standards de conduta e a culpa normativa, calcada na inobservância destes, como elemento necessário para a verificação do instituto da responsabilidade civil.

No entanto, em virtude de expressa disposição legal encontrada no art.45 da LGPD/18, no que tange ao tratamento de dados realizado pelo fornecedor diante de uma relação de consumo, seja ao vender um produto ou prestar um serviço, o regime de responsabilidade aplicável será o regime previsto na legislação específica, ou seja, o CDC, de modo que aplicável o modelo de modelo objetivo de responsabilidade pelo art. 14 daquele. Assim, o fornecedor responde sem a análise do cumprimento dos standards de conduta erigidos pela LGPD/18 por eventuais fatos do produto ou do serviço relacionados ao tratamento de dados dos seus consumidores.

Procurou-se então verificar se, diante do modelo de responsabilidade objetiva a ser adotado, seria possível a aplicação das hipóteses de exclusão de ilicitude previstas no art. 14, §3º no que tange ao tratamento de dados realizado pelo fornecedor mediante eventuais incidentes de segurança, como os ataques hackers. Para tanto, desenvolveu-se a ideia de que o tratamento de dados pessoais informados aos fornecedores pelos consumidores, durante a prestação de um serviço ou venda de um produto, caracterizaria um serviço anexo ao principal, visto que não é o objeto principal do vínculo jurídico surgido entre fornecedor e consumidor- que é a venda de produto ou a prestação de um serviço- mas acessório àquele vínculo e, portanto, gerador de garantias ao consumidor e obrigações ao fornecedor, tal qual o adequado tratamento dos dados pessoais confiados pelo primeiro ao segundo

Portanto seria plenamente plausível a aplicação das causas excludentes de ilicitude previstas no supracitado artigo, de modo que a existência de defeito no serviço anexo - o serviço de tratamento de dados pessoais - se confundiria com a não observação dos deveres e parâmetros previstos na legislação de proteção de dados. Caso o fornecedor cumpra fielmente a legislação de proteção de dados, eventuais incidentes de insegurança, como os ataques hackers, não implicam na existência de defeito, o que exclui a responsabilidade do fornecedor em virtude do rompimento donexo causal. Igualmente aplicável a culpa exclusiva de terceiro, ainda que esta hipótese se confunda com a primeira, pois a culpa de terceiro, no caso do tratamento de dados, só resta configurada mediante a inexistência de defeito no serviço anexo de tratamento de dados prestado pelo fornecedor.

Por sua vez, em que pese a construção doutrinária e jurisprudencial até então prevalente de que eventual dano oriundo do defeito configurado na prestação desse serviço anexo não poderia ser enquadrado no chamado dano moral *in re ipsa*, pois necessária prévia demonstração de lesão aos direitos da personalidade do titular dos dados pessoais, a promulgação da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, que prevê o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, como um direito fundamental, torna o caso de vazamento de dados pessoais do titular em virtude de incidentes de segurança prescindível de demonstração de efetiva lesão ao interesse legítimo da vítima, o que autoriza a conclusão de ser tal dano um verdadeiro dano *in re ipsa*.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº Lei nº 13.709*, 14 de agosto de 2018. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm)>. Acesso em: 5 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965*, 23 de abril de 2014. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 5 out. 2021

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.708*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-normaatualizada-pl.pdf>> Acesso em: 5 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 115*, de 2022. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm)>. Acesso em: 09 mar 2022

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do Tratamento de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato(coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES. Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2009.



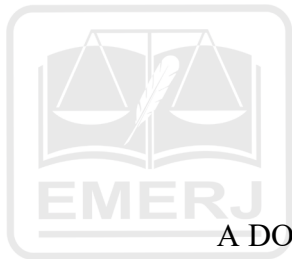


OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato(coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SALES, Jonas; KHOURI, Paulo Roque. *Dano Moral e LGPD: não se indeniza expectativa de dano*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/348230/dano-moral-e-lgpd-nao-se-indeniza-expectativa-de-dano>>. Acesso em:08 mar. 2022

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020



## A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PÓS-MORTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: A DESCONSIDERAÇÃO DA VONTADE DO INDIVÍDUO FRENTE AO CONSENTIMENTO FAMILIAR

Gabriela Vieira Antonini

Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (IBMEC RJ). Advogada.

**Resumo** – Considerando a atual redação do art. 4º da Lei nº 9.434/97 é possível se vislumbrar uma violação ao princípio da autonomia da vontade do indivíduo, devido a maior importância dada ao consentimento familiar do que ao consentimento do próprio indivíduo, manifestado ainda em vida, no que tange a doação de seus órgãos após o seu falecimento. Diante dessa problemática jurídica, há a necessidade de uma alteração legislativa, de modo a harmonizar os princípios e valores constitucionalmente garantidos com a legislação de transplantes *post mortem*. Sob essa perspectiva, o presente trabalho volta-se para a análise crítica dos Projetos de Lei sobre a temática, com vistas a examinar se as propostas solucionariam as questões jurídicas atuais e se são benéficas no que tange ao aumento no número de transplantes de órgãos e tecidos humanos.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Doação de Órgãos. Consentimento na Lei nº 9.434/97. Projeto de Lei nº 3.176/19. Projeto de Lei nº 3.643/19.

**Sumário** – Introdução. 1. A desconsideração da vontade do indivíduo na doação de órgãos após a morte frente ao consentimento familiar como violação a dignidade da pessoa humana. 2. O Projeto de Lei nº 3.643/19 e a importância da limitação do consentimento familiar frente à vontade manifestada em vida pelo próprio doador de órgãos. 3. O Projeto de Lei nº 3.176/19 e a transformação do consentimento da Lei nº 9.434/97 em um consentimento presumido. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir como o consentimento atual do artigo 4º da Lei nº 9.434/97 representa uma violação a autonomia da vontade do indivíduo para dispor de seu próprio corpo após a morte. Procura-se demonstrar que a redação desse artigo é responsável pelo baixo número de doações de órgãos pós-morte e, conseqüentemente, prejudica milhares de pessoas que aguardam na fila para um transplante.

Como efeito, busca-se apresentar os projetos de lei que visam transformar as falhas e vulnerabilidades da atual legislação de doação de órgãos após a morte, indicando como afetarão positiva e negativamente o ordenamento brasileiro.

Em vistas do avanço da medicina no campo da doação e do transplante de órgãos, tecidos e substâncias, surge a imprescindibilidade de regulamentação legal de modo a fornecer uma diretriz jurídica ao tema. Sanciona-se em 4 de fevereiro de 1997, a Lei nº 9.434, cuja



redação atual de seu artigo 4º indica que a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano após a morte do doador só pode ser realizada com a autorização da família, independente da vontade expressa em vida pelo de cujus.

Nessa perspectiva, surgem duas questões polêmicas, a primeira, uma violação a autonomia da vontade, haja vista que a manifestação de vontade exteriorizada pelo doador em vida, não é respeitada frente a decisão de seus familiares. Em segundo plano, tem-se a pressão psicológica a que essa família é submetida ao ter que decidir sobre os tecidos e órgãos do de cujus, em um momento tão frágil e traumático como a perda de um ente querido.

No primeiro capítulo, busca-se comprovar que a opção legislativa pelo consentimento familiar na doação de órgãos após a morte é uma violação direta a autonomia da vontade do indivíduo sobre o seu próprio corpo e, conseqüentemente, uma ofensa direta ao valor da dignidade da pessoa humana. Mostra-se que essa escolha gera uma diminuição exponencial na quantidade de doadores, enquanto há um aumento vertiginoso na lista daqueles que necessitam de um transplante.

No segundo capítulo, analisa-se as alterações propostas pelo Projeto de Lei nº 3.643/19 e se defende que o consentimento familiar limitado àqueles casos em que o indivíduo não exteriorizou sua vontade em vida, se harmoniza melhor com o ordenamento jurídico. Para tanto, foi necessário examinar qual seria a melhor forma para essa manifestação de vontade expressa, considerando a lacuna existente no projeto.

No terceiro capítulo, pondera-se sobre a ideia do Projeto de Lei nº 3.176/19 em modificar a Lei nº 9.434/97 para um consentimento presumido. Procura-se defender que o projeto não se atentou a incapacidade relativa dos maiores de 16 anos e que, portanto, deveria ser modificado para tratar apenas dos maiores de 18 anos.

A pesquisa jurídica é realizada de forma bibliográfica, sob abordagem qualitativa. Assim, pretende-se desenvolver o presente trabalho a partir de um estudo minucioso da bibliografia atinente ao tema e previamente selecionada, que deverá incluir a exploração de fontes diversas, tais como doutrina jurídica, doutrinas médico-jurídicas e a própria legislação brasileira. Para tanto, é preciso uma análise apurada da legislação relativa aos transplantes de órgãos para identificar o cerne da questão problema, de modo a perceber como se faz imprescindível uma mudança legal com o intuito de garantir a harmonização da Lei nº 9.434/97 com o ordenamento jurídico brasileiro e os direitos constitucionalmente garantidos.

O desenvolvimento da pesquisa é pelo método hipotético-dedutivo, considerando que o pesquisador pretende selecionar um conjunto de proposições hipotéticas, que acredita serem



viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com a finalidade de rejeitá-las ou comprová-las argumentativamente.

## 1. A DESCONSIDERAÇÃO DA VONTADE DO INDIVÍDUO NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS APÓS A MORTE FRENTE AO CONSENTIMENTO FAMILIAR COMO VIOLAÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com o advento da Carta Magna de 1988<sup>1</sup>, a doação e o transplante de órgãos, tecidos e substâncias humanas se tornaram constitucionalmente relevantes, sendo vistos como meios de prolongamento da vida daqueles que estivessem em uma situação de grande enfermidade.

Todo arcabouço legal brasileiro referente ao transplante de órgãos e tecidos sempre enfrentou um dilema com a ponderação entre a liberdade individual do doador e a solidariedade, voltada as necessidades da coletividade. De um lado, a liberdade que cada indivíduo possui de dispor de seu próprio corpo, mesmo após a morte, considerando suas próprias convicções pessoais e religiosas. Enquanto do outro lado da balança, surge o fim altruísta e humanitário de possibilitar a saúde e a sobrevivência de outro indivíduo, utilizando órgãos e tecidos que não mais serviriam para seu portador original.<sup>2</sup> Diante da necessidade de regulamentação legal sobre o assunto, diversas leis foram promulgadas e revogadas ao longo dos anos.

Em 4 de fevereiro de 1997, foi sancionada, pelo Congresso Nacional, a Lei nº 9.434/97<sup>3</sup>, que na redação de seu artigo 4º estabelecia uma doação presumida de órgãos *post mortem* para todos aqueles que não tivessem se manifestado, de forma contrária, em vida. À vista disso, todos os que não desejassem ser doadores deveriam declarar essa escolha em suas carteiras de identidade ou de motorista, de modo que caso não o fizessem, seriam considerados como doadores presumidos.

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>2</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>3</sup>BRASIL. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs)>. Acesso em: 28 ago. 2021.



O dispositivo legal não foi bem aceito pela sociedade brasileira, que não via com bons olhos a compulsoriedade da doação de órgãos. Em resposta aos apelos sociais, a redação do artigo foi alterada pela Lei nº 10.211/01<sup>4</sup>, resultando em um verdadeiro retrocesso jurídico.

O primeiro efeito negativo foi o aumento na burocracia para o transplante *post mortem*, ao submeter os familiares a diversos requisitos formais para validar a verificação da morte e a disponibilização dos órgãos e tecidos do falecido. Somado a isso, ao vetar o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 9.434/97<sup>5</sup>, ficou estabelecido a necessidade do consentimento familiar em todos os casos de doação de órgãos após a morte, inclusive, naqueles em que o de cujus deixou expressa autorização, em vida, para o transplante. Desse modo, a mudança legislativa transformou o consentimento antes presumido em um consentimento familiar e, por conseguinte, passou a ignorar os desejos expressados em vida pelo doador diante da manifestação familiar, que poderia ou não concordar expressamente com o transplante.

Sob essa perspectiva, Anderson Schreiber<sup>6</sup> defende que:

tal interpretação subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, atribuindo a cônjuges e parentes um inusitado “direito sobre o corpo alheio”, capaz de prevalecer mesmo contra a vontade do falecido. Trata-se de grave atentado contra o valor constitucional da dignidade humana, que pressupõe a plena autodeterminação individual em tudo aquilo que não gere risco para si ou para a coletividade. Subordinar a vontade do doador em matéria corporal à autorização do Estado-juiz (no caso de doação em vida) ou ao consentimento de cônjuge ou parentes (no caso da disposição *post mortem*) é desconsiderar a vontade individual naquilo que possui de mais próprio e íntimo: a sua autonomia corporal. A interpretação que tem sido reservada ao tema revela-se, portanto, inconstitucional.

O entendimento atual da Lei nº 9.434/97<sup>7</sup> é incompatível com os valores constitucionais brasileiros e demonstra flagrante contradição com o artigo 14 do Código Civil de 2002<sup>8</sup>, que determina ser válida a declaração realizada pelo de cujus, no que tange à disposição gratuita de seus órgãos com finalidade altruística ou científica. Apesar da Lei nº 10.211/01<sup>9</sup> ser uma norma especial, o Código Civil de 2002<sup>10</sup> é norma posterior e, portanto, frente ao conflito, deveria prevalecer. Em vista disso, o interesse da família não deveria ser um fator determinante, de modo a suplantarem a liberdade do doador de órgãos, que deveria poder

<sup>4</sup>BRASIL. Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10211.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm#art1)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>5</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>6</sup>SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

<sup>7</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>8</sup>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: 28 ago. 2021.

<sup>9</sup>BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.



dispor de seu corpo de forma livre, pois mesmo após a sua morte, esse é um direito da personalidade que continua se perpetuando nas relações sociais e que é protegido pelo ordenamento jurídico.<sup>11</sup>

Além de ser uma violação direta a autonomia da vontade do indivíduo sobre o seu próprio corpo, a atual redação do artigo 4º da Lei nº 9.434/97<sup>12</sup> também traz outra questão polêmica no que concerne ao consentimento familiar. É importante considerar a pressão psicológica a que essa família seria submetida ao decidir sobre os tecidos e órgãos do de cujus, em um momento tão frágil e traumático como a perda de um ente querido. Até que ponto seria correto fazer com que familiares abalados tomassem uma decisão consciente sobre esse material biológico, levando em consideração o peso que essa escolha teria na vida de outras pessoas que estão aguardando na fila de transplante de órgãos.<sup>13</sup>

O transplante de órgãos só é possível se os órgãos do doador ainda forem viáveis para a operação, a partir do momento que a morte encefálica é declarada, começa uma corrida contra o tempo para o aproveitamento desse material. Considerando que o período de viabilidade para a doação varia em algumas horas, a família começa a receber informações da equipe médica e passa a encarar a triste verdade de que seu ente querido não mais está vivo. A pressa que é exigida na decisão da família sobre a doação pode fazer com que a escolha seja feita de forma viciada, permeada pelo sentimento da perda, pela falta de informações, ou até mesmo por crenças religiosas. Como resultado disso, tem-se que a negativa familiar é um dos fatores responsáveis pela diminuição na doação de órgãos e tecidos.

Sob essa ótica, considerando a redação do artigo 4º da Lei nº 9.434/97<sup>14</sup>, o desrespeito a vontade do doador por sua própria família constitui uma lesão grave aos direitos individuais, logo, a própria dignidade da pessoa humana. A alteração legislativa deixou desprotegidos não só os direitos da personalidade jurídica do de cujus, que são passíveis de proteção *post mortem*, como também abriu espaço para graves violações na autonomia da vontade do indivíduo, que mesmo declarando em vida o desejo de ser um doador, vem a ser ignorado por seus próprios familiares no momento de seu óbito.

Outrossim, os ditames atuais não são só um problema no que concerne a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e seus princípios constitucionais, mas

<sup>11</sup>CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: Transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade*. 1. ed. São Paulo: Madras, 2004, p. 216.

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>13</sup> VITA, Wagner Luiz de Souza; BOEMER, Tatiana; BOEMER Magali Roseira. A questão dos transplantes e suas interfaces. *O mundo da saúde*, São Paulo, v. 26, ano 26, nº 1, p. 158-166, jan./mar. 2002.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

também são responsáveis pela diminuição exponencial no número de doadores de órgãos *post mortem*, acarretando um aumento na lista daqueles que necessitam de um transplante para sobreviver. O que demonstra que o modelo de consentimento atual não é o melhor considerando os direitos fundamentais que regem a legislação, como a preservação da saúde, a priorização da vida e o direito a solidariedade, que são os princípios basilares a autorizar a doação de órgãos e tecidos no Brasil.

## 2. O PROJETO DE LEI Nº 3.643/19 E A IMPORTÂNCIA DA LIMITAÇÃO DO CONSENTIMENTO FAMILIAR FRENTE À VONTADE MANIFESTADA EM VIDA PELO PRÓPRIO DOADOR DE ÓRGÃOS

Conforme demonstrado no capítulo anterior, o consentimento elencado pela legislação atual de transplante de órgãos não se harmoniza com os preceitos trazidos pelo ordenamento pátrio, ocasionando diversas violações a princípios norteadores. Nesse contexto, surgem projetos de leis com o objetivo de adequar a legislação vigente aos direitos fundamentais e solucionar essa desproteção a autonomia da vontade do potencial doador.

O Projeto de Lei nº 3.643/19<sup>15</sup>, de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS), se aprovado tem como proposta alterar o artigo 4º da Lei dos Transplantes de Órgãos<sup>16</sup> para conferir um caráter excepcional ao consentimento familiar nos casos de doação *post mortem*, de modo que os familiares só serão chamados a decidir nos casos em que o doador não tenha manifestado em vida, de forma expressa e válida, a sua vontade.

O autor do projeto sustenta que a redação atual da Lei nº 9.434/97<sup>17</sup> ocasionou uma obscuridade legislativa, haja vista não ter deixado expresso se o consentimento da família deveria ocorrer em todas as situações ou somente nos casos de doações de órgãos *post mortem* em que o indivíduo não deixou qualquer diretriz em vida.

A proposta do Senador se baseia em uma harmonização entre os ditames atuais sobre os transplantes de órgãos, o artigo 14 do Código Civil<sup>18</sup> e o artigo 199 da Constituição Federal de 1988<sup>19</sup>, visando garantir que a manifestação de vontade do potencial doador sobre o seu próprio corpo seja sempre respeitada, mesmo após seu falecimento.

<sup>15</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.643*, de 18 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131654>>. Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

Com o novo texto, retira-se as famílias dos potenciais doadores da posição de únicas responsáveis pela decisão acerca dos órgãos do de cujus e devolve-se ao indivíduo o poder de dispor de seu próprio corpo de maneira livre, desde que de forma gratuita. O consentimento familiar deixa de ser a regra e passa a ser uma ressalva utilizada nas hipóteses em que o ente falecido silenciou quanto a disposição de seus órgãos.

A finalidade da alteração proposta é facilitar o procedimento da doação de órgãos, não só em seu caráter burocrático, mas também retirar dos familiares o peso de uma decisão tão complexa em um momento de grande fragilidade. Outrossim, pretende-se aumentar o número de doadores e, conseqüentemente, suprir a longa lista de pessoas que necessitam de um transplante para prorrogar suas próprias vidas ou ao menos viver de forma digna.

Não obstante a intenção do Projeto de Lei nº 3.643/19<sup>20</sup> de corrigir uma obscuridade legal, o próprio possui uma lacuna importante em seu texto, ao não apresentar o que seria considerada como uma manifestação válida e expressa da vontade do indivíduo no que tange a doação de seus órgãos após a morte. Apesar dessa falha no texto proposto, é possível se elencar algumas soluções viáveis para essa aparente omissão.

Uma opção seria considerar os ditames já consagrados no artigo 14 do Código Civil<sup>21</sup>, que não exige nenhuma forma especial para que ocorra a disposição do corpo após a morte, não sendo necessária nem mesmo uma declaração por escrito com as intenções do falecido.<sup>22</sup> Essa seria uma escolha que se harmonizaria com o objetivo primordial do projeto proposto, garantindo um caráter menos burocrático e acessível a todos os potenciais doadores, porém poderia ser causadora de certa insegurança jurídica ao se confrontar a validade de tal declaração no momento em que o doador já estivesse falecido.

Outro caminho viável seria adotar parcialmente a ideia da redação original do caput do artigo 4º da Lei nº 9.434/97<sup>23</sup> e considerar como manifestação válida e expressa a informação como “doador” que a própria pessoa fizer constar na Carteira de Identidade Civil, na Carteira Nacional de Habilitação ou na Carteira Funcional.

Dessa forma, ainda que se acrescentando certo caráter burocrático a manifestação, haveria maior segurança jurídica na autodeclaração como doador ou não doador de órgãos. Ademais, presume-se que seja de senso comum sempre estar com algum documento de identificação, conseqüentemente, em caso de acidente fatal, não seria necessária a manifestação

---

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>22</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 49.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.



de algum familiar, haja vista a possibilidade de saber se o falecido era um potencial doador de órgãos.

Outrossim, em casos que o indivíduo, por algum motivo, não vier a possuir o registro, de ser ou não doador, em seus documentos ou não vier a possuir nenhum documento de identificação, ele estará abarcado pela presunção de que não é um potencial doador, sendo necessário o consentimento de sua família para que a doação venha de fato a ocorrer. O que elimina a polêmica que existia com a redação original do artigo 4º da Lei nº 9.434/97<sup>24</sup>, em que se alegava que essas pessoas virariam doadores compulsórios devido ao consentimento presumido da lei, violando-se direito personalíssimo, visto que a doação deve ser sempre um ato voluntário.<sup>25</sup>

Para acrescentar mais uma camada de proteção, seria possível que aqueles indivíduos, que pretendem ser doadores de órgãos após a morte, deixassem sua manifestação de vontade expressamente registrada em cartório, haja vista que a fé pública do escrevente que preparasse a documentação seria suficiente para garantir sua validade.

A autonomia da vontade representa um dos pilares do sistema normativo privado, o que garante que o indivíduo possa decidir o que deseja, desde que dentro dos limites permitidos pelo ordenamento jurídico. Conseqüentemente, há uma relação direta entre a liberdade que a pessoa possui em tomar decisões a respeito do seu próprio corpo, conforme suas próprias convicções e o princípio da autonomia da vontade.<sup>26</sup> A partir da presente análise é possível perceber que o Projeto de Lei nº 3.643/19<sup>27</sup> é uma proposta viável e que se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio. O texto proposto preserva o consentimento familiar elencado pela Lei nº 9.434/97<sup>28</sup>, mas tira seu caráter absoluto, de modo que, a partir do momento que o indivíduo se manifesta em vida, de forma expressa e válida, optando por ser doador de órgãos após o seu falecimento, essa vontade deverá ser respeitada, ainda que seus familiares não concordem com sua escolha individual.

A preocupação do projeto foi em respeitar a dignidade do potencial doador, preservando sua autonomia para decidir como dispor de seus próprios órgãos, tecidos e partes mesmo após o fim de sua vida. O que soluciona as violações, que a redação atual da Lei de

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 205.

<sup>26</sup> GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos. *A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.



Transplantes<sup>29</sup>, impôs aos valores constitucionais brasileiros e possibilita o aumento no número de doações de órgãos. Há aqui uma preservação não só da autonomia corporal do indivíduo, que não mais se subordinará à vontade de terceiros, como também uma preocupação com a dignidade humana desse potencial doador, que possui pleno direito a autodeterminação individual em tudo que não gerar risco a comunidade ou a si próprio.<sup>30</sup>

### 3. O PROJETO DE LEI Nº 3.176/19 E A TRANSFORMAÇÃO DO CONSENTIMENTO DA LEI Nº 9.434/97 EM UM CONSENTIMENTO PRESUMIDO

O Projeto de Lei nº 3.176/19<sup>31</sup> de autoria do Senador Major Olimpio (PSL/SP) tem como proposta a alteração do artigo 4º da Lei nº 9.434/97<sup>32</sup>, de modo a transformar o consentimento familiar para a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano em um consentimento presumido para todos os maiores de dezesseis anos. Dessa forma, aqueles que não estiverem dispostos a ter seus órgãos doados após a morte, poderão manifestar sua vontade, a qualquer momento, em documento oficial de identificação, devendo haver a comunicação imediata ao Sistema Nacional de Transplantes para que haja assim um registro como “não doador”.

Esse consentimento presumido possibilitaria uma doação automática dos órgãos e tecidos de todos os pacientes falecidos que não tivessem se registrado como não doadores, não havendo mais uma necessidade de a decisão pesar sobre os familiares do de cujus. Essa solução seria benéfica para a captação e distribuição de órgãos no Brasil, haja vista que existe um tempo de viabilidade para o transplante, que começa a ser contabilizado com a decretação da morte encefálica do indivíduo. Esse lapso temporal é muito importante para que o transplante venha a ser bem-sucedido e muitas vezes o tempo que os familiares levariam para decidir ou não pela doação, poderia influenciar na taxa de sucesso da operação.

Transformar a doação de órgãos *post mortem* em uma concordância presumida também possibilitaria que a manifestação de vontade do indivíduo fosse plenamente respeitada, visto que aqueles que não se interessarem em serem potenciais doadores, precisarão deixar registrado, de modo que tanto a concordância como recusa teriam que ser devidamente

---

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 59.

<sup>31</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.176*, de 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137006>>. Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

observadas e obedecidas. A alteração trazida pelo Projeto de Lei nº 3.176/19<sup>33</sup> é uma resposta para o problema criado pela atual redação do artigo 4º da Lei nº 9.434/97<sup>34</sup>, que insiste em violar o princípio da autonomia da vontade do indivíduo, que mesmo manifestando em vida sua decisão sobre seus próprios órgãos e tecidos, tem sua opção desrespeitada de forma sistemática frente a vontade de seus familiares.

Não obstante a ideia de atribuir o consentimento presumido para todos os indivíduos maiores de dezesseis anos ser benéfica para o número de doações de órgãos *post mortem* e garantir a prevalência dos direitos fundamentais, ela não se encontra completamente em harmonia com o ordenamento brasileiro.

O artigo 4º, inciso I do Código Civil<sup>35</sup> elenca os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos como relativamente incapazes, podendo praticar certos atos da vida civil, desde que assistidos por seus representantes legais, sob pena de terem seus atos anulados. Os atos que os relativamente incapazes podem praticar sem assistência são limitados, sendo alguns deles: ser testemunha, aceitar mandato, fazer testamento, exercer empregos públicos para os quais não se exija maioria, casar etc.<sup>36</sup>

Considerando o número limitado de atos da vida civil que os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos são liberados a praticar sem necessitar de assistência de um representante legal, seria inviável considerá-los como doadores presumidos tendo em vista que essa manifestação de vontade poderia ser anulada.

Como o Código Civil<sup>37</sup> brasileiro fixou os dezesseis anos como a maturidade relativa, seria melhor que o Projeto de Lei nº 3.176/19<sup>38</sup> tratasse como presumido o consentimento para doação de órgãos, tecidos e partes do corpo, dos indivíduos maiores de dezoito anos, de modo a se compatibilizar com a maioria do ordenamento jurídico brasileiro. Do contrário, a proposta atual poderia suscitar novos debates morais e jurídicos, com pessoas alegando uma desconsideração dos ditames civis e até mesmo uma desproteção dos relativamente incapazes.

Em uma das alterações proposta pelo Projeto de Lei nº 3.176/19<sup>39</sup> está registrado que esse consentimento presumido, das pessoas menores de dezesseis anos e/ou portadoras de doenças mentais que afetam seu discernimento, seria limitado, devendo haver a autorização de

---

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 30.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>36</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 43.

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 30.

<sup>39</sup> Ibid.

um parente maior de idade, respeitada a linha sucessória até o quarto grau inclusive. Desse modo, seria possível que essa proposta englobasse os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, para que o consentimento presumido deles também ocorresse mediante autorização, de forma a respeitar os ditames do ordenamento como um todo.

O Senador Major Olimpio incluiu dentro das alterações propostas a revogação da vedação contida no artigo 11, alíneas “b” e “c” da Lei nº 9.434/97<sup>40</sup> para que possam ser veiculados anúncios que configurem apelos públicos para doação de órgãos, tecidos e partes do corpo para pessoas específicas ou não e para arrecadação de fundos que financiem os transplantes. A justificativa seria aumentar o interesse do público no que tange a urgência das doações e seu caráter altruístico.

Ainda que a intenção seja o aumento no número de doações ou até mesmo a diminuição do número de pessoas que se declaram como não doadoras, o meio escolhido não parece ser o mais adequado. A melhor maneira de conseguir fazer com que a população entenda a importância da doação de órgãos *post mortem* é por meio da informação e não só da publicidade, portanto, é preciso que as pessoas sejam informadas e educadas de seus direitos, tanto da possibilidade de serem doadores e o que isso significa, quanto da necessidade que existe nas filas de espera por um transplante.

O Projeto de Lei nº 3.176/19<sup>41</sup> também propõe um tratamento mais rigoroso para o crime de remoção ilegal de órgãos, tecidos e partes do corpo, aumentando as penas já existentes e visando inseri-lo no rol dos crimes hediondos, devido ao seu caráter repugnante.<sup>42</sup> Ocorre que devido as regras atuais da Lei de Transplantes<sup>43</sup> existe uma longa lista de espera para o recebimento uma doação e uma escassez de órgãos disponíveis, esse cenário acaba incentivando ações criminosas com o objetivo de obter vantagens financeiras.

Nesse escopo, tornar todos os indivíduos maiores de idade doadores presumidos aumentaria a oferta de órgãos, tecidos e partes do corpo disponíveis para a doação, o que ajudaria a suprir as demandas daqueles que aguardam ansiosamente nas filas de espera e diminuiria estatisticamente as ocorrências de crimes de remoção ilegal de órgãos. Ocorre que somente as alterações legislativas propostas pelo projeto não serão suficientes para sanar todos os problemas referentes as doações de órgãos *post mortem* no Brasil.

---

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>41</sup> BRASIL, op. cit., nota 30.

<sup>42</sup> MARTINS, Marília Mendes Paz. *A doação de órgãos mediante o consentimento presumido*: projeto de lei nº 3.176/2019. 2020. 25 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

<sup>43</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

É importante frisar que existem diversos motivos que levam aos familiares a negar o consentimento para que a doação ocorra após o falecimento do ente querido e, portanto, essas mesmas pessoas continuarão se recusando a serem potenciais doadoras de órgãos após a morte. Ainda que a lei torne o consentimento presumido uma regra, aqueles que são contrários a doação de órgãos continuarão se negando a serem doadores e se registrarão como “não doadores”.

Conforme elucubrado neste trabalho, existem diversos motivos para que uma pessoa se negue a ser doadora, mas o cerne de todas as justificativas é a falta de informação. O Brasil possui grande parte da população com pouco ou nenhum acesso a educação, o que torna muito difícil explicar para essas pessoas que o conceito de morte encefálica é o que caracteriza o óbito de alguém, haja vista que na cultura popular a pessoa entende que estar viva é ter o coração batendo. Desse modo, se torna complicado explicar que ao escolher ser doadora de órgãos, ela não será sequestrada e terá seus órgãos vendidos para uma rede criminosa.

Sob essa ótica, também surge o obstáculo da religião, onde a falta de esclarecimento faz com que as pessoas se apeguem a ideia de que ainda é possível salvar aquele parente querido que não mais se encontra vivo, mas sim ligado a aparelhos. O lapso temporal que existe entre a decretação da morte encefálica e a doação de órgãos é crucial para que aqueles órgãos e tecidos ainda sejam viáveis para o transplante, portanto, o fato de que a equipe médica precisa enfrentar diversos obstáculos para convencer os parentes da doação de órgãos *post mortem* pode ser o que separa alguém da fila de espera de transplante de uma vida digna e longa.

O Projeto de Lei nº 3.176/19<sup>44</sup> possui um teor muito relevante, pois o consentimento presumido como regra facilitará o aumento do número de doações de órgãos *post mortem* daqueles indivíduos que sempre quiseram ser potenciais doadores, porém somente essas alterações não serão suficientes para convencer a parcela populacional que não vê a doação de órgão após o falecimento como um meio altruísta e generoso.

## CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida no presente artigo demonstrou as dificuldades geradas no meio jurídico pelo consentimento atualmente previsto no artigo 4º da Lei nº 9.434/97, devido a flagrante violação a autonomia da vontade do indivíduo que opta pela disposição de seu próprio corpo após o falecimento frente a necessidade do consentimento familiar para que o transplante

---

<sup>44</sup> BRASIL, op. cit., nota 30.

dos órgãos do de cujus seja realizado. Houve uma análise específica de duas alterações legislativas propostas pelos Projetos de Lei nº 3.643/19 e 3.176/19, com objetivo de destrinchar se as propostas se harmonizariam com o ordenamento jurídico pátrio e seriam eficientes do ponto de vista do aumento da taxa de doadores e, conseqüente, diminuição de pessoas na lista de espera por um transplante de órgãos.

Verificou-se que todo arcabouço legislativo brasileiro, no que concerne ao transplante de órgãos e tecidos humanos, sempre teve dificuldades em compatibilizar as necessidades individuais com as da coletividade, em uma verdadeira disputa entre o princípio da liberdade individual, materializado pela autonomia da vontade do indivíduo dispor de seu próprio corpo segundo suas próprias convicções e o princípio da solidariedade, que abarca todo o caráter humanitário e altruístico de possibilitar melhores condições de vida para aqueles que precisam de doações de órgãos e tecidos para sobreviver com dignidade.

Conforme elucidado ao longo dos capítulos, a atual solução legislativa materializada no artigo 4º da Lei nº 9.434/97 não se compatibiliza com os valores constitucionais e viola diretamente a autonomia da vontade do indivíduo, ao considerar o consentimento familiar preponderante sobre o consentimento individual externado em vida. Ademais, foi possível verificar que a atual redação da lei também submete a família que acabou de passar pela perda de um ente querido, a pressão de decidir o que fazer com os órgãos desse, gerando um dilema entre aceitar emocionalmente o fim da vida e reconhecer que esse momento triste ainda gera uma possibilidade de uma vida saudável e longa para outro indivíduo.

Percebeu-se com a exposição do presente trabalho a necessidade de alteração da atual Lei de Transplantes, de modo a proteger os direitos da personalidade do de cujus, logo, sua dignidade e ao mesmo tempo os direitos a preservação da saúde e da vida, que são constantemente ameaçados devido a diminuição exponencial do número de doadores de órgãos *post mortem*.

A partir da análise do Projeto de Lei nº 3.643/19, averiguou-se que ao se conferir à regra do consentimento familiar, um caráter meramente excepcional, de modo que, a manifestação da vontade do doador realizada ainda em vida sobre a doação de seus órgãos prevaleça, ocorreria uma harmonização entre diversos ditames legais atuais, o que facilitaria o procedimento de doação de órgãos, aumentando o número de doadores, ao mesmo tempo em que preservaria a autonomia da vontade do indivíduo.

Do mesmo modo, em capítulo próprio apurou-se que a ideia do Projeto de Lei nº 3.176/19, de transmutar o consentimento familiar em um consentimento presumido para todos os maiores de dezesseis anos, possibilitaria uma maior captação e distribuição de órgãos no



Brasil e, concomitantemente, garantiria que a manifestação do indivíduo em vida fosse plenamente respeitada.

Consoante as ponderações desenvolvidas ao longo deste trabalho, por meio da doutrina apropriada e da análise dos Projetos de Lei referentes a temática, foram explicitadas todas as fragilidades da legislação atual sobre o transplante de órgãos *post mortem* e suas consequências e violações ao ordenamento jurídico brasileiro. Constatou-se que ambos os Projetos de Lei, apesar de trazerem soluções a problemática atual, não são insuscetíveis de lacunas ou falhas em sua elaboração.

Sob essa perspectiva, chegou-se à conclusão de que para maior compatibilização com os valores constitucionais e princípios contidos no ordenamento jurídico pátrio, ambas as propostas dos Projetos de Lei deveriam ser modificadas para atender as necessidades da temática e evitar futuros embates jurídicos devido a omissões legais ou até mesmo equívocos legislativos. Percebeu-se que a solução para as violações trazidas pela legislação atual da Lei de Transplantes, se firmou na necessidade de considerar o desejo do de cujus, manifestado ainda em vida, no que concerne a doação de seus órgãos e tecidos, acima da vontade de seus familiares.

Assim sendo, em equilíbrio com as questões desenvolvidas nessa pesquisa, infere-se que independente da proposta legislativa selecionada como solução para a atual problemática legal, os direitos individuais e a dignidade da pessoa humana do potencial doador de órgãos devem ser preservados mesmo após o seu falecimento. Desse modo, sua manifestação proferida em vida quanto a ser ou não doador de órgãos após a morte, deve ser totalmente respeitada, em conformidade com o princípio da autonomia da vontade consagrado no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

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: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10211.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm#art1)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <[\\_\\_\\_\\_\\_. \*Projeto de Lei nº 3.176\*, de 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137006>>. Acesso em: 28 ago. 2021.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.>. Acesso em: 28 ago. 2021.</p></div><div data-bbox=)

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 3.643*, de 18 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131654>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: Transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade*. 1. ed. São Paulo: Madras, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos. *A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

MARTINS, Marília Mendes Paz. *A doação de órgãos mediante o consentimento presumido: projeto de lei nº 3.176/2019*. 2020. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; LIMA, Yara Oyrarn Ramos; COSTA, Ediná Alves. Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 122-144, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

PIMENTEL, Willian; SARSUR, Marcelo; DADALTO, Luciana. *A autonomia na doação de órgãos post mortem no Brasil*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/NQ9Nk4QkC6JhX75Cq3byr9M/?lang=pt>>. Acesso em 29 ago. 2021.

PÜSCHEL, Vilanice Alves de Araújo; RODRIGUES, Adriana da Silva; MORAES, Márcia Wanderley. A atuação da enfermeira na captação de órgãos para transplante em São Paulo: uma abordagem legal e bioética. *O mundo da saúde*, São Paulo, v. 26, ano 26, nº 1, p. 167-173, jan./mar. 2002.

SARCINELLI, Andrezza Rocha Dias; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A doação de órgãos post mortem à luz das legislações brasileira, espanhola e portuguesa. *Revista âmbito jurídico*, São Paulo, ano 21, nº 171, abril. 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. *Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em 29 ago. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

VITA, Wagner Luiz de Souza; BOEMER, Tatiana; BOEMER Magali Roseira. A questão dos transplantes e suas interfaces. *O mundo da saúde*, São Paulo, v. 26, ano 26, nº 1, p. 158-166, jan./mar. 2002.



## DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DE SEU CONTROLE PELA OPERAÇÃO PENTE-FINO DO INSS

Geovanna de Araujo Fernandes

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE). Advogada.

**Resumo** – a operação pente-fino do INSS gera um impacto considerável nos benefícios por incapacidade, uma vez que boa parte são cessados, tal operação pente-fino tem como um fundamento crucial o princípio da autotutela administrativa. Dessa situação, nasce para o segurado e para a empresa na qual ele está vinculado a oportunidade de questionar a decisão, seja na seara judicial como na administrativa. Ocorre que o Judiciário pode interferir nessa decisão que cessou o benefício, desde que sejam respeitadas algumas normas legais, o que para alguns pode gerar um questionamento quanto a constitucionalidade da intervenção judicial.

**Palavras-chave** – Direito Previdenciário. Operação pente-fino. Benefícios por incapacidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Da convocação do INSS pela operação pente-fino e o princípio da autotutela administrativa. 2. Alta médica pericial e seus efeitos na vida do segurado e da empresa. 3. Constitucionalidade da decisão administrativa e análise judicial da cessação do benefício. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico possui como tema amplo a questão dos benefícios por incapacidade, mais especificamente a análise desse tipo de benefício previdenciário no contexto da operação pente-fino do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Nessa conjuntura, o INSS por meio do poder-dever de rever seus próprios atos (princípio da autotutela), convoca aleatoriamente determinado número de beneficiários para serem submetidos a nova perícia médica, com o objetivo de analisar se a incapacidade que gerou o benefício persiste.

O primeiro capítulo da pesquisa observa tal situação, ou seja, o debate sobre a compatibilização do princípio da autotutela administrativa na convocação dos segurados para serem analisados na operação pente-fino.

Isto é, a Autarquia Previdenciária promove um chamamento formal daquela lista de segurados que serão submetidos a perícia médica federal naquela entidade. Trata-se da materialização da possibilidade de manutenção do benefício com a verificação da incapacidade laborativa ou da cessação deste em face da ausência de incapacidade.

Todavia, em muitos casos, a perícia é feita tão somente para atender ao requisito legal de submissão do segurado à análise pericial antes da cessação do benefício. Tal conduta gera

uma judicialização daquele segurado questionando a alta médica recebida pelo INSS no Poder Judiciário, em regra são ações de competência da Justiça Federal.

Enquanto o segurado questiona judicialmente a alta médica ainda há outro problema: como os empregadores desses segurados irão lidar com esse trabalhador? Nesse contexto, nasce o chamado limbo jurídico trabalhista-previdenciário, isto é, o segurado ser considerado “apto” para o trabalho pelo INSS e, ao se submeter a análise do médico do trabalho este considera aquela pessoa “inapta” para as suas funções.

Cabe à empresa então fazer a chamada gestão dos afastados, ou seja, ter uma assessoria multidisciplinar para questionar essas decisões médicas conflitantes, uma vez que, por lei, a alta médica do INSS tem uma presunção relativa de veracidade.

Assim, o segundo capítulo do artigo tem como objeto a alta médica pericial e seus reflexos na vida do segurado e de seu empregador. Portanto, no segundo capítulo a multidisciplinariedade entre as matérias recebe destaque, o que inclui questões jurídicas, médicas e sociais.

Quais são os problemas práticos da cessação do benefício por incapacidade para empresa e o segurado? Até que ponto a perícia médica do INSS deve ter prevalência sobre os demais documentos médicos daquele segurado e o exame médico feito pela empresa?

Objetiva-se discutir a conduta praticada pelo INSS nesses cancelamentos em massa dos benefícios por incapacidade e seus efeitos práticos, bem como até que ponto tal procedimento é constitucional.

A incerteza que o segurado fica ao receber uma alta médica ao ficar afastado do mercado de trabalho por um período considerável e seus efeitos econômicos, inclusive para o empregador.

Por fim, no último capítulo da pesquisa observa-se a constitucionalidade da alta médica na perícia e análise judicial da cessação do benefício. Estaria o Judiciário interferindo no mérito administrativo ou analisando a legalidade daquele procedimento?

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e levantamento bibliográfico, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las logicamente, com argumentos de autoridade defendidos por doutrinadores estudiosos do tema.



## 1. DA CONVOCAÇÃO DO INSS PELA OPERAÇÃO PENTE-FINO E O PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

A operação pente-fino consiste no mecanismo de trabalho que o Governo Federal instituiu com foco de apurar a existência ou não de irregularidades nos benefícios por incapacidade concedidos ao longo do tempo.

O fundamento legal específico da operação pente-fino está no art. 69 da Lei nº 8.212/91<sup>1</sup>, que instituiu o programa permanente de revisão, concessão e manutenção dos benefícios advindos da Previdência Social.

Nesses termos, o art. 69 da Lei nº 8.212/91<sup>2</sup> prescreve, “O INSS manterá programa permanente de revisão da concessão e da manutenção dos benefícios por ele administrados, a fim de apurar irregularidades ou erros materiais.”

Observe-se que é da natureza desses benefícios o caráter precário, isto é, a possibilidade de sofrerem controle administrativo posterior, conforme expressa disposição legal nos arts. 43, §4º e 60, §10º da Lei nº 8.213/91<sup>3</sup>.

Verifica-se que essa premissa da Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/91) tem como inspiração o princípio de direito administrativo da autotutela.

Tal princípio, conforme o autor Carvalho<sup>4</sup>, refere-se ao poder que a Administração Pública possui de controlar seus próprios atos, inclusive independente de provocação prévia ou intervenção do Poder Judiciário. O intuito é de preservar a regularidade dos atos administrativos.

O referido doutrinador<sup>5</sup> aduz que, pelo princípio da autotutela, os casos de controle administrativo podem ocorrer tanto em relação à legalidade quanto pela questão de

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 8.212*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm)>. Acesso em: 06 out. 2021.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 09 set. 2021.

Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo. § 4º O segurado aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente, observado o disposto no art. 101 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.457, de 2017). Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99) § 10. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram sua concessão ou manutenção, observado o disposto no art. 101 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.457, de 2017).

<sup>4</sup> CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 93.

<sup>5</sup> Ibid., p. 93-94.

conveniência e oportunidade de conservação dos efeitos dos atos administrativos, ou seja, ainda que o ato seja lícito, porém inexista interesse público nos efeitos que ele venha a produzir, sua revogação é viável.

Ademais, há o verbete de súmula nº 473 do STF<sup>6</sup>, que dispõe o seguinte:

[...] a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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 [...].

Posto isso, percebe-se que é preciso interpretar o princípio da autotutela em consonância com a inafastabilidade de jurisdição<sup>7</sup> (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), sinaliza que, em que pese a Administração Pública ter o poder de rever de ofício seus próprios atos, não há impedimento legal do administrado questionar judicialmente a legalidade dos padrões adotados nessa revisão de atos administrativos.

É importante ressaltar que, em que pese a Administração Pública ter a garantia de autotutela seu exercício é limitado constitucionalmente. Savaris<sup>8</sup>, na sua obra, aponta dois limites constitucionais à autotutela: limites formais e materiais.

Os limites formais têm relação com a questão temporal e processual, ou seja, respeito às garantias do devido processo legal e da segurança jurídica. Significa dizer que a Administração não pode interferir na esfera jurídica do segurado sem observar a ampla defesa e o contraditório, bem como o respeito ao prazo decadencial para promover o cancelamento do benefício.

Assim, o prazo decadencial para a Autarquia Previdenciária anular os atos administrativos em desfavor do segurado é de dez anos, conforme art. 103-A da Lei nº 8.213/91<sup>9</sup>, exceto se comprovada a má-fé.

Quanto aos limites materiais é preciso observar que a decisão administrativa anulatória do benefício deve ser limitada à legalidade do ato, isto é, verificar as circunstâncias que ocasionaram a concessão de acordo com a lei vigente na época. Trata-se de uma vertente da segurança jurídica.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 473*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>7</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>8</sup> SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 200-215.

<sup>9</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

Com isso, os limites materiais desdobram-se em duas facetas: restrição de valoração administrativa de acordo com nova interpretação ou critérios legais para aferição do direito e limitação de análise do contexto probatório. Cuida-se de uma restrição de conteúdo objeto da verificação administrativa.

Outro dispositivo legal importante no desenvolvimento do tema é o art. 53 da Lei nº 9.784/99<sup>10</sup>, que prevê a possibilidade de anulação dos atos administrativos, se houver vício de legalidade e a revogação, nos casos de conveniência e oportunidade, sendo assegurados os direitos adquiridos.

Portanto, percebe-se que a operação promovida pela Autarquia Previdenciária é a materialização do princípio da autotutela administrativa, uma vez que o objetivo é confirmar se a doença que deu ensejo ao benefício se mantém, ou se a situação fática se alterou na melhora do segurado, o que resultará na cessação do benefício.

Porém, é faculdade do segurado questionar a alta previdenciária tanto pela via administrativa quanto pela via judicial.

O INSS publicou, no dia 27 de setembro de 2021, o edital de convocação<sup>11</sup> para que os segurados passem por nova perícia médica de reavaliação do benefício por incapacidade.

Trata-se de lista nominal emitida e disponibilizada no endereço eletrônico do Diário Oficial da União, é um documento conjunto do Ministério do Trabalho e Previdência, do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e da Diretoria de Benefícios.

No edital de convocação dos segurados consta expressamente que o não comparecimento do beneficiário conforme a data prevista (até o dia 11 de novembro de 2021) ou não agendamento da perícia médica pelos canais oficiais ensejará na suspensão do benefício até que o segurado compareça no ente público.

Ademais, se passar o prazo de 60 dias da referida suspensão do benefício, este poderá ter sua cessação definitiva conforme a previsão do art. 101 da Lei nº 8.213/91<sup>12</sup>.

Em suma, no capítulo inaugural do artigo científico o tema em análise é a interseção entre o direito administrativo e o direito previdenciário, o poder-dever de convocação dos segurados e seu respectivo fundamento de validade: o princípio da autotutela administrativa.

<sup>10</sup> BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>11</sup> BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. *INSS, edital de convocação no diário oficial da União do dia 27 de set de 2021*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/edital-de-convocacao-347888278>>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

Outrossim, ressalte-se que o princípio da autotutela encontra limites formais e materiais, conforme defendido pelo doutrinador Savaris<sup>13</sup>. Tais limites são traduzidos nos princípios constitucionais da segurança jurídica, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, que possuem a finalidade de preservar a estabilidade das relações jurídicas pelo decurso temporal.

## 2. ALTA MÉDICA PERICIAL E SEUS EFEITOS NA VIDA DO SEGURADO E DA EMPRESA

A alta médica previdenciária constitui resposta do ato promovido pelo INSS após o segurado ter sido submetido ao exame pericial em caráter administrativo, isto é, a alta significa que a Autarquia Previdenciária considera aquela pessoa em condições para o trabalho, mesmo após ter sido detentor de benefício por incapacidade.

Portanto é fundamental conceituar o significado de perícia médica.

De acordo com os professores Opitz Neto e Opitz Júnior a perícia médica consiste no “conjunto de procedimentos técnicos que tem por finalidade a emissão de laudo sobre questões médicas, mediante exame, vistoria, indagação, investigação, arbitramento, avaliação ou certificação”.<sup>14</sup>

Assim, é notório que o referido ato tem como foco uma elucidação de matéria médica com interesse jurídico, ou seja, a medicina trabalhando em função do direito<sup>15</sup>. É importante ressaltar que a referida definição denota a existência de uma intersecção entre medicina e direito.

Esse profissional que analisa o estado de saúde do segurado na seara administrativa é conhecido como perito médico previdenciário, trata-se de profissional vinculado ao setor de perícia médica ligado as agências de previdência social – APS<sup>16</sup>.

A função primordial desse médico perito é analisar a incapacidade laborativa daquele segurado. Assim, o próprio manual de perícias médicas conceitua incapacidade laborativa como: “impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade, função ou

<sup>13</sup> SAVARIS, op. cit., p. 200-215.

<sup>14</sup> OPTIZ JUNIOR, João Baptista; OPITZ NETO, João Baptista. *Perícia médica: visão trabalhista e previdenciária*. São Paulo: LUJUR, 2019, p. 37.

<sup>15</sup> Ibid., p. 228.

<sup>16</sup> BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. *Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária*. Disponível em: <<https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022, p. 19.



ocupação habitualmente exercida pelo segurado, em consequência de alterações morfosicofisiológicas provocadas por doença ou acidente”<sup>17</sup>.

Inicialmente, a alta médica gera uma presunção de veracidade do INSS em relação ao estado daquele segurado, ou seja, é um permissivo para que aquela pessoa retorne ao mercado de trabalho ou ao seu antigo posto de serviço caso esteja com algum vínculo empregatício anterior em aberto.

A partir de então cabe a empresa, por intermédio de seu corpo jurídico e médico, receber aquele empregado que se encontrava em benefício que foi cessado para fazer uma análise de seu estado de saúde pelo médico do trabalho.

Caso o médico do trabalho considere a pessoa apta para seu labor basta tão somente o empregado retornar ao seu antigo cargo e dar continuidade ao contrato de trabalho.

Tal situação seria a ideal e significaria que a resposta administrativa se coaduna com a realidade daquele segurado, portanto aquele empregado estaria com sua higidez laboral plena e pronto para o retorno as suas atividades habituais.

Contudo, se o profissional médico discordar da decisão emanada na seara administrativa é necessário estabelecer um diálogo com a parte jurídica da empresa para contestar aquela alta médica dada na perícia do INSS. É o que se chama de gestão de afastados.

Com isso, a alta médica pode ser impugnada tanto na seara administrativa por meio de recurso no próprio INSS quanto por meio de ação judicial. É importante destacar que o segurado pode optar por tais caminhos tanto de forma individual bem como contar com o apoio do seu empregador, uma vez que a empresa tem interesse jurídico no deslinde da questão.

O interesse jurídico da empresa no desfecho da questão se fundamenta na possível responsabilização do empregador numa possível ação trabalhista fundamentada no limbo trabalhista previdenciário, isto é, o empregado está aguardando ordens do seu empregador e este se queda silente quanto a decisão administrativa.

Em razão da inércia da empresa aquele empregado estaria enquadrado nas hipóteses de tempo à disposição e aguardando ordens de seus superiores, do artigo 4º da CLT<sup>18</sup>. Tal dispositivo que fundamenta o limbo assim dispõe, “Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.”

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 09 set. 2021.





Os autores Opitz Neto e Opitz Junior expõem em sua obra um problema prático marcante, qual seja, uma parte significativa de laudos periciais administrativos não detalham com precisão a razão pela qual aquele benefício foi cessado<sup>19</sup>, o que cria barreiras para que o segurado se valha da via administrativa para solucionar sua questão.

Percebe-se, portanto, que a fundamentação adequada é crucial para que aquele ato administrativo seja contestado ou respondido de forma plena, eis que a Administração Pública deve atuar conforme suas regras basilares, dentre elas a motivação de seus atos.

Assim, é fundamental que no exame pericial o profissional siga as normas administrativas, principalmente o manual técnico de perícia médica previdenciária<sup>20</sup>, que dispõe com detalhes como o médico deve seguir o procedimento pericial e os requisitos básicos na elaboração do laudo.

O efeito prático substancial da decisão administrativa na cessação do benefício por incapacidade levará o segurado a ficar no chamado limbo-trabalhista previdenciário, isto é, o INSS o considera apto para trabalhar enquanto a empresa considera inapto para o labor<sup>21</sup>.

Nas palavras de Mendanha, “trata-se de situação frequente que possui como maior característica o não recebimento simultâneo, por parte do empregado, tanto do salário (pago pelo empregador), quanto do respectivo benefício previdenciário”<sup>22</sup>.

Observe-se que de acordo com a doutrina majoritária<sup>23</sup> nessa situação de cessação de benefício o contrato de trabalho permanece vigente. Nesse interim no qual o empregado aguarda uma nova decisão administrativa ou ingresse com demanda contra o INSS.

O que traz para o segurado e para a empresa uma situação de total incerteza, eis que a decisão administrativa primordialmente terá uma presunção de veracidade e maior hierarquia do que a emanada pelo médico do trabalho, por isso é essencial ter uma gestão de afastados.

Por fim, percebe-se que o problema prático estará nessa situação do limbo, o que ocasiona uma insegurança tanto para o empregado quanto para o empregador, eis que por lei a decisão administrativa tem presunção de veracidade, o que ressalta essa necessidade de um diálogo efetivo com a empresa e seu corpo multidisciplinar de profissionais.

---

<sup>19</sup> OPTIZ JUNIOR; OPITZ NETO, op. cit., p. 276.

<sup>20</sup>BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>21</sup> MENDANHA, Marcos. *Limbo Previdenciário Trabalhista*. São Paulo: JH Mizuno, 2019, p. 15.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> OPTIZ JUNIOR; OPITZ NETO, op. cit., p. 277.

Ademais, a crítica feita pela doutrina<sup>24</sup> quanto a falta de detalhamento da alta médica é uma questão importante na análise do caso concreto, uma vez que tal fragilidade na fundamentação cria obstáculos para a solução nascer na seara administrativa.

Assim, tal situação exemplifica a necessidade da análise judicial específica sobre essa questão, uma vez que nesse caso haverá um defensor técnico para o segurado, o que não é exigido por lei na parte administrativa, com respeito as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e dilação probatória.

### 3. CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA E ANÁLISE JUDICIAL DA CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO

Uma das regras cruciais do direito administrativo é que o Poder Judiciário não pode se imiscuir no mérito administrativo, uma vez que tal situação violaria o princípio constitucional da separação de poderes, isto é, os entes têm autonomia para proferir suas decisões e o Judiciário não pode intervir no mérito administrativo.

Segundo Carvalho<sup>25</sup>, a decisão judicial não pode ultrapassar o mérito administrativo, ou seja, não pode questionar o interesse público do ato. Noutras palavras, não haverá invasão do mérito administrativo quando o Judiciário ficar adstrito ao exame dos limites legais daquele ato.

Assim, o mérito administrativo trata-se de ambiente no qual o administrador tem uma margem de liberalidade para emanar seus atos decisórios. Porém, é fundamental que a decisão seja motivada conforme os padrões legais e as regras específicas daquele ente público.

Assevera Carvalho<sup>26</sup> que:

a validade da atuação administrativa depende da apresentação formal dos fundamentos fáticos e jurídicos justificadores da decisão adotada, assim como da correlação lógica entre esses motivos e a conduta deles decorrentes, demonstrando que a atividade estatal se direciona à busca do interesse da coletividade.

Ocorre que, nessas situações de cessação em massa de benefícios por incapacidade os segurados que questionam a alta pericial buscam do Judiciário uma análise de legalidade do ato, bem como de possível enquadramento nas hipóteses legais de manutenção de seu benefício, desde que provada judicialmente que a incapacidade laborativa permanece.

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> CARVALHO, op. cit., p. 130.

<sup>26</sup> Ibid., p. 97.

Isto posto, haverá um processo judicial respeitando as garantias fundamentais das partes e viabilizando a defesa do segurado com advogado, com especial atenção ao ato pericial e sua oportunidade de impugnação, o que reforça o contraditório entre as partes.

Destaque-se que o conhecimento jurídico do advogado na impugnação do ato pericial e seu trabalho técnico desde o início do processo judicial proporciona uma chance maior de êxito na demanda judicial, bem como amplia o debate técnico com o juiz e a parte contrária.

Ressalte-se que nesses casos a perícia judicial será determinante no deslinde do caso, uma vez que o juiz se baseará tanto no parecer técnico quanto nas documentações apresentadas pelas partes para fundamentar sua decisão.

A possibilidade de análise judicial dessa questão não traduz violação do princípio republicano e nem mesmo ao da separação de poderes. Trata-se de uma garantia que o segurado tem de buscar uma resposta do Judiciário acerca do cumprimento dos requisitos legais e administrativos do ato de cessação do benefício.

Quanto a constitucionalidade do ato administrativo inexistente qualquer irregularidade nesse particular, pois a escolha de revisar os próprios atos é um poder-dever da Administração Pública no objetivo de alcançar o interesse coletivo e público adequado.

Como foi analisado no capítulo inaugural do presente trabalho científico, o poder-dever de reanalisar os próprios atos significa uma expressão do princípio da autotutela administrativa, que é necessário para garantir a lisura da atividade pública.

Além disso, conforme foi estudado em capítulo anterior, as normas específicas para a convocação da Operação Pente-Fino do INSS atendem ao princípio da legalidade, uma vez que seguiram padrões normativos para sua edição e estão fundamentados em lei.

Ademais, é necessário perceber que no tema que envolve matéria previdenciária há uma atenção maior, eis que o Sistema de Seguridade Social da Constituição possui um financiamento de várias fontes e precisa manter um equilíbrio orçamentário para custear os riscos protegidos pela Previdência Social, em especial nos benefícios por incapacidade.

O aludido meio de arrecadação do Sistema de Seguridade Social é possível em razão do custeio da coletividade em prol desse sistema, que tem seu fundamento legal no artigo 195 da Constituição Republicana<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

Ibrahim, Bragança e Folmann<sup>28</sup> explicam que o mandamento constitucional de custeio previdenciário está a cargo de toda a sociedade, tendo como fontes valores decorrentes do Poder Público e das contribuições sociais.

Outrossim, o doutrinador Savaris<sup>29</sup> em sua obra defende o direito ao processo justo ou o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, na sua visão tal direito não se limita apenas a um acesso ao Judiciário e sua posterior resposta, mas sim uma evolução da percepção de acesso à Justiça, o qual ainda não é completamente entendida<sup>30</sup>.

O referido doutrinador ensina ainda que é possível ingressar com a demanda quando os atos administrativos forem invasivos, em suas palavras: “traduz-se na privação, ao beneficiário, de bem previdenciário de que se encontra em gozo<sup>31</sup>.”

São hipóteses de atos administrativos invasivos a cessação, o cancelamento, a suspensão ou a diminuição da renda mensal dos benefícios. Tais situações poderão ser impugnadas por ação de restabelecimento de benefício previdenciário<sup>32</sup>.

Portanto, o que se estudou no presente capítulo foi justamente a questão da aparente inconstitucionalidade da intervenção judicial na decisão exarada na seara administrativa quando cessado o benefício por incapacidade.

Percebe-se que desde que seja observada a regra de não intervenção no mérito administrativo não há que se falar em quaisquer irregularidades promovidas pelo Poder Judiciário. Contudo, caso se verifique que o ato administrativo de cessação possui algum vício de legalidade é possível que a resposta judicial modifique a decisão administrativa.

Além disso, é crucial que não se olvide que uma das garantias constitucionais fundamentais da pessoa é a inafastabilidade de jurisdição, que tutela não apenas atos consumados como também a ameaça de lesão aos direitos.

Depreende-se que o Judiciário terá um destaque maior, pois a Operação Pente-Fino do INSS promoveu um cancelamento em massa dos benefícios por incapacidade, e não é raro situações nas quais a própria Autarquia Previdenciária deixou de seguir padrões legais, de motivação e de fundamentação dos seus próprios atos.

Por fim, percebe-se que é interessante levar a questão ao Judiciário em razão das garantias constitucionais processuais, mormente da ampla defesa e do contraditório. Além do

---

<sup>28</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte; BRAGANÇA, Kerlly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. 26. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2021. p. 219.

<sup>29</sup> SAVARIS, op. cit., p. 45.

<sup>30</sup> Ibid., p. 46.

<sup>31</sup> Ibid., p. 225.

<sup>32</sup> Ibid.

fato de que ter uma defesa técnica possibilita que o segurado tenha seu direito tutelado com maior êxito.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho científico buscou, de forma resumida, fazer uma análise de um fato muito recorrente na seara previdenciária, que é objeto de estudo dos especialistas da área, qual seja verificar a operação pente-fino perpetrada pelo INSS por vários ângulos: administrativo, judicial, estudo da constitucionalidade da medida e seu respectivo fundamento legal.

Além disso, o trabalho se valeu tanto da doutrina especializada sobre o tema como das normas administrativas específicas para ter seu fundamento de validade. Trata-se de assunto atual e recorrente, uma vez que os benefícios por incapacidade sofrem constante controle da administração pública.

A problemática central do artigo é justamente o modo como esse controle é exercido e sua possibilidade de intervenção judicial, uma vez que o Judiciário não pode se imiscuir no mérito administrativo. Contudo, cabe ao juiz analisar a legalidade da decisão que cessou o benefício e tal conduta tem sua constitucionalidade hígida.

Outro ponto crucial é que da cessação do benefício por incapacidade nasce para o empregado e a empresa a oportunidade de questionar a decisão da Autarquia Previdenciária.

Caso a empresa se quede inerte poderá sofrer com uma demanda de limbo trabalhista previdenciário, já que a resposta do INSS tem prevalência sobre a decisão do médico do trabalho, numa visão inicial e sem verificação mais aprofundada.

Com isso, percebe-se o quão importante é implementar a gestão dos afastados nas empresas, pois trata-se um modo multidisciplinar de lidar com a problemática dos empregados que estavam afastados e tiveram seus benefícios por incapacidade cessados.

Ademais, é preciso que de tempos em tempos a Administração Pública faça a reanálise dos benefícios por incapacidade concedidos para manter a lisura da atuação administrativa e se mostra como um poder-dever que o INSS possui para manter a higidez do Sistema da Seguridade Social.

Por fim, é fundamental rememorar que o artigo científico verificou as problematizações trazidas no decorrer dos capítulos na percepção das principais personagens afetadas pela decisão administrativa, bem como reforçou a necessidade da atuação administrativa e sua importância para manter o equilíbrio orçamentário do sistema.

Afinal, quando a decisão administrativa que promoveu a cessação do benefício por incapacidade for indevida deve ser adequada para a realidade daquele segurado em questão, seja por recursos administrativos ou por uma decisão judicial com os princípios processuais constitucionais observados.

Nessa situação, portanto, o segurado ao ter uma decisão que garante a manutenção do seu benefício previdenciário tem seu bem da vida corretamente tutelado.

Porém, quando a cessação do benefício foi correta significa que a Autarquia Previdenciária se valeu de seu poder-dever de reanalisar seus próprios atos de forma oportuna e com a estrita legalidade, o que beneficia a coletividade e ao interesse público.

Assim, o desfecho será igualmente próspero já que nessa hipótese houve uma atuação devida, fundamentada na legislação pertinente e calcada no princípio da autotutela administrativa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis do Trabalho*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 09 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.212*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm)>. Acesso em: 06 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 09 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. *Edital de convocação no diário oficial da União do dia 27 de set de 2021*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/edital-de-convocacao-347888278>>, acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. *Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária*. Disponível em: <<https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf>>, acesso em: 10 fev. 2022.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.



IBRAHIM, Fábio Zambitte; BRAGANÇA, Kerlly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. 26. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2021.

MENDANHA, Marcos. *Limbo Previdenciário Trabalhista*. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

OPTIZ JUNIOR, João Baptista; OPITZ NETO, João Baptista. *Perícia médica: visão trabalhista e previdenciária*. São Paulo: LUJUR, 2019.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Alteridade, 2014.

## A LEGITIMIDADE DO(A) COMPANHEIRO(A) PARA OBTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO, NA HIPÓTESE DO ARTIGO 792 DO CÓDIGO CIVIL

Giovanna Oliveira Pieroni

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

**Resumo** – o Código Civil deve ser interpretado considerando a ausência de hierarquia entre as distintas formas de família, sobretudo após o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988 e a decisão do Supremo Tribunal Federal a favor da equiparação sucessória entre cônjuges e companheiros. O artigo 792 do Código Civil prevê que, na falta de indicação do beneficiário do contrato de seguro, o capital segurado seja pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. Ainda que o seguro de vida não seja enquadrado como herança, a sua divisão também deve observar os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana. O presente trabalho tem como fim analisar o artigo 792 do Código Civil, verificar o modo como o Superior Tribunal de Justiça o tem aplicado e propor uma nova interpretação da norma à luz da finalidade do contrato de seguro a fim de enquadrar o(a) companheiro(a) como legitimado(a) à obtenção do capital segurado.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Contrato de Seguro. Artigo 792 do Código Civil. Isonomia. Dignidade da pessoa humana. Finalidade do contrato de seguro.

**Sumário** – Introdução. 1. A inadequação do instituto da separação judicial para aferir a existência do casamento e assim enquadrar o(a) cônjuge como beneficiário(a) do contrato de seguro. 2. A desequiparação legal da união estável com o casamento, quando da não indicação de beneficiários no contrato de seguro e a visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. 3. Uma proposta de solução para o enquadramento do(a) companheiro(a) como beneficiário(a) do capital segurado à luz da finalidade do contrato de seguro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a legitimidade de o(a) companheiro(a) obter indenização securitária na hipótese em que o segurado falecido não indicou os beneficiários do contrato de seguro.

O artigo 792, *caput* do Código Civil determina que, quando o segurado não tiver indicado beneficiários no contrato, metade da indenização securitária seja paga ao cônjuge não separado judicialmente e o restante aos herdeiros do falecido, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Procura-se demonstrar, contudo, que a solução prevista no referido artigo não condiz com a realidade atual, na medida em que desconsidera as uniões estáveis. Pretende-se também expor a interpretação que prevalece no Superior Tribunal de Justiça sobre a norma e averiguar se esta traduz da melhor forma o princípio da isonomia e a finalidade do contrato de seguro.





Inicia-se o primeiro capítulo apresentando as críticas à utilização da separação judicial como critério definidor da existência ou não do vínculo conjugal, e, conseqüentemente, do enquadramento ou não do(a) cônjuge como beneficiário(a) do contrato de seguro.

No segundo capítulo da pesquisa demonstra-se a necessidade de, nas hipóteses em que o falecido vivia em união estável, o(a) companheiro(a) ser beneficiário(a) do capital segurado, diante do reconhecimento da união estável como entidade familiar e da sua equiparação com o casamento. Além disso, expõe-se a solução proposta pelo Superior Tribunal de Justiça para enquadrar o(a) companheiro(a) como parte legítima à obtenção do capital segurado.

Por fim, no terceiro capítulo, discute-se a suficiência ou não da interpretação prevalecente no Superior Tribunal de Justiça diante da finalidade do contrato de seguro, propondo, se necessário, uma interpretação alternativa da norma na qual o(a) companheiro(a) deixa de ser mera figurante na entidade familiar.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, a partir de uma abordagem qualitativa do tema em debate. Logo, analisa-se a bibliografia e a jurisprudência pertinente para sustentar a defesa.

## 1. A INADEQUAÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL PARA AFERIR A EXISTÊNCIA DO CASAMENTO E ASSIM ENQUADRAR O(A) CÔNJUGE COMO BENEFICIÁRIO(A) DO CONTRATO DE SEGURO

O Código Civil, em seu artigo 792, *caput*,<sup>1</sup> determina que, na hipótese de o segurado de um contrato de seguro não indicar os beneficiários da avença, o capital segurado seja concedido metade ao cônjuge não separado judicialmente e o restante aos herdeiros do falecido, obedecida a ordem de vocação hereditária. Percebe-se que o legislador adotou como um dos critérios para aferição dos beneficiários do seguro, a existência ou não de separação judicial. Todavia, entende-se que tal critério não condiz com a realidade atual, porque o instituto da separação judicial não subsiste no ordenamento jurídico.

O casamento sempre foi indissolúvel no Brasil até a aprovação da Emenda Constitucional nº 09 em 1977<sup>2</sup> que alterou o parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição vigente para prever a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal nos casos expressamente

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>2</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 9*, de 28 de junho de 1977. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

previstos em lei. Nesse contexto, foi editada a Lei nº 6.515/77<sup>3</sup> que instituiu o divórcio, o qual dependeria da comprovação da separação de fato por no mínimo dois anos, o chamado divórcio direto, ou da conversão da separação judicial por pelo menos um ano, o que se denomina divórcio indireto. Apenas em 2010, com a Emenda Constitucional nº 66, alterou-se a redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição<sup>4</sup> a fim de permitir a dissolução do casamento independente de qualquer requisito temporal ou causal, ou seja, pela simples vontade das partes.

A separação judicial apenas extinguiu a sociedade conjugal, pondo fim ao regime de bens e aos deveres recíprocos do casamento, previstos no artigo 1.566 do Código Civil<sup>5</sup>, quais sejam: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; e respeito e consideração mútuos. Não haveria, contudo, a dissolução do casamento, que só seria excluído com o divórcio ou com a morte. Assim, as partes ainda que não mais casadas, não poderiam contrair novo casamento, já que o término da sociedade conjugal não implicava o fim da relação jurídica existente, sendo necessário, para tanto, ingressar com o pedido de divórcio. Nesse sentido, a separação judicial tinha como principal objetivo servir como meio preparatório para o divórcio.

Com a Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio deixou de exigir a prévia separação judicial ou de fato, razão pela qual entende-se, juntamente com a doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira<sup>6</sup>, Paulo Lôbo<sup>7</sup>, Maria Berenice Dias<sup>8</sup> e Flávio Tartuce<sup>9</sup>, que o instituto da separação judicial perdeu completamente a razão de ser. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo<sup>10</sup> - que embora minoritariamente defenda a permanência formal da separação judicial no ordenamento jurídico, mesmo que desprovido de qualquer utilidade - havia uma “duplicidade artificial entre a dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do casamento, posto que a última de maior extensão e abrangendo a primeira.”

Ademais, nota-se que os efeitos da separação judicial podem ser obtidos com a simples separação de fato, de forma que é possível o cônjuge separado, por exemplo, contrair união

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>4</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 66*, de 13 de julho de 2010. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>6</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 28.

<sup>7</sup> LOBO, Paulo. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – RBDFamSuc*, n. 11, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, ago./set. 2009, p. 8.

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já: comentários à Emenda Constitucional 66*, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando. *Direito Civil*, 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 185.

<sup>10</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 207-210.

estável (artigo 1723, §1º do Código Civil)<sup>11</sup>, usucapir a meação do consorte que abandonou o lar (artigo 1240-A do Código Civil)<sup>12</sup> e não participar da sucessão hereditária (conforme defende o Superior Tribunal de Justiça), independente de decisão judicial declarando a separação do casal. Nesse sentido, entende-se que a separação de fato é a representação jurídica de uma situação fática, uma homenagem à teoria da aparência, que mina ainda mais a aplicabilidade do instituto da separação judicial.<sup>13</sup>

Da mesma forma, defende-se a necessidade de se realizar uma interpretação autêntica e histórica da Constituição acerca do tema, observando-se as justificativas do Projeto de Emenda Constitucional apresentadas pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro<sup>14</sup>. Diante de um levantamento dos processos de separação judicial, o Deputado Federal percebeu a preferência no ajuizamento de divórcios e a insignificância das ações de separação judicial litigiosas, em que se discutia a culpa de um dos cônjuges, de modo que “não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial”. Assim, é lógica a conclusão de que a Emenda Constitucional nº 66/10 revogou o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico.<sup>15</sup>

Defende-se também que a Emenda Constitucional nº 66/2010<sup>16</sup> tem eficácia plena e imediata, não se exigindo, portanto, norma infraconstitucional para produção de efeitos. Assim, todo arcabouço infraconstitucional referente à separação judicial deve ser considerado não recepcionado pelo texto constitucional, sob pena de, nos termos de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias<sup>17</sup>, se subverter “a teoria do ordenamento jurídico, por conferir maior peso e densidade a uma norma infraconstitucional do que ao próprio Texto Magno”, o que vai de encontro com a primazia da Constituição Federal e com a constitucionalização do Direito Privado.

Com isso, uma lei ordinária não pode mais restringir o direito à ruptura do casamento, não devendo, evidentemente, produzir mais efeitos no ordenamento jurídico, como é o caso das normas do Código Civil que discutem a culpa pelo fim da relação amorosa.<sup>18</sup> Dessa forma, também se deduz que as previsões do Código de Processo Civil acerca das ações de separação

---

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 395, 407-408.

<sup>14</sup> BRASIL. *Proposta de emenda à constituição nº 33*, de 2007. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01d6mycn6img2c1sekskn91edg734298993.node0?codteor=450217&filename=PEC+33/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01d6mycn6img2c1sekskn91edg734298993.node0?codteor=450217&filename=PEC+33/2007)> Acesso em: 06 fev. 2022

<sup>15</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 391.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>17</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 390-391.

<sup>18</sup> Ibid.

litigiosa ou amigável (artigos 698 e 731)<sup>19</sup> são inconstitucionais. Todavia, em decorrência da presunção de constitucionalidade das leis, fez-se necessário provocar o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria (tema 1053), ainda pendente de julgamento, para verificar se a separação judicial é requisito para o divórcio e se ela subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, percebe-se que - pela inutilização prática do instituto ou pela interpretação histórica e autêntica das justificativas do projeto de Emenda Constitucional nº 66 de 2010<sup>20</sup> – a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/10 extirpou a separação judicial do ordenamento jurídico, levando à não recepção e à inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais sobre o tema. Nesse sentido, a redação do artigo 792, *caput* do Código Civil<sup>21</sup> não encontra mais amparo no ordenamento jurídico ao prever como um dos requisitos para a aferição da relação matrimonial, e a consequente obtenção do capital segurado, a existência ou não de separação judicial.

## 2. A DESEQUIPARAÇÃO LEGAL DA UNIÃO ESTÁVEL COM O CASAMENTO, QUANDO DA NÃO INDICAÇÃO DE BENEFICIÁRIOS NO CONTRATO DE SEGURO E A VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA

O artigo 792 do Código Civil<sup>22</sup> mais uma vez demonstra seu obsoletismo ao deixar de prever o(a) companheiro(a) como possível legitimado(a) à obtenção do capital segurado nas hipóteses em que o segurado falecido deixou de indicar os beneficiários do seguro contratado. O referido artigo desconsidera a possibilidade de o *de cuius* ter vivido em união estável e confere o direito ao cônjuge não separado judicialmente, colocando em patamar jurídico diferenciado as relações amorosas oriundas do casamento das originárias de união estável.

A Constituição brasileira reconhece diversas formas de família, para além daquelas procedentes do casamento, o que inclui as famílias formadas mediante união estável. Nesse contexto, utilizando-se mais uma vez dos tradicionais métodos de interpretação constitucional, conclui-se que a Constituição não estabelece uma hierarquia entre as entidades familiares, apesar de reconhecer distinções fáticas entre o casamento e a união estável. Por isso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em sede de recurso repetitivo, que é vedado o estabelecimento de

---

<sup>19</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>22</sup> Ibid.

tratamento sucessório diferenciado entre a união estável e o casamento sob pena de violar os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Por meio de uma interpretação semântica, nota-se que o artigo 226 da CFRB/88<sup>23</sup> não faz qualquer hierarquização das famílias para fins sucessórios. Já uma interpretação teleológica da norma leva à conclusão de que, tendo a família um papel fundamental para a promoção da vida digna de todos os indivíduos, o Estado não pode se limitar à proteção das famílias constituídas pelo casamento, já que a união estável é igualmente capaz de contribuir para a dignidade da pessoa humana. Através de uma interpretação histórica, verifica-se que os anais da Constituinte de 1987/1988<sup>24</sup> traduzem a ideia de que o artigo 226 da CFRB/1988<sup>25</sup> tem função inclusiva, de ampliar a proteção estatal para regimes fáticos desprovidos de proteção jurídica, e não, segregativa. E, através de uma interpretação sistemática de diversos dispositivos constitucionais, conclui-se que a facilitação da conversão da união estável em casamento não é uma forma de hierarquia, mas sim de promoção de maior segurança jurídica, em consonância com a premissa de que a única diferenciação legítima entre as entidades familiares é a que não estabelece hierarquia entre elas.<sup>26</sup>

Da mesma forma, entende-se que a discriminação ilegítima entre as entidades familiares fere a dignidade da pessoa humana, considerada como um valor e como um instrumento de autonomia da vontade dos indivíduos. Nas palavras do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 646.721/RS<sup>27</sup>:

[...] a dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. [...] Já a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. [...] Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais.

Entende-se ainda que a previsão legal de tratamento sucessório diferenciado e hierarquizado entre as famílias formadas pelo casamento e pela união estável fere o princípio

---

<sup>23</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>24</sup> BRASIL. *Anais da Assembleia Constituinte*. Disponível em <[https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct\\_abertura.asp](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp)> Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 23.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 646.721/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>> Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>27</sup> Ibid.

da proporcionalidade no âmbito da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos relevantes. Isso porque o Estado, além do dever de abstenção (de não intervenção nos direitos e liberdades individuais), possui o papel de promover e defender os direitos fundamentais, exigindo-se uma tutela adequada dos bens jurídicos constitucionais.<sup>28</sup>

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em tese de repercussão geral no RE nº 646721/RS<sup>29</sup>, pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil<sup>30</sup> que estabelecia uma distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, em razão da violação aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, determinando a aplicação em ambos os casos do regime estabelecido pelo artigo 1829 do Código Civil<sup>31</sup>. A partir de tal decisão, o Supremo Tribunal Federal fez a equiparação sucessória entre cônjuges e companheiros.

É evidente, contudo, que a equiparação entre cônjuges e companheiros não deve se restringir ao campo sucessório, sendo imprescindível que a *ratio decidendi* do referido repetitivo seja utilizada nos demais julgamentos envolvendo os direitos de cônjuges e companheiros, o que inclui questões de Direito Securitário. Assim, a previsão do artigo 792, *caput* do Código Civil<sup>32</sup>, ao também estabelecer uma desequiparação ilegítima entre cônjuges e companheiros, é inconstitucional, pelos mesmos fundamentos usados pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 646721/RS<sup>33</sup>. Portanto, faz-se necessário realizar uma interpretação conforme à Constituição do dispositivo, estabelecendo uma solução condizente com as normas constitucionais para determinar os legitimados à obtenção do capital segurado nos casos em que o contratante não os indicou na celebração da avença.

Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, nesse cenário, fez uma interpretação sistemática e teleológica (artigo 5º da LINDB)<sup>34</sup> do artigo 792, *caput* do Código Civil<sup>35</sup>, dividindo igualmente o benefício securitário entre o cônjuge não separado judicialmente e a companheira do falecido, conforme se extrai do REsp nº 1.401.538 - RJ (2013/0293376-8)<sup>36</sup>. Segundo o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator do referido recurso especial, como o

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>31</sup> Ibid.

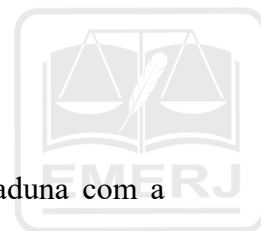
<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 26.

<sup>34</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.401.538/RJ*. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/REsp-1.401.538-RJ.pdf>> Acesso em: 06 fev. 2022.



Código Civil dispõe de forma lacunosa sobre o assunto, a solução que se coaduna com a finalidade constitucional é a que leva em consideração a ausência de ordem de preferência entre a companheira e a cônjuge não separada judicialmente e presume a dependência econômica destas com o falecido segurado, dividindo igualmente o benefício securitário entre ambas, exegese semelhante à já realizada na seara previdenciária para o benefício de pensão por morte.<sup>37</sup>

Questiona-se, contudo, se a hermenêutica adotada no referido caso pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que não vinculante, efetivamente corresponde a melhor interpretação possível diante da finalidade do contrato de seguro.

### 3. UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA O ENQUADRAMENTO DO(A) COMPANHEIRO(A) COMO BENEFICIÁRIO(A) DO CAPITAL SEGURADO À LUZ DA FINALIDADE DO CONTRATO DE SEGURO

Entende-se que uma pessoa celebra um contrato de seguro tendo como objetivo amparar economicamente seus dependentes quando do seu óbito. Assim, com o contrato de seguro, o segurado busca proteger financeiramente os parentes e amigos queridos, a fim de que estes consigam se soerguer diante do falecimento de seu principal provedor.

Quando o segurado não indica os beneficiários do contrato, o Código Civil destina a indenização securitária a quem presume ser dependente econômico do falecido, quais sejam os herdeiros e o(a) cônjuge não separado(a) judicialmente, não prevendo, conforme já salientado, a existência de união estável.

O Superior Tribunal de Justiça, a fim de contornar tal situação, no julgamento do recurso especial supracitado, determinou que o capital segurado fosse partilhado igualmente entre a cônjuge não separada judicialmente e a companheira, presumindo a dependência econômica simultânea de ambas em relação ao falecido e adotando, para tanto, a mesma sistemática da obtenção da pensão por morte.<sup>38</sup>

Ocorre que a obtenção do benefício da pensão por morte adota contornos distintos. Na hipótese de não comprovação de união estável paralela ao casamento, o(a) cônjuge apenas obtém o benefício previdenciário se ainda estiver casado(a) com o *de cujus*, não havendo separação judicial ou de fato, e, havendo separação de fato, se demonstrar efetivamente sua dependência econômica em relação ao falecido. Nesse sentido, percebe-se que a separação de

---

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 36.

fato afasta a presunção legal de dependência econômica do(a) cônjuge em relação ao falecido para obtenção do benefício de pensão por morte.

Já na hipótese de comprovação de união estável paralela ao casamento, o(a) cônjuge apenas receberá o benefício de pensão por morte se comprovar que recebia pensão alimentar do falecido ou se demonstrar sua dependência econômica. Pode-se dizer, assim, que a comprovação da união estável paralela ao casamento também afasta a presunção legal de dependência do(a) cônjuge em relação ao falecido, lhe transferindo o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito para aquisição do benefício previdenciário.

Isso ocorre porque, para que seja reconhecida a união estável, faz-se imprescindível a demonstração da separação judicial ou de fato das partes envolvidas na relação amorosa, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1723 do Código Civil.<sup>39</sup> Em outros termos, a constatação da união estável pressupõe a inexistência de um casamento ou o rompimento do laço matrimonial anterior a partir da separação judicial ou de fato.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal já concluiu, em sede de repercussão geral, que a união estável em que um dos companheiros esteja paralelamente envolvido em um casamento válido configura relação concubinária, prevista no artigo 1727 do Código Civil<sup>40</sup>, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a “a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período”.<sup>41</sup>

É importante destacar que o reconhecimento da união estável independe de decisão judicial, podendo ser feito administrativamente, na medida em que a união estável não exige qualquer manifestação de vontade para produção de efeitos jurídicos, mas tão somente, o cumprimento dos requisitos legais previstos no artigo 1723 do Código Civil<sup>42</sup>, quais sejam: a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família; e a não ocorrência dos impedimentos previstos no artigo 1521 do Código Civil<sup>43</sup>, em especial a existência de casamento, o que não se aplica quando os cônjuges estiverem separados de fato ou judicialmente.

---

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1045273*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5181220>> Acesso em: 07 mar. 2022.

<sup>42</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>43</sup> Ibid.



Ressalta-se ainda que a lei põe a salvo os direitos de terceiros de boa-fé e que a má-fé não pode ser presumida, devendo ser comprovada. Nesse sentido, se o(a) companheiro(a) desconhecia o fato de seu parceiro possuir um casamento válido e vigente, ele(a) age em conformidade com o princípio da boa-fé, sob o viés subjetivo e, portanto, deverá ter seus direitos garantidos independentemente da demonstração de eventual separação de fato ou judicial do companheiro. Nessa hipótese, a demonstração da separação de fato ou judicial apenas se faz necessária para presumir ou não a dependência econômica do(a) cônjuge em relação ao falecido marido, mas não para o reconhecimento do direito do(a) companheiro(a) à algum benefício.<sup>44</sup>

Assim, considerando que a separação de fato ou a separação judicial afasta a presunção legal de dependência econômica do(a) cônjuge separado(a) em relação ao falecido marido e que a união estável exige a comprovação da separação de fato ou judicial das partes envolvidas para ser reconhecida, nos termos da lei e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não reconhece a existência de famílias paralelas, é lógico que o reconhecimento da união estável afasta a presunção legal de que o(a) cônjuge dependia economicamente do falecido marido. Nesse sentido, entende-se que o(a) companheiro(a) deve receber exclusivamente a indenização securitária, salvo na situação excepcional de o(a) cônjuge demonstrar que o *de cuius* ainda lhe sustentava.

Da mesma forma, destaca-se o entendimento de Maria Berenice Dias:

Em sede do direito securitário, está previsto que, na falta de indicação do beneficiário, o pagamento do capital segurado seja feito ao "cônjuge não separado judicialmente" (CC 792). Quer pelo fim da separação judicial, quer por estar pacificado na jurisprudência que a separação de fato rompe o casamento, é de se ter por excluído do indigitado dispositivo legal a expressão "não separado judicialmente". Assim, somente o cônjuge que convivia com o instituidor pode se beneficiar do seguro. Esta é a única forma de assegurar consonância com o artigo seguinte (CC 793): "É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato." Não há como deferir o seguro a quem não mais convive com o segurado, deixando de beneficiar a pessoa que com ele mantém uma entidade familiar.<sup>45</sup>

No caso julgado pelo Superior Tribuna de Justiça, reconheceu-se que o falecido vivia em união estável, embora ainda não separado judicialmente, bem como demonstrou-se a separação de fato entre o *de cuius* e a ex-mulher. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça

---

<sup>44</sup> SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 01, p. 61-79, jul. /set. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-20/processo-familiar-stf-confirma-nao-familias-paralelas-brasil>> Acesso em: 07 mar. 2022.

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 553.



dividiu a indenização securitária, presumindo a dependência econômica simultânea da companheira e da cônjuge não separada judicialmente em relação ao falecido, em conformidade com a solução adotada pelo Direito Previdenciário. Ocorre que, como já ressaltado, o próprio reconhecimento da união estável – por depender da demonstração da separação de fato ou judicial – afasta a presunção legal de dependência econômica da ex-cônjuge em relação ao falecido, de modo que a cônjuge apenas teria direito a obtenção do benefício excepcionalmente, quando demonstrada efetivamente a dependência econômica nos autos.

Assim, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha acertado ao realizar uma interpretação sistemática do artigo 792 do Código Civil<sup>46</sup>, possibilitando que a companheira obtivesse o capital segurado, a Corte Superior erra ao presumir a dependência simultânea da cônjuge não separada judicialmente e da companheira em relação ao falecido. O entendimento que mais prestigiaria o reconhecimento da união estável como entidade familiar e a equiparação de seus efeitos com o casamento seria o que conferisse com exclusividade o benefício indenizatório à companheira, quem realmente viveu com o falecido no seu leito de morte. Da mesma forma, entende Flávio Tartuce, que afirmou não se filiar ao acórdão, “pois no caso relatado, estando o segurado separado de fato, o valor deveria ser atribuído à sua companheira, com quem mantinha o efetivo relacionamento familiar.”<sup>47</sup>

Sendo assim, levando-se em consideração a finalidade protetiva do contrato de seguro e tendo em vista que o(a) cônjuge não separado(a) judicialmente apenas seria beneficiário(a) do seguro em situações excepcionalíssimas claramente demonstradas nos autos, deve-se realizar interpretação constitucional ao artigo 792, *caput* do Código Civil<sup>48</sup> a fim de conferir ao/à companheiro(a) o direito à totalidade do valor do seguro, prestigiando, assim, o vínculo familiar estabelecido pelo *de cujus* antes de sua morte, a qual pressupõe o fim da sociedade conjugal estabelecida com o(a) ex-cônjuge.

## CONCLUSÃO

A sociedade é dinâmica e nem sempre as normas legais acompanham a velocidade das modificações sociais. Assim, é preciso realizar novas interpretações às normas jurídicas

---

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>47</sup> SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1542.

<sup>48</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



preexistentes a fim de enquadrá-las às mais modernas concepções sobre determinados institutos.

Nesse contexto, a presente pesquisa analisou o disposto no artigo 792, *caput* do Código Civil, segundo o qual, nos casos em que o segurado não tiver indicado os beneficiários de seu seguro de vida, o capital segurado será dado metade ao cônjuge não separado judicialmente e o restante aos demais herdeiros do falecido, obedecida a ordem de vocação hereditária.

Com isso, percebeu-se que o referido dispositivo desconsidera a supressão do instituto da separação judicial do ordenamento jurídico após a edição da Emenda Constitucional nº 66/2010; o reconhecimento da união estável como entidade familiar; e a equiparação dos efeitos da união estável com o casamento, estando, portanto, em dissonância com a realidade atual.

Entendeu-se pelo obsoleto do artigo 792, *caput* do Código Civil em razão da inadequação da utilização do instituto da separação judicial como critério definidor do beneficiário do capital segurado. A uma porque o instituto perdeu a sua razão de ser a partir da Emenda Constitucional nº 66/10 que permitiu a dissolução do casamento independente de qualquer requisito temporal ou causal. A duas, pois uma interpretação histórica e autêntica da Constituição, considerando as justificativas do projeto de Emenda Constitucional nº 66/10, levam à conclusão de que a Emenda Constitucional nº 66/10 revogou o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, as normas infraconstitucionais a ele atinentes.

O obsoleto da norma também ficou evidente pela desconsideração da união estável como vínculo familiar, a qual foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como uma forma válida de constituir família, e conseqüentemente, pela desequiparação entre cônjuges e companheiros na obtenção do benefício securitário. O Supremo Tribunal Federal entendeu, em sede de recurso repetitivo (RE nº 646721/RS), pela inconstitucionalidade do artigo que previa uma desequiparação sucessória entre cônjuges e companheiros. A *ratio decidendi* desta decisão, ainda que o seguro não seja enquadrado como herança, foi utilizada no presente trabalho para fundamentar a inconstitucionalidade do artigo 792, *caput* do Código Civil, na medida em que a norma do mesmo modo viola os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Assim, concluiu-se pela necessidade de se realizar uma interpretação conforme à Constituição do dispositivo, enquadrando o(a) companheiro(a) como legitimado(a) à obtenção do benefício securitário.

Observou-se, contudo, que a interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao repartir o capital segurado entre a cônjuge não separada judicialmente e a companheira,

presumindo a dependência econômica de ambas em relação ao falecido, não leva em consideração o não reconhecimento de famílias paralelas pelo Supremo Tribunal Federal e a finalidade protetiva do contrato de seguro,

Assim, considerando a necessidade de interpretar o previsto no artigo 792, *caput* do Código Civil de acordo com as mudanças sociais e, entendendo que a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça não corresponde a melhor maneira de se privilegiar a finalidade do contrato de seguro, conclui-se que se deve conferir ao/à companheiro(a) o direito à totalidade do valor do seguro, prestigiando, assim, o vínculo familiar estabelecido pelo *de cuius* antes de sua morte.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Anais da Assembleia Constituinte*. Disponível em <[https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct\\_abertura.asp](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional n° 66, de 13 de julho de 2010*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Proposta de emenda à constituição n° 33, de 2007*. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01d6mycn6img2c1sekskn91edg734298993.node0?codteor=450217&filename=PEC+33/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01d6mycn6img2c1sekskn91edg734298993.node0?codteor=450217&filename=PEC+33/2007)> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.401.538/RJ*. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/REsp-1.401.538-RJ.pdf>> Acesso em: 06 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1045273*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5181220>> Acesso em: 07 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 646.721/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>> Acesso em: 06 fev. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já: comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LOBO, Paulo. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – RBDFamSuc*, n. 11, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, ago./set. 2009.

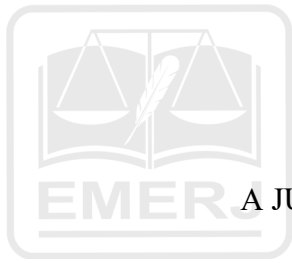
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 01, p. 61-79, jul. /set. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-20/processo-familiar-stf-confirma-nao-familias-paralelas-brasil>> Acesso em: 07 mar. 2022.

TARTUCE, Flávio; SIMAO, José Fernando. *Direito Civil*, 3. ed. São Paulo: Método, 2008.



## A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Gleison Heringer Vieira Domingues

Graduado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado.

**Resumo** – a pesquisa que ora vem a lume trata da judicialização da política pública de saúde. Nesse escopo, busca apresentar a possibilidade de um relacionamento eficaz e efetivo para as tutelas individual e social do direito constitucional à saúde. O estudo é projetado sobre a importância do papel da Jurisdição administrativa - identificada como instância última na salvaguarda da Constituição, suas normas, diretrizes e fins. Nesse mister, consagrados os direitos sociais como de aplicação imediata, e estando todas as funções estatais vinculadas à concreção de tais normas, é de rigor reconhecer o caráter imperativo das diretrizes constitucionais na definição e destinação do orçamento público. Nesse viés, a atuação do Poder Judiciário nas fases de criação e implementação de políticas públicas deve ser cautelosa, observando os limites constitucionais de forma a não comprometer o processo democrático.

**Palavras-chave** – Direito à saúde. Judicialização da saúde. Separação de Poderes.

**Sumário** – Introdução. 1. O papel dos Poderes na implementação da política pública de saúde. 2. A legitimidade do Poder Judiciário para a implementação da política pública de saúde e a separação de Poderes. 3. Consequências do deferimento de prestações de saúde pelo Poder Judiciário no cenário brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A pesquisa que ora vem a lume discute a atuação dos Poderes na efetivação da política pública de saúde. De maneira especial, observa até que ponto deve o Poder Judiciário atuar no sentido de concretizar o direito constitucional à saúde sem desconsiderar o mandamento de separação, independência e harmonia com que devem ser regidas as relações entre os Poderes da República, isto é, até que ponto deve o Poder Judiciário conceder prestações de saúde sem extrapolar sua função típica e observando o mecanismo de freios e contrapesos.

Considerando que a saúde é um direito fundamental e que cabe ao Estado e à sociedade prover meios para o seu alcance, a política pública de saúde deve nortear a atuação dos Poderes, sobretudo do Poder Executivo, na sua função típica de administrar para garantir acesso universal, igualitário, integral e resolutivo às ações e aos serviços de saúde.

No mesmo sentido, a Constituição da República assegura a todo cidadão o direito, também fundamental, de acesso à jurisdição. Dessa forma, o Poder Judiciário ao ser provocado deve prestar jurisdição e promover a pacificação social, resolvendo de forma definitiva a pretensão trazida à apreciação.



Não obstante, a própria Constituição Federal traz como fundamento da República, a separação, a independência e a harmonia entre os três Poderes, que devem atuar segundo “freios e contrapesos”. Portanto, os Poderes devem atuar de acordo com os ditames constitucionais, zelando pela manutenção do Estado democrático de direito e assegurando ao cidadão acesso aos meios necessários para a dignidade da pessoa humana, escopo maior do Estado.

Nesse desiderato, no capítulo inicial da obra, discute-se o papel dos Poderes na implementação da política pública de saúde para entender até que ponto a atuação do Poder Judiciário deve se concretizar na implementação da política pública de saúde considerando o modelo de jurisdição brasileira e discutindo a política de saúde como direito fundamental e sua implementação pelos Poderes da República, especialmente pelo Poder Judiciário.

Na sequência do trabalho, aborda-se a legitimidade do Poder Judiciário para a implementação da política pública de saúde analisando se a judicialização de prestações de saúde e sua consequente implementação pelo Poder Judiciário afronta a separação de Poderes, a independência e harmonia deles num contexto de separação de funções para implementação da política de saúde.

Por fim, analisa consequências do deferimento de prestações de saúde pelo Poder Judiciário no cenário brasileiro analisando se o princípio da inafastabilidade da jurisdição assegura ao Poder Judiciário legitimidade para consecução de política pública de acordo com seu escopo constitucional.

Imbuído dessa cognição, este artigo foi, então, idealizado para tratar da temática da judicialização da política pública de saúde no cenário brasileiro, haja vista o enorme acervo de demandas tramitando nas diversas varas do país pleiteando prestações relacionadas à saúde e o consequente impacto no orçamento público decorrente das sentenças proferidas.

Nesse mister, justifica o interesse pelo tema, também, estabelecer que a atuação dos Poderes deve obediência à separação, independência e harmonia que lhes são iminentes e precisa ser complementar. Assim, é imperativo delinear até que ponto deve o Poder Judiciário se imiscuir na seara administrativa deferindo pedidos individuais, haja vista afetar o orçamento público que se dirige a toda coletividade.

Para consecução de sua finalidade, metodologicamente, este trabalho faz uma abordagem necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador vale-se da bibliografia pertinente à temática em exame, qual seja: legislação, doutrina e jurisprudência.

Diante do exposto, é necessário que a atuação do Poder Judiciário se dirija a aperfeiçoar a política pública de saúde naquilo que se apresenta deficitária no caso concreto sem, contudo, alijar orçamento que se destinaria a número maior de pessoas.

## 1. O PAPEL DOS PODERES NA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

Preambularmente, de acordo com Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>, o constitucionalismo pressupõe limitação do poder e supremacia da lei, não bastando a existência de uma ordem jurídica qualquer, mas que ela seja dotada de legitimidade. Constitucionalismo, portanto, deve ser entendido como o movimento jurídico-político de limitação do poder do Estado.

Ademais, nos moldes desenvolvidos pelo constitucionalismo, os Poderes não apresentam apenas funções típicas, mas também aquelas atípicas. Nesse viés, consideram-se típicas aquelas tradicionalmente desenvolvidas por determinado Poder, ao passo que seriam atípicas todas aquelas funções que um Poder exerce, que não lhe são peculiares, mas a ele é assegurada para que se garanta sua independência em relação aos demais.

A repartição constitucional de competências é a característica da Federação que representa uma forma de limitação do poder político, uma vez que o Estado somente poderá atuar até um certo limite, qual seja: a competência que a Constituição define.

No Brasil, existem competências exclusivas, privativas, comuns e concorrentes. Logo, o Estado não pode tudo. E, nesse sentido, a Constituição estabelece modos pelos quais eventual violação do limite poderá ser combatida para restabelecer essa limitação.

Erige-se como de salutar relevância o mecanismo de freios e contrapesos que significa o controle recíproco entre os Poderes do Estado: um Poder controla o outro, e é por este controlado. Em regra, esse controle se dá entre dois Poderes (Poder Legislativo controlando o Executivo e sendo por ele controlado; Poder Judiciário controlando o Executivo, e sofrendo controle por ele).

Logo, o mecanismo de freios e contrapesos representa uma limitação que ocorre dentro do próprio Estado, na medida em que um Poder controla o outro, podendo invalidar sua atuação ou provocar o Poder Judiciário para que invalide essa atuação via controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, Bernardo Gonçalves<sup>2</sup> assevera que “no caso do Poder Legislativo, são típicas a função de legislar e a função de fiscalizar”. Na sequência, o autor<sup>3</sup> ensina que a função típica do Poder Executivo é a função administrativa, “é a função de execução de políticas

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 27.

<sup>2</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 1017.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 1181.



públicas, fomento, gerenciamento e desenvolvimento da máquina administrativa”. Na mesma esteira, defende<sup>4</sup> que:

No que tange ao Poder Judiciário, também, temos o exercício de funções típicas e atípicas. Sem dúvida, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional (prestação jurisdicional), que se traduz justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução de casos concretos resolvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social.

Nessa esteira, também é de fundamental importância delinear que o Brasil adota o modelo de jurisdição unitária, isto é, cabe tão somente ao Poder Judiciário a prestação jurisdicional de forma a garantir definitividade de suas decisões, sendo todas as outras passíveis de reforma pelo Poder Judiciário. Trata-se do modelo de jurisdição anglo-saxã, que reservou ao Poder Judiciário exclusivamente o exercício da jurisdição, propriamente dita.

Quanto aos modelos de jurisdição administrativa, sobressaem o modelo de jurisdição unitária (anglo-americano) e o modelo de jurisdição dualista (francês). Na jurisdição unitária, o Poder Judiciário guarda competência para a solução de litígios de toda natureza, inclusive aqueles em que há interesse direto da administração pública. É o modelo adotado pelo Brasil, por comando expresso do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal<sup>5</sup>, ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nesse viés, o gestor de saúde, especificamente o Poder Executivo, em todos os seus níveis de atuação e gerenciamento, deve almejar uma política pública de saúde que alcance o mandamento constitucional de acesso universal, igualitário, integral e resolutivo. Deve prover o orçamento público de condições para efetivação da saúde e demais direitos fundamentais.

Todavia, caso a política pública de saúde não satisfaça a demanda da sociedade, todo cidadão deve ser acolhido pelo Poder Judiciário e ter a sua pretensão deduzida em juízo de maneira a implementar democraticamente sua garantia constitucional sem prejuízo da coletividade. Não deve haver protagonismo entre os Poderes, mas sim prevalência dos direitos fundamentais, sobretudo, no caso em comento, do direito à saúde e à vida.

O Sistema Único de Saúde (SUS), estampado na Constituição da República de 1988, bem como na Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) e demais instrumentos normativos federais, estaduais e municipais, visa à universalização do acesso com abordagem holística, integral, hierarquizada e regionalizada com adstrição de clientela em território-processo.

Não se pode desconsiderar que a Constituição cidadã conferiu à saúde o *status* de direito de todos e dever do Estado, atribuindo-lhe os princípios da universalidade, equidade e

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 1241

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 set. 2021.

integralidade. A saúde passou, então, a ser responsabilidade do poder público, cuja efetivação se consubstancia por meio de uma prestação positiva. Logo, a materialização desse direito fundamental depende da implementação de políticas públicas e de serviços eficazes pela Administração Pública.

É necessário considerar que a Constituição da República de 1988 vincula os direitos fundamentais por meio da força normativa de seus princípios. Assim sendo, ao estabelecer, no artigo 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, a Carta Política reconhece o direito à saúde como um direito social, impondo aos poderes públicos sua implementação por meio de políticas públicas<sup>6</sup>.

Conforme ensina Fernandes<sup>7</sup> “o direito à saúde relaciona-se de forma direta com o direito à vida”. Nesse sentido, acrescenta o autor que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o conceito de saúde a concebe como “estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades”.

Impende, ainda, anotar que com o advento da Constituição Cidadã, a universalização da saúde dependia de um amplo e rígido processo legislativo que lhe assegurasse plena implementação e efetivação. Assim sendo, ao regulamentar as disposições constitucionais que tratam do assunto, a Lei nº 8.080/90, assegurou em seu artigo 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Ademais, para tutelar e materializar esse direito fundamental, o artigo 4º<sup>8</sup> instituiu o SUS, consistente no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Destarte, com fulcro no princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário e, conseqüentemente, da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB), este Poder tem sido provocado cada vez mais a atuar compelindo o Estado a adimplir suas obrigações constitucionais e infraconstitucionais.

É interessante registrar que a judicialização da política ocorre quando o Poder Judiciário, tendo como base a própria Constituição, é provocado a manifestar-se sobre um determinado conflito que envolve decisões de um poder político, dirimindo o litígio de forma

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> FERNANDES, op. cit., p. 762.

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 25 set. 2021.

definitiva. Ao se permitir essa ingerência sobre outros Poderes, sobretudo no Executivo, há notório protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais. Assim sendo, por judicialização da saúde, compreende-se a análise e decisão, em sede judicial, de questões que envolvam variadas prestações de saúde.

Diante disso, tendo em vista que o Poder Judiciário atua sob a perspectiva da justiça comutativa ou da microjustiça do caso concreto, o desafio de incorporar a política pública de saúde em suas decisões revela-se indispensável para o avanço da jurisprudência no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde.

Nesse mister, desde 1999, o Supremo Tribunal Federal assumiu um posicionamento favorável ao deferimento de pretensões em saúde. Sobremodo, com fundamento no artigo 23, II, da CRFB, afirmou a responsabilidade solidária dos entes da Federação no que tange ao direito fundamental à saúde<sup>9</sup>.

Consoante, o princípio da inafastabilidade da jurisdição merece ser integralmente assimilado como garantia constitucional de justiça, assumindo a dicção do artigo 5º, XXXV, do texto constitucional, alcançando desdobramentos vinculados à manutenção dos objetivos fundamentais do Estado, funcionando, em última instância, como veículo de resgate da própria democracia ao outorgar a efetiva e legítima inserção da população no seu discurso.

Consente-se, nessa perspectiva, que havendo direito subjetivo amparado e alegação de lesão a este direito, a jurisdição tem o encargo constitucional de desempenhar sua função típica, possibilitando a discussão democrática sobre a ofensa a direitos fundamentais sociais pelo Estado.

Considerando, aliás, que o centro de decisões politicamente relevantes no Estado Democrático contemporâneo sofre sensível deslocamento do Executivo e Legislativo em direção ao Poder Judiciário, o processo que se instaura mediante a propositura de ações desta natureza social e dimensão constitucional acaba despontando como um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania.

Diante do exposto, é possível inferir que a implementação efetiva da política pública de saúde deve ser pauta primordial do Poder Executivo, pois se apresenta como função típica dele a administração pública nos seus aspectos objetivo e subjetivo. Assim, cabe ao gestor precipuamente a oferta de serviços de saúde e a implementação da política pública respectiva.

---

<sup>9</sup> FERNANDES, op. cit., p. 764.

## 2. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE E A SEPARAÇÃO DE PODERES

O princípio da separação dos Poderes tem origem no pensamento aristotélico do século XVIII como meio de enfraquecer o absolutismo que permeou a ideia de Estado moderno no século XVII. Não obstante, é em Montesquieu que a separação dos Poderes ganha destaque, notadamente no que diz respeito à divisão orgânica do poder político e do estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos garantidor da independência e do controle entre os Poderes<sup>10</sup>.

Hans Kelsen ensina que como ideia de governo do povo, a democracia encontra-se baseada na participação dos governados no governo, indicando seu exercício e direção política, ideia desejada no ocidente porque um governo do povo, em tese, volta-se para o interesse do povo<sup>11</sup>.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 à saúde foi conferido o *status* de direito de cidadania, dever do Estado e responsabilidade de todos numa perspectiva universal, integral e equânime. Trata-se, dessa forma, de direito integrante da estrutura constitucional da seguridade social.

Conforme ensina Aragão<sup>12</sup>, o conceito de serviço público não é unívoco. Em uma concepção restrita englobaria os serviços de cunho prestacional oferecidos a indivíduos identificáveis e de forma quantificável; em uma concepção restritíssima abrangeria apenas os serviços públicos econômicos reservados ao Estado, cujo exercício não constitui direito próprio da iniciativa privada; numa concepção ampla seriam as atividades desempenhadas pela administração pública ou delegatário com cunho prestacional; e, em uma concepção amplíssima, o serviço público seria sinônimo de atividades conduzidas pela administração pública, preponderando o critério orgânico ou subjetivo.

Contemporaneamente, o Estado como regime político assumiu a forma de Estado democrático social, e como organização, a de Estado gerencial. Nesse sentido, governar é elaborar os compromissos para atingir a maioria, definir as leis e políticas públicas, tomar decisões estratégicas voltadas ao interesse coletivo e nacional, aperfeiçoar e garantir o Estado como regime político.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed., rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 292.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 140.

<sup>12</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 144.

Destarte, governar é também administrar a organização do Estado, escolher seus principais responsáveis, detalhar e colocar em prática as leis e as políticas, aperfeiçoar constantemente o aparato estatal de forma a operar os serviços públicos com qualidade e eficiência.

A atividade administrativa é, pois, a gestão de recursos públicos para atendimento aos interesses também públicos. É oportuno registrar que o desempenho da administração pública, em seu sentido material, é atribuição típica do Poder Executivo, mas todos os demais Poderes, e inclusive os entes independentes de controle – Ministério Público e Tribunais de Contas –, possuem atribuição de parcelas de poder administrativo para desempenhar suas funções.

A teoria é reconhecida mundialmente e adotada desde a Revolução Francesa por países democráticos. No Brasil, a separação dos Poderes encontra-se expressa no art. 2º da Constituição da República que estabeleceu como Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>13</sup>, o governo é um conjunto de órgãos capaz de formular, expressar e realizar a vontade do Estado, através do exercício do poder político, sendo este uno, indivisível e indelegável, mas distribuído em funções para que seja corretamente exercido.

André Ramos Tavares<sup>14</sup> leciona que embora se fale em separação dos Poderes, o que de fato ocorre é a distribuição das funções estatais entre seus diferentes órgãos; a expressão “poderes” deve ser entendida figurativamente, fruto do constitucionalismo na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789.

Nessa toada, cada Poder será independente quando puder se organizar e desempenhar suas funções típicas sem que haja qualquer submissão dos demais e, por sua vez, os Poderes serão harmônicos se entre si mantiverem relação de cortesia e de respeito quanto às suas respectivas prerrogativas.

A separação dos Poderes busca evitar que o poder político seja exercido de forma arbitrária por uma única pessoa, dividindo-o entre órgãos e funções que deverão exercê-lo em colaboração e respeito, mantendo entre si equilíbrio e harmonia.

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108.

<sup>14</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 2243.



Os membros do Poder Judiciário não são atores eleitos, mas desempenham um poder político. O fundamento normativo decorre da Constituição brasileira, que atribui tal competência ao Judiciário.

Os Estados democráticos reservam uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos não recrutados por eleição, cuja atuação é de natureza técnica e imparcial. Isso é legítimo e, no caso brasileiro, fruto do Poder Constituinte, representante por excelência do Povo.

É possível concluir que a judicialização deriva de opção do Constituinte ao passo que o ativismo judicial demonstra uma atitude do operador do Direito, um modo expansivo de hermenêutica para leitura da Constituição, que potencializa o alcance de suas normas. Trata-se de um instrumento para contornar o processo político majoritário quando ele tenha apresentado algum desvio do processo democrático.

Nesse viés, os riscos da judicialização e do ativismo judicial decorrem da legitimidade democrática, da politização da justiça e da falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Com relação à legitimidade democrática, os riscos gravitam em razão de os membros do Poder Judiciário não se submeterem ao crivo popular, mas atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. É preciso considerar que os riscos da politização da justiça não podem ser descartados, mas também deve se registrar que a Constituição é o instrumento que transforma Política em Direito.

No tocante à capacidade institucional, o Judiciário não ostenta especialização para demandas diversas que lhe são submetidas. Assim, deverá observar se um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. O Judiciário não pode se comportar como um balcão de pedidos acerca de políticas públicas.

Portanto, o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária se dará a favor da democracia.

Nas demais situações, o Judiciário deverá acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador observando o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador.

Por derradeiro, as decisões do Judiciário deverão observar as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito, quais sejam: racionalidade, motivação, correção e justiça. O protagonismo do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que assola a democracia brasileira consubstanciada na crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

### 3. CONSEQUÊNCIAS DO DEFERIMENTO DE PRESTAÇÕES DE SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO NO CENÁRIO BRASILEIRO

A judicialização da política deriva de um processo político, isto é, as próprias demandas políticas promovem sua presença nas democracias constitucionais estampando um embate entre democracia e Estado de Direito, ou seja, entre o poder político decorrente da vontade e o direito, que é norteado pela razão. Nesse viés, judicializar uma política pública, qualquer que seja ela, importa resolver um imbróglio tipicamente político pela via judicial.

Ocorre que a judicialização da política pode configurar uma ameaça à democracia, uma vez que especializa o debate tornando-o inacessível ao cidadão. Esse movimento cresce a cada momento desde a passagem do Estado Liberal clássico para o Estado Constitucional.

Luís Roberto Barroso<sup>15</sup> esclarece que o direito é produto do processo constituinte ou legislativo, isto é, produto da vontade. Dessa forma, em um Estado de direito, a Constituição e as leis legitimam e limitam o poder político. Acrescenta que a separação entre direito e política é essencial no Estado constitucional democrático.

Nesse cenário, a atuação dos três Poderes constitucionais deve ser complementar e suplementar para a consecução do Sistema Único de Saúde com efetividade e eficácia, nos termos da Constituição e do ordenamento jurídico. Assim como o Poder Judiciário não deve ser o protagonista na implementação de políticas públicas, não deve, também, ser inviabilizada sua atuação ante a provocação da sociedade.

Ao tomar conhecimento e ser chamado a decidir sobre determinada prestação de saúde, o Judiciário deve garantir o direito constitucional em comento, mas tomando todas as precauções cabíveis para não alijar parte da sociedade em detrimento de uma demanda individualizada.

Assim sendo, a atuação do Poder Judiciário nas fases de criação e implementação de políticas públicas deve ser cautelosa, observando os limites constitucionais de forma a não comprometer o processo democrático.

Não obstante, o Poder Executivo precisará dialogar com o Poder Legislativo para que este também paute a política pública de saúde e forneça a segurança jurídica de que o administrador necessitará. É fundamental ter sensibilidade na aprovação dos orçamentos públicos considerando a relevância da pasta para a sociedade e seu elevado custo.

---

<sup>15</sup> BARROSO, op. cit., p. 418.

Ademais, cabe ao Poder Judiciário garantir ao cidadão o acesso à jurisdição e, na falta da efetiva oferta da política pública de saúde, analisar, no caso concreto, o interesse particular sem ignorar o impacto que a decisão judicial trará para a coletividade.

Nesse diapasão, órgãos judiciais não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. Dessa forma, o Poder Judiciário é independente da política e se limita a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica.

Luís Roberto Barroso<sup>16</sup> ensina, também, que a doutrina da efetividade pugna no sentido de aplicar diretamente as normas constitucionais aos casos concretos já que os dispositivos constitucionais seriam dotados de normatividade e a Constituição não deveria ser entendida como simples documento sem coerção.

Dessa feita, a judicialização exacerbada implica consequências negativas, entre elas o esvaziamento das maiorias pelo engessamento da legislação ordinária e o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais.

Apesar de sua grande importância, é necessário que os canais político-majoritários reservados à deliberação democrática sejam a via natural de concretização de escolhas políticas. Portanto, o Poder Judiciário não pode substituir-se às instâncias majoritárias de formação da vontade política.

Deve haver uma conjugação entre a premissa majoritária e a democracia constitucional, que seja capaz de harmonizar os valores procedimentais com os substantivos.

As decisões dos magistrados que determinam a prestação de uma atividade assistencial pelo Estado precisam considerar o custo de oportunidade inerente a essa decisão, haja vista que o Estado não produz recursos de forma ilimitada e o aumento do gasto previsto com a judicialização resultará na supressão de outras políticas públicas.

É mister registrar que a judicialização da saúde é uma ferramenta importante para que pacientes reivindiquem tratamentos legítimos não padronizados no sistema de saúde, suprindo eventuais negligências do Estado.

Não obstante, o fenômeno da judicialização da saúde ampliou-se e sua disseminação pode ser justificada pela incapacidade do sistema de saúde de absorver todos os serviços, tecnologias e tratamentos disponíveis no mercado.

É preciso buscar alternativas para alcançar o direito à assistência em saúde a todos os cidadãos, disponibilizando o acesso a produtos e serviços com segurança e eficácia

---

<sup>16</sup> Ibid.



comprovadas por evidências científicas, com relação custo-efetividade possível dentro do orçamento destinado ao SUS.

Logo, é possível garantir que a ferramenta da judicialização da saúde permaneça viável para a garantia dos direitos em casos necessários e não contemplados pelo sistema de saúde sem que o excesso de processos prejudique o planejamento orçamentário da área e, por consequência, o acesso universal aos bens e serviços do sistema de saúde.

Dessa maneira é possível afirmar que a legitimidade exercida pelo Poder Judiciário está expressa na própria Constituição Federal. Ademais, a própria Constituição consagra que a vontade majoritária e o ativismo judicial seriam então um instrumento que promove a democracia.

No Brasil há uma enorme dificuldade de concretização dos direitos fundamentais sociais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo cabendo, com isso, a intervenção do Poder Judiciário para garantir pelo menos o mínimo existencial, ou seja, aquilo que está estampado na Constituição Federal de 1988.

Diante do exposto, é imperioso trazer o Judiciário à participação direta das decisões administrativas, bem como das elaborações legislativas, num diálogo institucional que permita a releitura do princípio da repartição dos poderes.

Não se trata de propor uma reforma constitucional, mas de implementar uma nova lógica de pensar e agir, a fim de alcançar a finalidade principal que é o interesse público. Propõe-se o diálogo para que tanto o Legislador e o Administrador quanto o Juiz compreendam a extensão e os limites de políticas públicas de saúde e o quanto representa o orçamento da saúde.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluiu-se que a atuação dos três Poderes constitucionais deve ser complementar e suplementar para a consecução do SUS com efetividade e eficácia, nos termos da Constituição e do ordenamento jurídico. Assim como o Poder Judiciário não deve ser o protagonista na implementação de políticas públicas, não deve, também, ser inviabilizada sua atuação ante a provocação da sociedade.

Ao tomar conhecimento e ser chamado a decidir sobre determinada prestação de saúde, o Judiciário deve garantir o direito constitucional em análise, mas tomando todas as precauções cabíveis para não alijar parte da sociedade em detrimento de uma demanda individualizada.

Nesse viés, o Gestor de saúde, em todos os seus níveis de atuação e gerenciamento, deve almejar uma política pública de saúde que alcance o mandamento constitucional de acesso universal, igualitário, integral e resolutivo. Deve prover o orçamento público de condições para efetivação do SUS e demais direitos fundamentais.

Não obstante, por tudo o que foi abordado, caso a política pública de saúde não satisfaça a demanda da sociedade, todo cidadão deve ser acolhido pelo Poder Judiciário e ter a sua pretensão deduzida em juízo de maneira a implementar democraticamente sua garantia constitucional sem prejuízo da coletividade. Não deve haver protagonismo entre os Poderes, mas sim prevalência dos direitos fundamentais, sobretudo, no caso em comento, do direito à saúde e à vida.

Portanto, a saúde é um direito fundamental insculpido nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, cabendo ao Estado e à sociedade prover meios para o seu alcance. Dessa forma, a política pública de saúde deve nortear a atuação dos Poderes, sobretudo do Poder Executivo, na sua função típica de administrar para garantir acesso universal, igualitário, integral e resolutivo às ações e aos serviços de saúde.

No mesmo sentido, a Constituição da República assegura a todo cidadão o direito, também fundamental, de acesso à jurisdição, nos termos do artigo 5º, XXXV. Dessa forma, o Poder Judiciário ao ser provocado deve prestar jurisdição e promover a pacificação social, resolvendo de forma definitiva a pretensão trazida à apreciação.

Não obstante, a própria Constituição Federal determina que os Poderes devem atuar de acordo com os ditames constitucionais, zelando pela manutenção do Estado democrático de direito e assegurando ao cidadão acesso aos meios necessários para a dignidade da pessoa humana, escopo maior do Estado.

Portanto, é necessário que a atuação do Poder Judiciário se dirija a aperfeiçoar a política pública de saúde naquilo que apresenta déficit sem, contudo, alijar orçamento que se destinaria a número maior de pessoas.

Por todo o exposto, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que a divisão do Poder na República tem o condão de aperfeiçoar a democracia e não pode, por isso mesmo, ser um entrave à implementação de política pública deferida pelo Poder Constituinte no surgimento do Estado brasileiro. A saúde é direito fundamental e como tal tem aplicabilidade direta e imediata, cabendo ao cidadão, na hipótese de inobservância do seu direito à saúde pelo Estado, provocar o Poder Judiciário para a garantia de sua cidadania e da dignidade da pessoa humana.

É preciso considerar que o Poder Judiciário, embora não seja eleito como os demais Poderes periodicamente, foi concebido na Constituição Federal e, em virtude disso, tem

legitimidade democrática, haja vista ser o Texto Maior fruto do Poder Constituinte, representante por essência do poder popular.

Em última análise, todo o poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente, nos termos da Constituição Federal, isto é, o próprio Texto ratifica o que a doutrina ensina. Isso permite concluir que não há falar em ilegitimidade democrática do Poder Judiciário, uma vez que deriva da soberania popular.

O Poder Executivo é o responsável precípua pela implementação e pela execução da política pública de saúde, tem especialização na matéria e grande privilégio na pauta de deliberações, logo deve ser estimulado a concretizar o mandamento constitucional. O administrador deve ser compelido a empenhar esforços para a consecução do Estado nos moldes previstos pelo Povo, direta ou indiretamente por seus representantes.

Por derradeiro, cabe ao Estado democrático de direito assegurar a todos os indivíduos os direitos insculpidos na Constituição Federal, especialmente, no caso em tela, o direito à saúde, independentemente de quem seja o ator promotor da política, o ordinário ou o extraordinário, ou seja, o Poder Executivo ou o Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, G. *Direitos, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>> . Acesso em: 07 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009.



*O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado.* 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional: 10. ed.* Salvador: JusPODIVM, 2018.

KELSEN, Hans. *A democracia.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário.* São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117/14920> Acesso em: 25 ago. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PERLINGEIRO, R. et al. *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

## A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE TRANSMISSOR DA COVID-19 NAS HIPÓTESES DE AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO E HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA PELA VÍTIMA

Isabella Figueredo Vieira

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

**Resumo-** A recente pandemia de COVID-19 ensejou diversas discussões acerca da proteção dos bens jurídicos relevantes e a correta resposta do direito penal no enfrentamento do cenário de crise. Isso porque a alta transmissibilidade do vírus torna mais dificultosa a tarefa de identificar os agentes que produzem o resultado penalmente relevante. Diante desse contexto, o corrente trabalho pretende perquirir a responsabilidade penal do agente transmissor da COVID-19 nas hipóteses em que a própria vítima contribui para a violação do seu bem jurídico protegido. Para tanto, pretende-se investigar os tipos penais pertinentes em um cenário de pandemia, cotejando-os com a teoria da heterocolocação em perigo consentido e da autocolocação em perigo da vítima, de modo a delimitar a escorreita responsabilidade penal em casos tais.

**Palavras-chave-** Direito Penal. Responsabilidade Penal. COVID-19. Autocolocação em perigo. Heterocolocação em perigo consentida.

**Sumário-** Introdução. 1. A tipificação das condutas à luz da COVID/19: os bens jurídicos tutelados pelo direito penal no enfrentamento da pandemia. 2. Heterocolocação em perigo consentido e autocolocação em perigo. 3. Responsabilidade penal do autor ante a contribuição da vítima para a produção do resultado típico no âmbito da pandemia de COVID/19. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O corrente trabalho acadêmico tem por escopo analisar a autocolocação em perigo da vítima e os seus efeitos. Nesses termos, o estudo destina-se a investigar a repercussão da contribuição da vítima pela autocolocação em perigo no nexos causal da conduta do agente transmissor da COVID-19 e o conseqüente resultado morte.

Consoante a Carta Magna, o direito individual precípua, basilar a todos os demais, é o direito à vida, positivado no seu art. 5º, *caput*. Diante do cenário de pandemia da doença COVID-19, tem-se grande obstáculo à proteção desse direito, incumbindo ao Estado o mister de garantir a máxima efetividade de tal bem jurídico relevante e seus desdobramentos, especialmente a saúde pública e a dignidade da pessoa humana.

Dessa ambiência, infere-se que o direito penal é ferramenta necessária à proteção de tais bens jurídicos, à luz de sua função preventiva geral negativa, é dizer, seu papel dissuasivo na prática de condutas por ele sancionadas. Contudo, diante da inédita situação de pandemia, questiona-se: qual a correta subsunção das condutas concretas aos tipos penais erigidos pelo legislador?

Essa subsunção torna-se ainda mais dramática nas hipóteses em que a vítima, livre e conscientemente, expõe-se à situação de perigo de contágio do vírus Sars-CoV-2, com consequente resultado morte. O nexos causal entre a conduta do agente transmissor e o resultado danoso é certamente afetado, e propõe-se a estudar a medida dessa alteração.

Nesses termos, o ponto nevrálgico do estudo é investigar a responsabilidade do agente transmissor da COVID-19 nos casos em que a vítima contribui para a contaminação e produção do resultado morte, à luz da teoria da autocolocação em perigo da vítima.

A discussão revela-se premente e relevante por analisar se remanesce a pretensão punitiva estatal diante da contribuição tanto do autor quanto da vítima para a transmissão do vírus Sars-CoV-2 e a consequente produção do resultado morte. É transparente o interesse público na investigação da legitimidade do poder-dever de punir em casos tais, muito corriqueiros no cenário da pandemia da COVID-19.

O capítulo inaugural visa a destrinchar qual é a tipificação adequada para as condutas vinculadas à violação dos bens jurídicos vida, saúde pública e dignidade da pessoa humana no contexto da pandemia da COVID-19. A escorreita subsunção da norma penal, ainda polêmica, é premissa indispensável à análise da responsabilidade penal dos agentes envolvidos.

Uma vez assentadas as premissas legais de tipificação penal, o segundo capítulo busca aprofundar a teoria da autocolocação em perigo da vítima, que trata das situações em que esta, livre e conscientemente, contribui materialmente para a criação e produção do risco proibido. Adentra-se a controvérsia de se tal teoria é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que foi criada no contexto de uma dogmática funcionalista e não finalista do direito penal.

Por fim, o terceiro capítulo da presente obra almeja propor a interpretação mais acertada da controvérsia em comento. Isso por meio da investigação do nexos causal da conduta de autocolocação em perigo pela vítima e a transmissão do vírus Sars-Cov-2 com resultado morte, bem como a sua influência na responsabilidade penal do agente transmissor.

A pesquisa visa a utilizar-se do método hipotético-dedutivo, porquanto a pesquisadora pretende eleger proposições hipotéticas, as quais entende verossímeis e adequadas a analisar o objeto da pesquisa. Almeja-se comprová-las ou rejeitá-las dialogicamente.

O estudo em comento busca optar por uma abordagem qualitativa, eis que a pesquisa é desenvolvida pela pesquisa bibliográfica pertinente, tanto da dogmática clássica quanto dos artigos atuais acerca da pandemia, para sustentar a tese proposta.



## 1. OS TIPOS PENAIS APLICÁVEIS AO CONTEXTO DE PANDEMIA: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA CORRETA SUBSUNÇÃO DAS CONDUTAS PARA A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS RELEVANTES

O advento de pandemias demanda respostas jurídico-penais. Assim sendo, o legislador e o aplicador do direito são convocados a enfrentar a realidade social, de modo a garantir a tutela dos bens jurídicos. Nesse contexto, o qual demanda imediatez e eficiência, os intérpretes do ordenamento jurídico enfrentam sérios impasses no que tange à aplicação do Direito Penal, na tentativa de compatibilizar os direitos individuais constitucionais com a vedação à proteção deficiente. Em suma, a situação emergencial engendra insegurança jurídica<sup>1</sup>.

A fim de evitar interpretações conflitantes das normas penais no presente contexto de anormalidade, deve-se considerar que o direito penal pauta-se pela fragmentariedade e subsidiariedade. É dizer, deve atuar enquanto *ultima ratio*, nos casos em que os demais ramos do direito não são bastantes para solucionar o caso concreto.

Nessa toada, o Direito Penal deve ser invocado somente diante de graves violações aos bens jurídicos relevantes<sup>2</sup>. Do contrário, tem-se transgressão à dimensão positiva do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a situação fática da pandemia de COVID-19 ilustra essa violação nos diversos casos de desrespeito às medidas sanitárias legais de enfrentamento da disseminação do vírus. As reiteradas reuniões clandestinas, a promoção de aglomerações e a recusa ao uso de utensílios de proteção pelos cidadãos merecem atenção do Direito Penal, com o escopo de desencorajar condutas que ensejem lesão ou perigo de lesão ao direito à vida e à saúde pública<sup>3</sup>.

Nesse contexto, o desafio da dogmática penal é a escorreita subsunção dessas condutas aos tipos penais erigidos pelo legislador. A correta tipificação é cara à proteção dos bens jurídicos relevantes, sob a ótica da prevenção negativa geral do direito penal, bem como às garantias constitucionais da legalidade e da taxatividade da lei penal, como garantia do cidadão.

<sup>1</sup> GRECO, Luis. LEITE, Alaor. *Direito Penal, saúde pública e epidemia- Parte I*: notícia histórica sobre o art. 268 CP e caos regulatório no contexto da Covid-19. 2020: JOTA. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020>>. Acesso em: 13 out. 2021.

<sup>2</sup> FACCINI, Orlando. As consequências da pandemia para o direito penal brasileiro. *Revista Jurídica Unicritiba*, Curitiba, V.2, nº 64. 2021, p. 3. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5056>>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 5.

Luis Greco<sup>4</sup> cita como o primeiro delito a que se subsumem as condutas praticadas no contexto de pandemia aquele inserto no art. 268 do Código Penal<sup>5</sup>. In verbis: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”.

Trata-se da alcunhada infração de medida sanitária preventiva. Tem-se crime de perigo abstrato, o qual dispensa o efetivo contágio ou risco à saúde de outrem, bastando sejam infringidas as determinações do poder público<sup>6</sup>.

Ademais, é norma penal em branco<sup>7</sup>, exigida norma complementar para regular quais seriam as determinações do poder público a serem infringidas para a configuração do delito. Nesse sentido, o poder público editou, em 6 de fevereiro de 2020, a lei federal nº 13.979<sup>8</sup>, a qual regula especificamente as medidas sanitárias de enfrentamento ao corona vírus, que traz em seu bojo, destacadamente, as determinações de: i) medida de isolamento, ii) quarentena e iii) realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos, conforme seu art. 3º.

Esta, por sua vez, foi posteriormente complementada pela portaria 356, de 11 de março de 2020<sup>9</sup>, do Ministério da Saúde, trazendo requisitos para a incidência das medidas sanitárias referidas na lei federal supracitada. Como se não bastasse, editou-se a Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, a qual veicula, em seu art. 4º, que o descumprimento das referidas medidas sanitárias “poderá sujeitar os infratores às sanções previstas nos art. 268 e art. 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave”<sup>10</sup>.

Acerca deste último dispositivo, conquanto exista conflito aparente de normas, não deve haver a imputação simultânea ao agente dos delitos do art. 268 e 330 do Código Penal<sup>11</sup>. Isso porque o segundo é absorvido pelo primeiro, pelo princípio da consunção<sup>12</sup>.

---

<sup>4</sup>GRECO, LEITE, op. cit.

<sup>5</sup>BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 18 out. 2021.

<sup>6</sup>GRECO, LEITE, op. cit.

<sup>7</sup>FACCINI, op. cit., p. 12.

<sup>8</sup>BRASIL, *Lei Federal nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 18 out. 2021.

<sup>9</sup>BRASIL, *Portaria nº 356*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-20-de-marco-de-2020-249090908>>. Acesso em: 19 out. 2021.

<sup>10</sup>BRASIL, *Portaria Interministerial nº 5*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 19 out. 2021.

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit, *nota 5*.

<sup>12</sup>MONTEIRO, Lucas. VIANA, Eduardo. *Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>>. Acesso em: 15 out. 2021.





Na leitura sistemática do regramento vigente, o crime do art. 268 do Código Penal<sup>13</sup> só configura-se mediante a observância dessas três normas regulamentadoras. Assim sendo, as medidas sanitárias cuja infração se subsume a conduta penalmente relevante são as seguintes: i) isolamento, desde que a) mediante prescrição médica ou recomendação do agente de vigilância epidemiológica, com prazo máximo de 14 dias prorrogáveis por igual período, conforme Portaria nº 356 art. 3º, § 1º<sup>14</sup>; b) haja comunicação prévia à pessoa afetada sobre a compulsoriedade da medida, vide Portaria Interministerial nº 5, art. 4º, § 1º<sup>15</sup>. ii) quarentena, desde que instituída mediante administrativo formal e devidamente motivado, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação, vide Portaria nº 356 art. 4º, § 1º<sup>16</sup>. iii) realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos, desde que a) por indicação de ato médico ou de profissional de saúde, vide Portaria nº 356, 6º<sup>17</sup>; b) haja comunicação prévia à pessoa afetada sobre a compulsoriedade da medida, vide Portaria Interministerial nº 5, art. 4º, § 1º<sup>18</sup>.

Lado outro, não deve ser aplicável o delito de perigo de contágio de moléstia grave, inculcado no art. 131 do Código Penal<sup>19</sup>. Tem-se a elementar “moléstia grave”, o que sugere norma penal em branco. Inexiste regulamentação legal de quais seriam elas, ou sequer consenso doutrinário sobre o seu conceito. Dessa forma, ausência de definição segura do delito deve favorecer o réu<sup>20</sup>.

Outrossim, o delito de Epidemia não merece acolhida no cenário analisado. O art. 267 do Código Penal<sup>21</sup> veicula o crime de “Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos”. No caso concreto, tem-se uma epidemia já instalada, e não se pode imputar a um autor específico a causação da epidemia<sup>22</sup>.

De outra monta, é possível incidir o delito de perigo para a vida ou saúde de outrem, previsto no art. 132 do Código Penal, que dispõe: “Expôr a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”<sup>23</sup>.

Neste caso, a subsunção ao tipo penal exige que o agente exponha o sujeito passivo a uma situação de perigo direto e iminente à vida ou à saúde. Diferentemente do delito

---

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>20</sup>GRECO, LEITE, op. cit.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

anteriormente comentado, este exige um perigo concreto, ou seja, uma real possibilidade de a conduta causar perigo de lesão ao bem jurídico durante sua execução<sup>24</sup>.

Subsumindo as condutas vinculadas à pandemia do Coronavírus, o tipo demanda prova de que o agente está contaminado, eis que, se não está acometido pela Covid-19, não há perigo concreto de lesão à saúde de outrem. Ademais, pressupõe-se a prova do cognoscitivo do dolo do agente, tanto quanto conhecimento de que estava contaminado quanto à previsibilidade de eventual produção do resultado danoso (dano à saúde de outrem)<sup>25</sup>.

Finalmente, não se pode descartar a incidência do crime de lesão corporal, nos casos de dano efetivo<sup>26</sup>. Isso porquanto o artigo 129 do Código Penal<sup>27</sup> tem como elementos do tipo tanto a ofensa à integridade corporal quanto à saúde de outrem, sendo esta última a modalidade relevante para a situação em comento. Com efeito, a transmissão do Sars-Cov 2 é dano à saúde suficientemente relevante para configurar o referido delito. Ainda, tal resultado pode ser qualificado pelo perigo de vida, nos termos do art. 129, §1º, II, CP, ou pelo resultado morte, conforme o art. 129, §3º, CP<sup>28</sup>.

Não se pode olvidar, ainda, que, no processo de subsunção da conduta à norma, deve-se estabelecer a relação de causalidade entre a conduta do agente e a ofensa à saúde de outrem e seus resultados qualificados. Tal imputação pode, ademais, ser dolosa ou culposa<sup>29</sup>.

Diante do exposto, extrai-se que o Direito Penal socorre aos bens jurídicos mais relevantes à sociedade. No cenário de pandemia, ganham destaque três possíveis delitos para assegurar a proteção desses bens jurídicos, quais sejam: infração de medida sanitária preventiva- art. 268 CP<sup>30</sup>, perigo para a vida ou saúde de outrem - art. 132 CP<sup>31</sup> e lesão corporal - art. 129 CP<sup>32</sup>, em sua modalidade simples ou qualificada.

---

<sup>24</sup>MONTEIRO, VIANA, op. cit.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> FACCINI, Orlando. *A pandemia e o direito penal*. Disponível em: < [<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.](https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/faccini-neto-pandemia-direito-penal#:~:text=A%20pandemia%20de%20Covid%2D19%20e%20o%20Direito%20Penal&text=1.,vivendo%20um%20tempo%20completamente%20inusitado.&text=Numa%20situa%C3%A7%C3%A3o%20complexa%20como%20essa,no%20campo%20do%20Direito%20Penal.> acesso em: 15 out 2021</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>28</sup> MONTEIRO, VIANA, op. cit., p. 28.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem.

## 2. HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDO E AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO: UMA DISCUSSÃO SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA VÍTIMA E DO AGRESSOR PARA A PRODUÇÃO DO RESULTADO

O estudo aqui proposto pauta-se na perspectiva de que o direito penal moderno deve considerar, na análise da responsabilidade criminal, o papel da vítima, notadamente quando esta contribui para a produção do resultado penalmente relevante<sup>33</sup>. Surge, pois, relevante questionamento: Quem é a vítima para o Direito Penal?

Para os fins deste trabalho, opta-se pela concepção positivada pela Resolução nº 40/34, de 1985, da ONU, a qual erige os princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder:

[...]entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder<sup>34</sup>.

Adotada tal premissa, a dogmática penal depara-se com a situação em que a própria vítima participa da causação desse prejuízo à sua própria integridade física e/ou moral. Não havendo previsão no Código Penal acerca do tema, cabe à doutrina investigar na ciência jurídica métodos que considerem o papel da vítima na responsabilidade penal. Do contrário, o direito penal tornar-se letra morta, dissociado da realidade social.

A questão foi pioneiramente enfrentada no Brasil na investigação da responsabilidade penal do agente que dolosamente transmite AIDS ao parceiro que, voluntariamente, consente com relação sexual desprotegida, conhecendo da doença sexualmente transmissível do primeiro<sup>35</sup>.

Uma das soluções arquitetadas pelos estudiosos da teoria do crime foi a adoção do sistema funcionalista, o qual propõe a inserção de elementos da Política Criminal à dogmática

<sup>33</sup> AGUIAR, Walter. A autocolocação da vítima em perigo. *Revista internacional da Associação Brasileira de Criminologia*, Quixadá, V. 1, ano 4, p. 2-3, fev. 2020.

<sup>34</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 40/35*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder>>. Acesso em: 22 fev 2022.

<sup>35</sup> SCHMIDT, Andrei Z. *Imputação objetiva e transmissão de Aids*. p. 4. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDP\\_05\\_71.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_05_71.pdf)>. Acesso em : 01 mar 2022.

penal. O marco teórico da referida sistemática é a teoria da imputação objetiva, desenvolvida por Karl Larenz e Richard Honing, posteriormente lapidada por Claus Roxin<sup>36</sup>.

Segundo referida teoria, a tipicidade pauta-se no conceito de risco proibido ao bem jurídico tutelado. Nessa esteira, são requisitos da imputação objetiva: i) a criação de um risco juridicamente proibido; ii) a realização desse risco no resultado e; iii) o risco esteja inserido no âmbito de proteção da norma. Sob tal ótica, o conceito se divorcia da simples causalidade material, própria do sistema finalista, e pressupõe a criação de um risco juridicamente proibido ao bem jurídico tutelado pelo direito penal<sup>37</sup>.

Desse contexto, surgem as teorias da autocolocação em perigo da vítima e a heterocolocação em perigo consentida. Isso porquanto o terceiro requisito esbarra no princípio da autorresponsabilidade do sujeito passivo. Segundo tal preceito, os indivíduos têm a liberdade de decidir sobre os próprios comportamentos, ainda que estes representem risco individual ou social<sup>38</sup>. Isto posto, o tipo penal não abrange os casos em que a vítima, conhecendo plenamente do risco proibido criado, se autocoloca em perigo ou se expõe a perigo provocado por terceiro<sup>39</sup>.

Explique-se: a autocolocação em perigo é compreendida como o fenômeno em que o sujeito passivo se expõe voluntariamente a uma ação perigosa, ainda que outrem contribua para a produção do perigo criado. Já na heterocolocação em perigo consentida, a vítima não expõe a perigo seu bem jurídico, mas assente, de forma consciente, que terceiro o coloque em situação de perigo.

Gize-se que a responsabilidade penal do terceiro pressupõe a análise do nível de conhecimento da vítima quanto ao risco ao qual se submete, bem como a probabilidade e extensão desse risco criado.

No exemplo do agente transmissor de AIDS por relação sexual desprotegida, deve-se considerar se a vítima tinha plena consciência da condição de soropositivo do parceiro, é dizer, do risco da produção do resultado lesivo, bem como a extensão desse risco a que se submeteu<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> COSTA, Lucas. A responsabilidade penal nos casos de autocolocação da vítima em perigo. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 2015, Belo Horizonte. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 338.

<sup>37</sup>Ibid, p. 339.

<sup>38</sup> PEREIRA, Jeferson B. *Princípios limitadores do poder punitivo do Estado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54146/principios-limitadores-do-poder-punitivo-do-estado/4#:~:text=Princ%C3%ADpio%20da%20Autorresponsabilidade,representar%20risco%20individual%20o%20social>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Vol. 38. 2002, p. 79-80.

<sup>40</sup> SCHMIDT, Andrei Z, op.cit. p. 7-8.



Nos casos de autocolocação em perigo, essa consciência mostra-se evidente. O agente que se autocoloca em perigo conhece dos riscos, pois domina o curso causal da produção do resultado. Já o terceiro somente participa de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima, o que urge o afastamento de sua responsabilidade penal.

Foi o caso de julgado de 2010 do Superior Tribunal de Justiça<sup>41</sup>, referente a atropelamento em rodovia próxima a passarela. Na espécie, apesar de proibição expressa, a vítima atravessou pela via, ignorando o local apropriado de travessia, que se encontrava próximo e de fácil acesso<sup>42</sup>.

Já nos casos de heterocolocação em perigo consentida, essa plena consciência do perigo não se presume, demandando-se uma investigação casuística para se afastar a imputação do agente causador do risco. Neste caso, a vítima não detém o domínio do fato, pois não se autocoloca em perigo, senão consente que outro a coloque em tal situação. Tem-se, aí, a grande discussão acadêmica quanto à devida imputação do agente<sup>43</sup>.

A doutrina majoritária resolve a questão por meio do consentimento do ofendido na produção do resultado. Contudo, segundo Claus Roxin<sup>44</sup>, a interpretação não é acertada, eis que a vítima não consente com a produção do resultado, senão com o risco da produção desse resultado. A vítima confia que o resultado não acontecerá, mas assume o risco de sua produção.

Consoante o referido autor, as situações de heterocolocação em perigo consentida somente devem afastar a responsabilidade penal quando, no caso concreto, a situação equivaler a uma autocolocação em perigo. Para tanto, o autor desenha os seguintes requisitos: “o dano deve surgir como consequência da ação e do risco consentidos, e não de outros erros adicionais; e a vítima deve ter o mesmo controle sobre o acontecimento do que o autor, de modo que o resultado se encontre em uma esfera chamada de competência da vítima, havendo uma “organização conjunta” entre ela e o agente<sup>45</sup>”.

Exige-se, pois, que o risco assumido pela vítima equivalha ao risco criado pelo agente que o coloca em perigo. É o caso de dois motoristas que, conscientemente, participam de um “racha”, do qual sobrevém acidente fatal a um deles<sup>46</sup>. Existe, *in casu*, uma assunção final e recíproca da criação perigo.

<sup>41</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 147.250/BA*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8563873/habeas-corpus-hc-147250-ba-2009-0178790-9/inteiro-teor-13666981?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

<sup>42</sup> AGUIAR, Walter de Lacerda. op. cit., p. 6-7.

<sup>43</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4 ed. Rev. E atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.75-77.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. op. cit., p. 79-80.

<sup>45</sup> GRECO, Luís. op. cit., p.75-77.

<sup>46</sup> SCHMIDT, Andrei Z. op. cit. 14-15.

Igualmente, conforme assentado por acórdão do Tribunal de Minas Gerais, um delegado insistiu que seu subordinado o transportasse até Carandaí/MG, mesmo após ser por ele avisado de que o carro da polícia não estava em condições seguras para trafegar. Durante a viagem, o carro perdeu o controle e colidiu com o caminhão, ocasionando a morte do delegado. Nessa situação, o Tribunal absolveu o subordinado, acusado do delito do art. 302 do CTB, pois a vítima colocou-se em situação de perigo ao ordenar ao subordinado que o levasse ao destino, mesmo consciente das precárias condições de segurança do veículo.

De todo o exposto, a hodierna complexidade das relações humanas demanda especial atenção à contribuição da vítima na dogmática penal. Nesse sentido, a responsabilização do agente que realiza o risco proibido demanda a análise da natureza e da extensão da influência do comportamento da vítima na concretização do risco proibido. O princípio da autorresponsabilidade, é dizer, a autonomia de vontade como parte da liberdade de ação<sup>47</sup>, é limite da subsunção do fato à norma penal.

Tal realidade assume novos contornos diante do contexto de pandemia da COVID-19. Assim sendo, imperioso cotejar os conceitos de autocolocação e heterocolocação em perigo consentida da vítima com os diversos tipos penais subsumíveis aos possíveis riscos de contágio da doença, sempre à luz da contribuição da vítima para a criação do risco proibido.

### 3. A ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE TRANSMISSOR DA COVID-19 NO CONTEXTO DE HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDO E AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO PELA VÍTIMA

Consoante demonstrado, a hodierna dogmática penal demanda a consideração da vítima para fins de verificação da responsabilidade do autor. Mister, pois a verificação de sua influência na própria conduta do sujeito ativo e no nexo causal desta com a produção do resultado.

Surge, diante de todo o panorama descrito, o ponto nevrálgico da discussão proposta: qual a relevância da autocolocação e heterocolocação em perigo consentida da vítima no nexo causal entre a conduta do agente e a produção do resultado danoso no contexto de pandemia de COVID-19?

Torna-se relevante a retomada dos delitos pertinentes à pandemia de COVID-19, quais sejam: infração de medida sanitária preventiva- art. 268 CP<sup>48</sup>, perigo para a vida ou saúde de

---

<sup>47</sup> PEREIRA, Jeferson B. op. cit.

<sup>48</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.



outrem - art. 132 CP<sup>49</sup> e lesão corporal - art. 129 CP<sup>50</sup>, em sua modalidade simples ou qualificada. Desses, o objeto de estudo será o crime de lesão corporal, o único crime que exige a produção do resultado para a consumação, não se tratando de crime de perigo.

Cotejando o referido crime com os conceitos de imputação objetiva já explanados neste trabalho, tem-se uma primeira conclusão: na autocolocação em perigo consentida, não há falar em responsabilidade penal do sujeito ativo transmissor do vírus COVID-19. Reitere-se que, neste caso, a vítima que se autocoloca em perigo conhece os riscos de sua ação, dominando, pois, o curso causal do resultado<sup>51</sup>.

Nesses termos, o sujeito que, voluntária e conscientemente, se dirige à residência de pessoa acometida com a doença tem domínio do curso causal da produção do resultado de contágio, atuando positivamente para a criação do risco ao bem jurídico. Logo, rechaçada a responsabilidade penal daquele acometido da doença<sup>52</sup>.

A polêmica exsurge da heterocolocação em perigo consentida pela vítima<sup>53</sup>. Nessa situação, diferentemente da autocolocação em perigo, não é a própria vítima quem se expõe ao risco de sua integridade física pelo contato com outra pessoa. Aqui, é a conduta de terceiro, com concordância do sujeito passivo, que cria o risco proibido.

Tal qual o caso do delegado que concorda com ser transportado por seu funcionário em péssimas condições de tráfego<sup>54</sup>, mesmo quando advertido dos riscos, no caso da vítima que voluntariamente se expõe ao perigo de contágio de contrair a COVID-19, tem-se hipótese de autocolocação em perigo con.

Não se admite a responsabilização penal no caso em tela pela assunção do resultado. Isso porquanto as teorias de autocolocação e heterocolocação em perigo consentida presumem o atuar culposo do agente. A vítima aquiescer com a produção do resultado é manifestação de uma postura dolosa<sup>55</sup> e pode, no máximo, ensejar a responsabilidade penal do agente transmissor pelo delito do artigo 122 do Código Penal<sup>56</sup>, o que foge ao escopo aqui proposto. Fato é que a vítima, em casos concernentes à COVID-19, raramente concordará com a transmissão da doença, senão com o risco da produção desse resultado, o que altera sensivelmente a análise jurídico-penal do proceder do sujeito ativo.

---

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> GRECO, Luís. op. cit., p.77.

<sup>52</sup> COSTA, Lucas. op. cit., p. 342.

<sup>53</sup> Ibid., p. 342.

<sup>54</sup> BRASIL, op.cit., nota 41.

<sup>55</sup> SCHMIDT, Andrei Z. op. cit., p. 16

<sup>56</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

Em situações tais, a solução reside na verificação da equivalência final e recíproca do risco assumido. É dizer, para afastar-se a responsabilidade do sujeito ativo, tanto o agente transmissor quanto a vítima devem ter assumido o mesmo risco e com a mesma consciência da sua extensão<sup>57</sup>. Nesses casos, a heterocolocação em perigo da vítima equivale a uma autocolocação em perigo.

Assim sendo, não há como sustentar a subsunção do delito de lesão corporal àquele que, ciente de estar contaminado com o vírus Sars-Cov-2, mantém contato com a vítima, a qual, voluntariamente, se expõe ao risco de contágio. A autorresponsabilidade da vítima, que conscientemente se sujeita ao perigo criado pelo sujeito ativo, interfere no nexo causal a ponto de imputar-se somente a ela a produção do resultado danoso. O consentimento da vítima em tais condições interfere no desvalor da ação do sujeito ativo, de forma a deslegitimar a relevância jurídica do risco à lesão ao bem jurídico do terceiro.

Difere-se a situação em que *verbi gratia*, a vítima pressupõe que o agente transmissor se encontra imunizado da doença, por presumir que este se vacinou, quando, na realidade, não o fez. Neste caso, a vítima não tem a mesma assunção do risco que o agente transmissor, que não esclarece dos reais riscos da sua conduta. Tem-se que a vítima desconhece da verdadeira extensão do perigo ao qual se submete o que, em tese, pode atrair para o sujeito ativo a responsabilidade por lesão corporal e eventual resultado mais gravoso dela decorrente.

Ainda neste último caso, a imputação por delitos materiais, como é o caso da lesão corporal, depende da demonstração do nexo de causalidade<sup>58</sup> previsto no artigo 13 do Código Penal<sup>59</sup>. A acusação deve comprovar que a produção do resultado danoso adveio diretamente do risco criado pelo contato da vítima com sujeito ativo o que, em contexto de pandemia mundial de alta transmissibilidade, não é tarefa fácil.

Esclareça-se que o agente transmissor pode responder pelo delito do art. 129 do Código Penal a título de dolo ou culpa<sup>60</sup>. Numa análise subjetiva do fato típico (ulterior à avaliação da imputação objetiva) deve-se perquirir se o agente tolera ou não a produção do resultado danoso.

De todo o exposto conclui-se que o direito penal não pode impor limitações desnecessárias à liberdade civil. Enquanto *ultima ratio*, a dogmática penal deve restringir a punição nos casos em que o sujeito ativo viola a vontade do titular do bem. Sob o pálio do princípio da autorresponsabilidade e da culpabilidade, somente é atribuível responsabilidade

---

<sup>57</sup> Ibid., p. 18.

<sup>58</sup> MONTEIRO, Lucas. VIANA, Eduardo. op. cit., p. 4.

<sup>59</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>60</sup> Ibid., p. 5.





penal ao agente ativo na medida em que contribui para a violação de bem jurídicos relevantes contrariando a vontade da vítima<sup>61</sup>.

Portanto, no contexto de contágio de COVID-19, a contribuição da vítima tem papel decisivo para a delimitação da responsabilidade do agente transmissor da doença. A escorreita análise do tipo penal e a pertinente subsunção ao caso fático pressupõem a investigação de todos os fatores que influenciam o resultado, o que inclui, numa perspectiva da autorresponsabilidade, o sujeito passivo do delito. Do contrário, ter-se-á o temerário alargamento da responsabilidade penal, o que desprestigia toda a lógica jurídico-penal, pautada na proporcionalidade, responsabilidade e da reserva legal.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto na presente obra, demonstrou-se que o Direito Penal, enquanto soldado de reserva, deve atentar-se à proteção dos bens jurídicos mais caros à vida em sociedade. Tratando-se do poder-dever estatal que mais restringe os direitos fundamentais, torna-se mister a correta delimitação da responsabilidade penal dos agentes, à luz da vedação à proteção deficiente e da proibição do excesso.

No contexto da pandemia de COVID-19, três delitos merecem maior atenção da dogmática penal: infração de medida sanitária preventiva - art. 268 CP, perigo para a vida ou saúde de outrem - art. 132 CP e lesão corporal - art. 129 CP, em sua modalidade simples ou qualificada. Neste último, em especial, por se tratar de crime material, evidenciou-se a patente influência da conduta da vítima nonexo causal da violação ao seu bem jurídico relevante, de modo a alterar profundamente a responsabilidade do agente transmissor da doença.

Nesse sentido, nas hipóteses em que o sujeito passivo, consciente e voluntariamente, se expõe ao perigo de contágio, sob o pálio da autorresponsabilidade, elide-se completamente a responsabilidade penal do agente transmissor da doença. Igualmente, quando a vítima consente que terceiro a coloque em perigo, desde que munida da mesma consciência da extensão do risco do que aquele, exclui-se o fato típico.

Destarte, evidenciou-se que a vítima merece maior destaque pela dogmática jurídico-penal, porquanto a sua conduta é capaz de minorar ou até afastar a responsabilidade penal do sujeito ativo. A imputabilidade deste depende, além do conhecimento da sua condição de

---

<sup>61</sup>CUNHA, Milena M.F. *A conduta da vítima na teoria do injusto penal*. 2013. 256 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

infectado, da ignorância da vítima ou o seu não consentimento em submeter-se ao perigo de contágio do Coronavírus.

Concluiu-se, pois, que a ciência penal deve ser aplicada de forma restritiva, principalmente diante de um contexto de anormalidade fática e jurídica. Alargar as hipóteses de responsabilização penal em situações de crise vai de encontro aos alicerces do Estado Democrático de Direito. Revela-se contraditório divorciar o direito penal do princípio da culpabilidade em nome de valores metafísicos como a saúde pública. O sujeito ativo deve responder pela exata medida da sua conduta penalmente relevante, e, verificado o rompimento do nexo de causalidade, descabe a sua condenação em nome do valor abstrato da saúde pública, sob pena de se legitimar a responsabilidade penal objetiva.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Walter. A autocolocação da vítima em perigo. *Revista internacional da Associação Brasileira de Criminologia*, Quixadá, V. 1, 2020.

BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 18 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei Federal nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 18 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 356*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-20-de-marco-de-2020-249090908>>. Acesso em: 19 out. 2021

COSTA, Lucas. *A responsabilidade penal nos casos de autocolocação da vítima em perigo*. Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro– Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/393xa7s7/E3RgszhUC0DwomeH.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2022.

CUNHA, Milena M.F. *A conduta da vítima na teoria do injusto penal*. 2013. 256 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

FACCINI, Orlando. As consequências da pandemia para o direito penal brasileiro. *Revista Jurídica Unicuritiba*. V.2, n. 64. 2021. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5056>>. Acesso em: 12 out. 2021

GRECO, Luis. LEITE, Alaor. *Direito Penal, saúde pública e epidemia- Parte I*: notícia histórica sobre o art. 268 CP e caos regulatório no contexto da Covid-19. 2020: JOTA.



Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020>>. Acesso em: 13 de out de 2021.

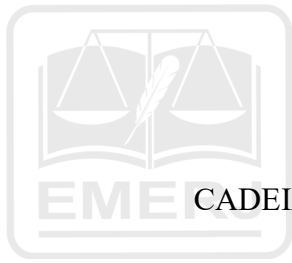
\_\_\_\_\_. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4 ed. Rev. E atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Lucas. VIANA, Eduardo. *Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal*. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>> . Acesso em: 15 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 40/35*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder>>. Acesso em: 22 fev 2022.

PEREIRA, Jeferson B. *Princípios limitadores do poder punitivo do Estado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54146/principios-limitadores-do-poder-punitivo-do-estado/4#:~:text=Princ%C3%ADpio%20da%20Autorresponsabilidade,representar%20risco%20individual%20ou%20social>> .Acesso em: 22 fev. 2022.

SCHMIDT, Andrei Z. *Imputação objetiva e transmissão de Aids*. 2020. Disponível em : <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDP\\_05\\_71.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_05_71.pdf)>. Acesso em: 01 mar 2022.



## CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL – EFEITOS DA VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA PARA O PROCESSO PENAL

Izabelle Rocha Mello.

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e  
Processo Penal pela Universidade Estácio de  
Sá.

**Resumo** – a Lei nº 13.964/2019 introduziu no Código de Processo Penal o instituto da cadeia de custódia da prova penal. Contudo, apesar do novel legislativo ter tratado de forma pormenorizada de todas as etapas que compõem a custódia, quedou-se silente quanto à ocorrência de sua quebra e as possíveis consequências jurídicas advindas dessa ruptura. Assim, tal omissão gerou, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, pensamentos divergentes sobre o tema. E, diante dessa controvérsia, o artigo busca fazer análises quanto à relevância do tema para o processo penal e a importância de uma pacificação no entendimento jurisprudencial em prol da segurança jurídica.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Direito Penal. Cadeia de custódia. Prova penal. Quebra da cadeia de custódia. Consequências.

**Sumário** – Introdução. 1. O instituto da cadeia de custódia da prova penal e o seu regime jurídico na legislação interna. 2. O standard probatório da cadeia de custódia e o fenômeno da break on the chain of custody – quebra da cadeia de custódia. 3. As consequências jurídicas decorrente da quebra da cadeia de custódia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objeto debater o instituto da cadeia de custódia da prova penal, o que se entende por sua quebra e quais os efeitos da violação às regras da cadeia de custódia.

Deve-se apontar que a cadeia de custódia da prova penal, apesar de já existir anteriormente, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro apenas recentemente, por meio da Lei nº 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”. Essa normatização tratou sobre a preservação do local do crime, o momento da coleta até o descarte final do material, passando por inúmeras etapas e respeitando várias formalidades.

Trata-se de matéria de enorme relevância para o estudo sobre provas no processo penal, pois estas fazem parte do embasamento da sentença, seja ela condenatória ou absolutória.

Entretanto, apesar de sua importância, o legislador foi omissivo quanto a ocorrência de sua quebra e sobre seus efeitos.



Dessa forma, em virtude dessa omissão legislativa, diversas são as divergências, doutrinárias e jurisprudenciais, sobre o que constitui “quebra” de cadeia de custódia e quais são os desdobramentos e as consequências da violação às regras da cadeia.

Assim, o trabalho enfoca a temática do que se entende, doutrinária e jurisprudencialmente, sobre a ocorrência da quebra da cadeia de custódia e as consequências jurídicas advindas das inobservâncias de suas regras.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o que é a cadeia de custódia da prova penal e qual o seu regime jurídico na legislação interna.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o que se entende sobre *standard* probatório da cadeia de custódia e a análise do fenômeno da *break on the chain of custody* – quebra da cadeia de custódia da prova penal, com o objetivo de aferir qual o padrão probatório adotado e de que maneira se verifica, em concreto, a violação a esse instituto.

O terceiro capítulo pesquisa quais as consequências jurídicas da quebra da cadeia de custódia, utilizando-se das posições doutrinárias e jurisprudências acerca do tema.

A partir do acima narrado, conclui-se que a presente pesquisa tem como objetivo geral discutir, de maneira crítica, o que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo sobre o que constitui a “quebra” da cadeia de custódia quais as consequências jurídicas advindas das inobservâncias de suas regras, diante da omissão legislativa sobre o tema.

Almeja-se, principalmente, apresentar a importância do tema “cadeia de custódia da prova penal” e a sua introdução formal no direito brasileiro pela Lei nº 13.964/19, por tratar-se de mecanismo fundamental à regular utilização das evidências em juízo, o que revela, ao final, uma preocupação com o “controle da decisão judicial em um Estado democrático de Direito”. Bem como analisar o que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo o que constitui a “quebra” da cadeia de custódia, uma vez que a legislação se manteve silente quanto a esses parâmetros e defender a necessidade de uma pacificação no entendimento jurisprudencial em relação à ocorrência da quebra e de suas consequências em prol da segurança jurídica.

Por fim, aponta-se que o trabalho tem natureza documental, orientado segundo o modelo crítico-dialético, com execução de revisão bibliográfica e levantamento jurisprudencial. Considerando essa caracterização, desenvolver-se-á o presente estudo com seleção de legislação, bibliografia e decisões judiciais para a realização de uma análise crítica com enfrentamento de questões polêmicas a serem suscitadas no desenvolvimento do tema proposto. Assim, o tipo de abordagem que se mostra mais adequado para a sua elaboração é o qualitativo, com um enfoque no caráter subjetivo do tema analisado.

## 1. O INSTITUTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL E O SEU REGIME JURÍDICO NA LEGISLAÇÃO INTERNA

A prova é um dos principais elementos do processo penal, pois é ela que estabelece elos entre os fatos e o direito na busca pela “verdade real” ou “verdade processual” que irá ajudar a embasar a sentença, seja ela absolutória ou condenatória, ao final da instrução criminal.

Assim, sabe-se que o destinatário final da prova é o juiz, uma vez que a decisão do julgador deve ser baseada de acordo com o seu entendimento a respeito da demanda. O julgador está compelido a motivar sua decisão em provas válidas apresentadas, respeitando a ampla defesa e o contraditório, sob o prisma do princípio do livre convencimento motivado, conforme preceitua o disposto no artigo 155, do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, o qual diz que o magistrado formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não sendo possível a sua fundamentação decorrer, exclusivamente, de elementos informativos colhidos na investigação, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nesse sentir, tem-se que o ônus da prova, no processo penal, cabe à acusação quanto aos elementos constitutivos do crime e todos os elementos necessários para a determinação da responsabilidade penal daquele que figura na condição de acusado.

Tal encargo nas mãos do Estado, personificado aqui pelo órgão acusador – Ministério Público –, se deve porque vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da presunção de inocência como base elementar do sistema processual, à luz do inc. LVII do artigo 5º. da Constituição da República<sup>2</sup>.

Diante então da relevância do elemento probatório dentro de um processo criminal e da vedação constitucional<sup>3</sup> do uso de provas ilícitas, o correto trato dos vestígios probatórios se tornou questão essencial ao Direito Brasileiro.

Assim, antes mesmo da sua positivação explícita no ordenamento jurídico pátrio, a doutrina e a jurisprudência, já tratavam sobre o instituto da cadeia de custódia, cuja importação adveio dos Estados Unidos, onde a prova da cadeia de custódia é obrigatória.

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>3</sup> Ibid. Art. 5º, inciso LVI.

Tal instituto refere-se a um conjunto de procedimentos a serem observados por todos os atores responsáveis que venham a ter contato com a prova penal, tendo por finalidade a documentação cronológica e a preservação dos vestígios probatórios.

Entretanto, o Código de Processo Penal já possui previsões esparsas dos procedimentos e etapas da cadeia de custódia, tendo como um dos exemplos o art. 6º que diz:

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; (...) VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

Não obstante já haver alguma previsão no Código de Processo Penal<sup>4</sup>, como se observa do dispositivo citado e também dos artigos 162, 168, 172, entre outros, a sistematização de procedimentos referentes ao processo de produção da prova técnica em nosso ordenamento jurídico, era de fato necessária.

Destarte, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019<sup>5</sup>, também denominada “Pacote Anticrime”, introduziu no direito brasileiro o termo “cadeia de custódia”, em dois dispositivos na legislação pátria: no Código de Processo Penal<sup>6</sup>, art. 158-A, ao definir seu conceito e todo seu *iter*, e na Lei de Execuções Penais<sup>7</sup>, art. 9-A, §3º, ao tratar da necessidade de viabilização ao titular de dados genéticos o acesso a dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esses dados.

O legislador trouxe para dentro do próprio Código de Processo Penal<sup>8</sup> o conceito de cadeia de custódia em seu artigo 158-A: “é o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

Já o artigo 158-B do CPP<sup>9</sup> estabeleceu as etapas de cada procedimento do rastreamento dos vestígios iniciando no seu reconhecimento até o seu descarte.

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

Em resumo, o legislador estabeleceu todo o percurso da prova penal, desde o seu surgimento até o seu perecimento, com o escopo de garantir a preservação da integridade dos vestígios de um crime, documentando-se, inclusive, os agentes estatais que tiveram contato com a prova.

Ressalta-se, entretanto, que essa inovação legislativa, não instituiu a obrigatoriedade de preservação da cadeia de custódia como ocorre nos sistemas da *Common Law*, tendo estabelecido seu regime jurídico específico dentro do capítulo II do Código de Processo Penal que trata do exame do corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral.

Todavia, apesar da ausência de obrigatoriedade explícita, a observância quanto a exigência de preservação da cadeia de custódia se faz especialmente necessária, pois cada elemento constante do conjunto probatório necessita de confiabilidade, dado que a busca pela verdade na determinação dos fatos depende de provas íntegras.

Geraldo Prado<sup>10</sup>, pioneiro no estudo sobre o tema, conceitua o instituto da seguinte forma “a cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”.

E da própria definição de cadeia de custódia extrai-se, portanto, sua finalidade, qual seja, rastrear a posse e o manuseio dos vestígios coletados em locais ou vítimas de crime, por intermédio da manutenção e da documentação de sua história cronológica.

Como destacado por Aury Lopes Júnior<sup>11</sup>:

[...] o cuidado é necessário e justificado: quer se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente.

Com isso, certamente ter-se-á ao menos mecanismos para questionar se o Estado adotou as cautelas necessárias para a manutenção da identidade do material apreendido.

---

<sup>10</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 86.

<sup>11</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 410.



## 2. O *STANDARD* PROBATÓRIO DA CADEIA DE CUSTÓDIA E O FENÔMENO DA *BREAK ON THE CHAIN OF CUSTODY* – QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A novel legislação trouxe, de forma pormenorizada, nos artigos 158-A a 158-F do CPP<sup>12</sup> determinações de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova. Contudo, quedou-se silente em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia.

O legislador retirou conceitos do campo subjetivo quando trouxe para dentro do diploma processual a definição jurídica não só do próprio instituto como também de todo o procedimento a ser adotado para manipular o elemento probatório.

E tal como ocorre na análise do processo de evolução do delito – *iter criminis* –, onde se busca conhecer o itinerário percorrido pelo crime, desde o momento da concepção até aquele em que ocorre a consumação, a alteração legislativa, quando da introdução no CPP das etapas da cadeia de custódia, positivou o caminho a ser seguido da prova penal.

Assim, fazendo uma interpretação lógica-dedutiva, pode-se entender que a quebra da cadeia de custódia seria tudo aquilo que deixa de seguir os mandamentos contidos nos dispositivos normativos. Seria o distúrbio. O desvio.

Ou seja, sempre que a produção da prova penal trilhar caminho diverso daquele definido em lei, haverá uma possível quebra da cadeia de custódia.

De acordo com Lia Andrade de Souza e Vinícius Gomes de Vasconcellos<sup>13</sup>:

[...] O cuidado com a prova produzida encontra fundamento nos princípios norteadores do processo penal: devido processo legal, ampla defesa, paridade de armas, presunção de inocência, contraditório e direito à prova lícita, visando garantir ao acusado condições de se defender e evitar arbítrios estatais.

Dito isto, resta claro que é de responsabilidade do Estado acusador o ônus da prova quanto à culpa do indivíduo, ou seja, provar a autoria e materialidade de determinado fato, cabendo à acusação demonstrar os fatos articulados com tal finalidade, visto que, constitucionalmente, até que se prove o contrário, o indivíduo é considerado inocente.

---

<sup>12</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

<sup>13</sup> SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. 2019, 18 f. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>>. Acesso em: 08 mai. 2022.

Assim, pertence à acusação o ônus de demonstrar o correto cumprimento durante o trâmite do processo, isto é, o uso de forma adequada dos métodos e das regras da cadeia de custódia, e que esta foi mantida ao longo de todo o período até o julgamento.

A ausência de comprovação da regularidade da cadeia de custódia por parte da acusação retira do acusado a expectativa de impugnação quanto à legalidade da prova, ou seja, a defesa perde a chance de ter acesso às provas em sua integridade e de participar ativamente do exercício da defesa, com o objetivo de enfraquecer ou refutar os elementos probatórios propostos pela acusação.

Ademais, questão ligada ao dever da acusação e seus limites diz respeito ao *standard* probatório da cadeia de custódia.

Nas palavras de Gustavo H. Badaró<sup>14</sup>, *standards* de prova “são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado [...]”.

Para Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa<sup>15</sup>, são quatro os principais padrões probatórios adotados: prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); prova mais provável que sua negação (*more probable than not*); preponderância da prova (*preponderance of the evidence*); e prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

Sendo o mais exigente deles o *beyond a reasonable doubt*, razão pela qual é o utilizado na sentença penal, ficando os demais adstritos ao âmbito civil e administrativo. Pois no processo criminal, o *standard* probatório deve caracterizar-se por sua complexidade, devendo as provas aduzirem a comprovação da hipótese fática imputada com elevado grau de elementos necessários para o afastamento de dúvidas razoáveis.

A adoção de um ou outro padrão probatório trata-se de uma escolha política, a qual privilegia a manutenção do estado de inocência, a liberdade e a proteção do inocente, corroborando isto o fato de o processo penal contar não só com um *standard* de prova elevado, mas também com o ônus da prova para o órgão acusatório.

Assim, a fim de se provar sua manutenção/preservação com um elevado *standard*, o Ministério Público deverá oferecer garantias e elementos dos quais se possam inferir que a prova se manteve inalterada durante todo o período da custódia, respeitando a aplicação de todos os métodos e técnicas de maneira regular.

---

<sup>14</sup> BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 236.

<sup>15</sup> CONJUR. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>>. Acesso em: 12 fev. 2022.



A defesa, por sua vez, possui o direito – e não o ônus –, de realizar o controle da cadeia de custódia da prova, nos termos do inciso XV, do artigo 3º-B do Código de Processo Penal<sup>16</sup>.

A demonstração documentada da cadeia de custódia e de toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e sua valoração judicial é crucial. É o que Geraldo Prado<sup>17</sup> nos traz como exigência dos princípios da “mesmidade” e da “desconfiança”. Para o autor, esses princípios consistem no fundamento lógico e epistemológico da cadeia de custódia das provas.

Em relação ao princípio da “mesmidade”, aduz, citando Urazán Bautista<sup>18</sup>:

[...] que a “cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de “autenticidade da prova”, definido como “lei da mesmidade”, isto é, o princípio pelo qual se determina que o “mesmo” que se encontrou na cena do crime é o “mesmo” que se está utilizando para tomar a decisão judicial.

Assim, a autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser.

A observância ao princípio da mesmidade é a segurança que todos os atores – MP, defesa e juiz – do processo criminal precisam para exercer sua atuação de forma precisa, pois, a certeza do correto recolhimento e preservação dos elementos probatórios subsidiará uma decisão com um maior respaldo, seja ela condenatória ou absolutória.

Sobre o princípio da “desconfiança”, o autor<sup>19</sup> dispõe:

[...] de acordo com o princípio da “desconfiança”, o elemento de prova precisa ser submetido a um procedimento de “acreditação”, revelando ser aquilo que a parte alega, sem estar revestido de um valor probatório a priori. Em outras palavras, o mero objeto ou documento, em si mesmos, não seriam informações de qualidade suficiente, porque não se pode estar seguro de que sejam o que efetivamente a parte que os apresenta diz que são, ou seja, não há confiança preestabelecida.

Nesse viés, a manutenção da qualidade da prova com fins a se atingir um *standard* probatório elevado no processo penal é de suma importância. Sendo que uma ruptura da cadeia de custódia pode ser suficiente para desacreditar determinado elemento probatório, não atingindo assim o *standard* necessário para uma condenação criminal.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>17</sup> PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 97

<sup>18</sup> BAUTISTA apud ibid., p. 95.

<sup>19</sup> PRADO, op. cit., 2014, p. 95 e 134.

### 3. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTE DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

As consequências jurídicas advindas da quebra da cadeia de custódia da prova ou do descumprimento formal de uma das exigências feitas pelo legislador no capítulo intitulado “Do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral”, para o Processo Penal, é, sem dúvidas, a controvérsia mais relevante sobre o tema. Tal alteração legislativa ainda passa por processo de interpretação no campo da hermenêutica jurídica.

À vista disso, no âmbito da doutrina, dentre as mais diversas soluções discutidas, destacaram-se duas correntes sobre o tema.

Para a primeira corrente, a consequência jurídica a ser adotada é no sentido do reconhecimento da ilicitude da prova que deixou de observar os mandamentos contidos na cadeia de produção e custódia da prova, acarretando a exclusão da prova por completo, bem como das demais provas dela derivadas, em total alinhamento à teoria do Fruto da Árvore Envenenada.

O entendimento avançado por essa corrente, conclui que não há a possibilidade de permanência dessa prova obtida em violação à cadeia de custódia, pois a contaminação processual poderia interferir na análise do valor probatório daquele que é o destinatário da prova, o julgador.

Um dos expoentes dessa corrente é Aury Lopes Júnior<sup>20</sup>, que assevera que eventual quebra da cadeia de custódia importa, portanto, na ilicitude da prova a que se refere aquele conjunto de atos, acrescentando ainda que a consequência “deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada”.

Contudo, para a segunda corrente, seguida por Eugênio Pacelli, a quebra da cadeia de custódia não leva, obrigatoriamente, à ilicitude ou à ilegitimidade da prova, devendo ser analisado o caso concreto.

Em uma de suas obras, o autor<sup>21</sup> dispõe:

[...] Desde já registramos que eventual falha nos procedimentos aqui previstos não importará automaticamente na inutilidade/invalidade do vestígio como elemento probatório para utilização no bojo de procedimento investigatório ou ação penal, embora esta seja a consequência na maioria dos casos. A eventual ausência de uma parte desse procedimento não necessariamente invalidará a prova coletada, que poderá ser analisada no contexto com as demais partes do procedimento de sua produção.

<sup>20</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 414.

<sup>21</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 351.

Ou seja, na esteira desse entendimento, a defesa teria que comprovar efetivo prejuízo, para que a nulidade seja reconhecida, à luz da máxima “*pas de nulité sans grief*” – princípio implementado pelo artigo 563 do CPP<sup>22</sup>, pelo qual, a demonstração do prejuízo para o processo ou para as partes é pressuposto para a declaração de nulidade de provas ou invalidação de atos processuais.

Assim, tem-se para essa corrente, que a não observância dos mandamentos previstos nos artigos 158-A a 158-F do CPP<sup>23</sup> quanto à produção e conservação da prova, a depender do caso, pode levar o juiz a aferir se a prova é confiável, quando acompanhada de outros elementos existentes nos autos que possam auxiliar na formação de sua convicção.

Conforme muito bem explica Leonardo Barreto Moreira Alves<sup>24</sup>:

[...] É dizer, a quebra da cadeia de custódia não resulta, necessariamente, em prova ilícita ou ilegítima, interferindo apenas na valoração dessa prova pelo julgador. A irregularidade na cadeia de custódia reduzirá a credibilidade da prova, diminuirá o seu valor, passando-se a ser exigido do juiz um reforço justificativo caso entenda ser possível confiar na integridade e na autenticidade da prova e resolva utilizá-la na formação do seu convencimento. Enfim, “a quebra da cadeia de custódia não significa, de forma absoluta, a inutilidade da prova colhida. (...). Desta forma, a análise do elemento coletado e periciado, se houver quebra dos procedimentos de cadeia de custódia, interferirá apenas e tão somente na valoração dessa prova pelo julgador.

Logo, de acordo com esse entendimento, a *contrario sensu*, diante das circunstâncias do caso concreto, ocorrendo a violação da cadeia de custódia da prova e inexistindo outros elementos de convicção, a prova contaminada poderá ser considerada ilícita e excluída do feito. Pois, nesse caso, não poderia a decisão condenatória ser alicerçada exclusivamente em prova obtida e/ou conservada em desalinho ao que determina a lei.

Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça, adepto da segunda corrente, quando do julgamento paradigma do Habeas Corpus nº 653.515<sup>25</sup> oriundo do Estado do Rio de Janeiro:

[...] 7. Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 754.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 653.515*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=141279576&n\\_um\\_registro=202100831087&data=20220201&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=141279576&n_um_registro=202100831087&data=20220201&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

Por ocasião desse julgado, o paciente, que havia sido condenado pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas, previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006<sup>26</sup>, alegava que teria havido quebra da cadeia de custódia da prova, em razão de a substância entorpecente apreendida haver sido entregue para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, em evidente violação aos procedimentos necessários à coleta, rastreamento e preservação dos vestígios previstos na legislação.

Assim, assentou o Tribunal Superior, que diante da ausência de outros elementos capazes de validar a prática do delito, como ocorreu no caso em análise, não poderia o órgão acusador se desincumbir de tal obrigação legal, reafirmando assim a obrigação do Estado, como acusador, de produzir as provas necessárias, tendo por sim, concedido a ordem quanto à absolvição em relação ao crime de tráfico de drogas, conforme se depreende do trecho da ementa<sup>27</sup> do caso:

[...] 10. Conforme deflui da sentença condenatória, não houve outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de tráfico de drogas que foi imputado ao acusado. Não é por demais lembrar que a atividade probatória deve ser de qualidade tal a espancar quaisquer dúvidas sobre a existência do crime e a autoria responsável, o que não ocorreu no caso dos autos. Deveria a acusação, diante do descumprimento do disposto no art. 158-D, § 3º, do CPP, haver suprido as irregularidades por meio de outros elementos probatórios, de maneira que, ao não o fazer, não há como subsistir a condenação do paciente no tocante ao delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

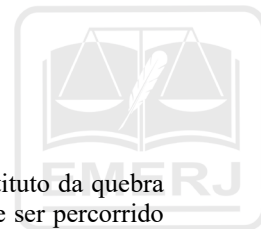
Cumprе ressaltar, que no Supremo Tribunal Federal, a matéria ainda não foi afetada ao Plenário, porém, há inúmeros julgados das Turmas que demonstram que o entendimento da Corte Superior segue a linha do STJ, no sentido do reconhecimento de possível imprestabilidade da prova na ocorrência de qualquer interferência do caminho percorrido pela prova até a sua análise pelo magistrado (AgRg no HC 615.321/PR)<sup>28</sup>, bem como pela necessidade da comprovação de efetivo prejuízo para que a nulidade seja reconhecida, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do AgRg no HC 206.145-PR<sup>29</sup>:

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 22.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 615321*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117575065&num\\_registro=202002503042&data=20201112&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117575065&num_registro=202002503042&data=20201112&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no HC Nº 206.145*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758717137>>. Acesso em: 06 mar. 2022.



[...] A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. (...) 3. Ademais, importante destacar que a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, no campo da nulidade no processo penal, vigora o princípio *pas de nulité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo.

Assim, não obstante haver divergência doutrinária sobre o tema, o cenário jurisprudencial se encaminha para uma pacificação, vertendo para a adoção da posição de que para que a prova penal colhida ou preservada em desconformidade com o que prega a lei, somente deve ser excluída caso haja demonstração de prejuízo.

## CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou tratar de um dos principais temas no campo do Processo Penal: prova penal.

Com a inserção do instituto da cadeia de custódia da prova penal dentro do Código de Processo Penal feita pela Lei nº 13.964/2019, restou evidenciada a preocupação do legislador com o tema, tendo sido normatizado o início da cadeia de custódia, que ocorre com preservação do local de crime, o momento da coleta, até o descarte final do material.

Contudo, apesar de o legislador ter tratado de forma detalhada várias etapas do instituto, deixou de prever como ocorre a sua violação e quais as consequências dessa quebra dentro do mundo jurídico. Assim, a discussão se fundou, especificamente, nessa omissão legislativa.

Fato é que, tendo essa omissão ocorrida em razão de falha ou ocorrida de forma intencional, fez nascer no campo doutrinário e jurisprudencial pensamentos divergentes sobre a matéria.

Ao longo do trabalho, estabeleceu-se a importância do elemento probatório dentro do processo criminal, por se ela que estabelece elos entre os fatos e o direito na busca pela “verdade real” ou “verdade processual” e que irá ajudar a embasar a sentença ao final da instrução criminal. Bem como, a existência da vedação constitucional do uso de provas ilícitas. Por tais razões, o correto trato dos vestígios probatórios se tornou questão essencial ao Direito Brasileiro.

Assim, sendo do Estado, personificado aqui pelo Ministério Público, o encargo da produção de provas em um processo criminal, a existência de mecanismos para questionar a adoção de todas as cautelas necessárias para a manutenção da identidade do material apreendido é de suma importância dentro de um ordenamento jurídico em que vige o princípio da presunção de inocência.

O estabelecimento de *standard* probatórios elevados da cadeia de custódia têm por finalidade o afastamento de dúvidas razoáveis que o processo penal necessita. Desse modo, o órgão acusador deve oferecer garantias e elementos dos quais se possam inferir que a prova se manteve inalterada durante todo o período da custódia, respeitando a aplicação de todos os métodos e técnicas de maneira regular.

Por esses motivos, é que ausência da previsão da violação da cadeia de custódia e os seus efeitos geram posições divergentes, tendo quem defenda o reconhecimento da ilicitude da prova que deixou de observar os mandamentos contidos na cadeia de produção e custódia da prova, acarretando a exclusão da prova por completo, bem como das demais provas dela derivadas e quem entente que a ilegitimidade da prova dever ser analisada caso a caso, sendo necessário, para o seu reconhecimento, que a defesa comprove efetivo prejuízo ao réu.

A despeito de a jurisprudência adotar a última posição, o artigo se filia à posição que defende que qualquer quebra da cadeia de custódia deveria resultar em imprestabilidade da prova, em razão do evidente prejuízo que a defesa possui em exercer os direitos ao contraditório e à ampla defesa ao se basear em provas possivelmente adulteradas, por falha exclusiva de quem as deveria ter corretamente custodiado e mantido seguramente intactas.

Contudo, conclui-se que a pacificação jurisprudencial sobre o tema, mesmo que diversa do adotado por este trabalho, faz-se necessária em prol da segurança jurídica e da relevância jurídica do tema.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2021.

BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del13689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del13689compilado.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.



\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 615.321*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117575065&num\\_registro=202002503042&data=20201112&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117575065&num_registro=202002503042&data=20201112&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 653.515*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=141279576&num\\_registro=202100831087&data=20220201&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=141279576&num_registro=202100831087&data=20220201&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no HC Nº 206.145*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758717137>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

CONJUR. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

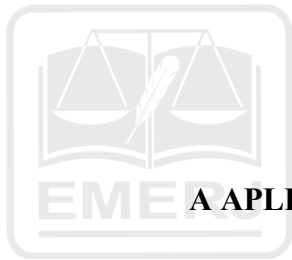
\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

\_\_\_\_\_. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. 2019, 18 f. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>>. Acesso em: 08 mai. 2022.



## A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES À LUZ DA CONFLUÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Jean Henrique Fernandes

Graduado pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro (UNESA). Advogado.

**Resumo** – o precedente judicial pode ser entendido como um pronunciamento proferido pelo magistrado em determinado processo que, por conseguinte, será utilizado como base de formação de decisão judicial em outro processo em si. Decorrente disso, queda por renovar o ordenamento em determinado ponto, criando uma nova regra para ser reproduzida *a posteriori* em casos análogos. O foco do presente artigo é demonstrar a exigibilidade de uma jurisprudência íntegra com base na história institucional da produção de decisão judicial, advindo os tais precedentes, à luz da teoria de Ronald Dworkin. Dessa forma, é demasiada a importância dos precedentes ao fornecer para o Judiciário a eficiência dos julgados. Nessa esteira, o trabalho desenvolve-se sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*, precedentes persuasivos e argumentativos, precedente e jurisprudência; a flutuação de entendimentos judiciais, a observância em decisões anteriormente proferidas acerca da mesma matéria, a importante verificação da existência de linhas decisórias constantes; a metáfora do romance em cadeia, a potencialidade das *rationes decidendi* em ter eficácia vinculante, a engrenagem do Sistema de Precedentes: *distinguishing e overruling*. Por fim, foi demonstrado a importância da observação dos precedentes, baseando-se no princípio da isonomia e principalmente da segurança jurídica.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Sistema de Precedentes Judiciais. *Common Law* e *Civil Law*. *Distinguishing* e *Overruling*. *Rationes Decidendi*. Ronald Dworkin.

**Sumário** – Introdução. 1. O sincretismo de influências do direito comparado no direito brasileiro: a necessidade de construção de uma teoria dos precedentes judiciais. 2. A utilização da *ratio decidendi* no ordenamento jurídico brasileiro: a técnica de decidir a partir de precedentes: casos iguais, respostas jurídicas iguais? 3. A técnica de desvinculação dos precedentes: do *overruling* e outras práticas que a tangencial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz ao debate a aplicabilidade das *rationes decidendi* dos precedentes à luz da teoria de Ronald Dworkin, demonstrando a exigibilidade de uma jurisprudência íntegra com base na história institucional da produção de uma decisão judicial.

Para tanto, discute-se os fundamentos determinantes dos precedentes judiciais que, devem assegurar isonomia, ao tratar da mesma forma, aos casos análogos entre si, bem como possuir eficácia na aplicação do direito nos casos futuros.

Constata-se que há uma dificuldade das normas abstratas se aplicarem ao caso concreto, sendo necessário algo a mais para auxiliar os magistrados na produção de suas decisões judiciais, tendo em vista a frequente evolução da sociedade.



No Brasil, adota-se como principal fonte do direito a Lei e, portanto, pertencente à tradição do *Civil Law*, o qual tem origem romano-germânico, caracterizado pela aplicação da norma em abstrato aos casos concretos. Desse modo, a normatização do Direito precede da Lei.

Assim, em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ter por tradição o sistema do *civil law*, estruturado principalmente na previsão legal, é evidente a crescente importância da jurisprudência na interpretação das normas e, até mesmo, na evolução do conceito de justiça da sociedade.

No entanto, apesar de a utilização de precedentes como fundamentação em decisões poder trazer agilidade ao processo e concretizar uma igualdade material entre casos análogos, sua má utilização também pode trazer prejuízos, em especial quanto à segurança jurídica, elemento fundamental do Estado Democrático de Direito.

Caso se adote um sistema de precedentes muito rígido, o Direito acabará engessado, minando uma das principais vantagens desse sistema, que é sua adaptabilidade. Já se for adotado um sistema extremamente flexível, corre-se o risco de cair no casuísmo, frustrando qualquer expectativa e a confiança construída pelos jurisdicionados.

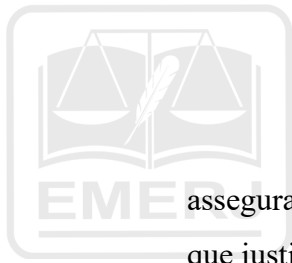
Trata-se de assunto de extrema relevância na ordem jurídica atual. Afinal, como dito, a utilização dos precedentes tem sido, cada dia mais, valorizada e estimulada. Porém, sem o devido estudo das técnicas de interpretação, superação e modulação dos efeitos dos precedentes, corre-se o risco de gerar imensa insegurança jurídica, ou de impedir a evolução do Direito.

Afinal, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2015 deu especial atenção aos precedentes judiciais, é importante que se discutam as finalidades dessa aplicação e os meios de torná-los importantes instrumentos em defesa da igualdade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo e do Direito em geral.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a evolução histórica dos precedentes judiciais, o que são os fundamentos determinantes de um precedente, como foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as influências do Novo Código de Processo Civil e a teoria de Ronald Dworkin.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, para melhor compreensão do tema, a exploração das particularidades na aplicação dos precedentes no Brasil — em casos iguais, as respostas jurídicas têm sido iguais? O que vincula no precedente vinculante? —, a fim de pormenorizar toda sua dinâmica.

O terceiro capítulo, com o propósito de análise da aplicação prática na comunidade, analisa-se as técnicas de superação e distinção dos precedentes, a fim de demonstrar como elas



asseguram a aplicação dos precedentes apenas a casos em que se reportam as circunstâncias que justificam a sua criação e evitar o engessamento do Direito,

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

Ressalte-se que não se pretende esgotar todas as previsões sobre precedentes judiciais no ordenamento brasileiro, ou analisar profundamente as modificações trazidas pelo novo código. Na verdade, a intenção é demonstrar a aplicabilidade e a atualidade da discussão aqui trazida, mesmo com as modificações implementadas pelo legislador.

## **1. O SINCRETISMO DE INFLUÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO NO DIREITO BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

A compreensão das influências no ordenamento jurídico brasileiro, tanto do *civil law* quanto do *common law*, é extremamente importante diante da função desempenhada pelos precedentes. Focalizando especificamente na colonização portuguesa, o Brasil recepcionou o sistema Romano, adotado por Portugal, e sobre ele firmou as suas raízes, conforme Patrícia Perrone Campos Mello<sup>1</sup> aduz e conclui:

A herança lusitana trouxe a concepção da lei como a principal fonte do direito, mas introduziu no Brasil, igualmente, os assentos, enunciados judiciais com caráter normativo, que se prestavam a dirimir dúvidas sobre a interpretação das normas e a conferir-lhe uniformidade, e que perduraram até a República, constituindo o antecedente histórico dos prejulgados e das súmulas, que seriam empregados mais tarde aqui [no Brasil].

A principal diferença entre os dois sistemas, e o que acaba influenciando na sua forma de funcionamento, é a concepção de justiça adotada. No sistema da *civil law*, o papel da justiça é visto como a aplicação da vontade concreta da lei, a atuação do direito objetivo. A paz social

---

<sup>1</sup> MELLO, Patrícia Perone Campos. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54-55.



é um objetivo remoto. Trata-se de uma justiça do Estado. Já na common law, o principal objetivo da justiça é promover a pacificação dos litigantes; e o critério utilizado será aquele que melhor se adequar ao caso concreto. É uma justiça paritária, da comunidade<sup>2</sup>.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, houve um avanço significativo no papel da jurisprudência, e tal fato relaciona-se com alguns fatores, como destaca Perrone<sup>3</sup> “a) a redemocratização do país; b) a amplitude da pretensão normativa de seu texto; c) a nova hermenêutica constitucional; e d) a inovação nos instrumentos de *judicial review* (...), criando condições adequadas para o desenvolvimento judicial do direito”.

Na perspectiva de análise dos precedentes judiciais, enaltece-se a importância de compreender a distinção entre os conceitos de decisão, precedente, jurisprudência e súmula. Isso porque não é toda decisão judicial que funcionará como precedente. Câmara<sup>4</sup> afirma que “precedente é um pronunciamento [decisão] judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”.

Diante dessa evolução, iniciada pelo precedente, passando pela jurisprudência, passa-se, então, a expor, em linhas gerais, a elaboração de um enunciado de súmula. Nas palavras de Didier Jr.<sup>5</sup>: “a súmula é enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.

Para enfrentar a questão sobre a necessidade da formação de uma teoria brasileira dos precedentes judiciais, importante salientar que o ordenamento jurídico nacional ainda não possui um sistema legal organizado e especificamente destinado a regulamentar a elaboração, interpretação e aplicação dos precedentes judiciais (*rules of precedent*<sup>6</sup>).

No Brasil, os precedentes judiciais podem produzir três tipos de efeitos jurídicos: precedentes com eficácia meramente persuasiva, precedentes com eficácia impositiva intermediária e precedentes com eficácia normativa.

Os precedentes com eficácia meramente persuasiva são os que não têm qualquer carga vinculante, funcionando apenas como instrumento de fundamentação, de persuasão do magistrado. É a regra nos sistemas do civil *law*.

<sup>2</sup> GRECO, Leonardo. *Paradigmas da justiça contemporânea e acesso à justiça*. Disponível em <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/197/196>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

<sup>3</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 56.

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 431.

<sup>5</sup> *Id.* *Coleção novo CPC: procedimento comum*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1012.

<sup>6</sup> Na tradução livre, “regras de precedentes”.



Os juízes, nesses casos, não estão obrigados a seguir o entendimento firmado nos precedentes em questão, porém podem utilizá-los como fundamento de suas decisões, quando entenderem conveniente, como forma de reforçar sua posição.

Por conseguinte, quanto ao modo de aplicação, enquanto as regras seguem o “tudo ou nada”, a subsunção, incidindo sempre que o fato nela descrito se realizar; os princípios são aplicados mediante uma ponderação. Tendo em vista que os princípios traduzem direções e valores, não é possível que um se sobreponha ao outro, devendo-se buscar formas de otimizar cada um deles no ordenamento.

A valer, nesse raciocínio, importante salientar que o elemento da coerência, o qual é pressuposto para a criação de uma teoria racional dos precedentes judiciais, desenvolvida por Ronald Dworkin<sup>7</sup> — a teoria da integridade do Direito (*law as integrity*) — é relevante ao enfatizar que no processo de formação das decisões judiciais há uma intrínseca relação histórica e uma tradição institucional entre decisões passadas, presentes e futuras.

Nesse cenário, então, a teoria da integridade do Direito possui como elemento central a ideia de comunidade de princípios. Para Ronald Dworkin, o desenvolvimento jurídico se pauta pela busca da coerência principiológica, por intermédio da realização dos valores de equidade (*fairness*), justiça (*justice*) e devido processo legal (*procedure due process*).

A integridade da comunidade dos princípios está assegurada quando há o respeito à história institucional da sociedade, a qual reflete um conjunto único e coeso de princípios intersubjetivamente compartilhados pelos cidadãos.

Por conseguinte, decorre uma autoridade moral do Estado e da sociedade, no sentido de que as proposições jurídicas são elaboradas, interpretadas e aplicadas levando-se em conta as conquistas passadas, mas com os olhos voltados para o futuro.

Dessa maneira, há uma permanente reconstrução coletiva do Direito. A coerência faz com que as decisões sejam proferidas por uma mesma comunidade principiológica, tendo em vista “a existência de princípios jurídicos que permitem conectar decisões — legislativas e judiciais — do passado através de um mesmo fio lógico-argumentativo, dotando-os de integridade”.

Já no contexto das decisões judiciais brasileiras, a teoria da integridade manifesta-se, sobretudo, na metáfora denominada de romance em cadeia. A história do Direito — e também da atividade legislativa e jurisdicional — pode ser comparada a um romance redigido de modo

---

<sup>7</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 135-143.

coeso e concatenado, em que cada romancista historicamente posterior, desprovido de liberdade criativa plena<sup>8</sup>.

Assim, é importante que o romance seja construído como um texto íntegro, único e homogêneo, e não como uma sequência fragmentada, esparsa e independente. Nessa lógica, cabe ao juiz, ao prolatar uma sentença, analisar as decisões passadas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar.

Entende-se que, a atividade decisória dos magistrados não é produzida no vazio, mas, sim, sendo o resultado do diálogo reconstutivo permanente com a história institucional da sociedade. Nas palavras de Dworkin:

O direito como integridade (...) pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito (...). Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (...). O veredito do juiz — suas conclusões pós-interpretativas — deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível.

Assim sendo, como cada caso concreto pertence a uma dimensão maior de coerência histórico-institucional, compete ao magistrado decidir levando em consideração o presente, mas em consonância com os direitos conquistados no passado, e com o objetivo de progredir para as gerações futuras.

Outrossim, a integridade da decisão judicial está presente na “conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais da sociedade”<sup>9</sup> projetados na Constituição. Ao juiz cabe exercer a jurisdição como uma “obra coletiva”<sup>10</sup>, na condição de participante que dialoga com a sociedade mediante a reinterpretção construtiva do Direito, o respeito à Constituição e a aplicação dos princípios jurídicos adquiridos ao longo da tradição histórico-institucional da comunidade onde está imerso.

Nessa perspectiva, parece evidente que o sistema jurídico-processual nacional necessita de um melhor desenvolvimento de uma teoria própria dos precedentes judiciais. É uma realidade notória que o Brasil cada vez mais se distancia da adoção exclusiva do sistema do *civil law* e da valorização exacerbada da legislação posta e codificada — *statute law* —.

<sup>8</sup> CÂMARA, *op. cit.*, 2017, p. 438

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 103.

<sup>10</sup> GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 499.

Importante salientar, o movimento atual de reforço da força vinculativa dos precedentes judiciais, o que nos aproxima do modelo da *common law* e do enfoque no direito jurisprudencial — *case law*<sup>11</sup> — como fonte do Direito.

A aplicação obrigatória de precedentes judiciais implica uma conexão do *civil law* e da *common law*, de maneira a ampliar os horizontes hermenêuticos e a enfatizar a força criativa da função jurisdicional — *judge-make law*<sup>12</sup> —.

No Brasil, todavia, é possível dizer que não há uma compreensão adequada dos institutos e conceitos que formam a *common law*. A histórica e constante influência do sistema do *civil law* ainda se mostra arraigada em boa parte dos operadores do Direito.

Como exemplo, cite-se que, no ordenamento nacional, a atribuição de força vinculante a precedentes judiciais é muitas vezes confundida com técnicas de padronização decisória. A existência de enunciados de súmulas (mesmo as não vinculantes) demonstra o objetivo de universalização de teses jurídicas a serem aplicadas em casos concretos que apresentem um mínimo de similitude fático e/ou jurídica.

Entretanto, na sua essência, os precedentes judiciais não possuem as características de generalidade, impessoalidade e abstração típicas das leis. Por exemplo, nos países de tradição de *common law*, a aplicação de um precedente judicial não significa que o magistrado deve desprezar a reconstrução do caso concreto de acordo com as suas particularidades.

A técnica do *stare decisis* não tem como pretensão generalizar a incidência do precedente judicial a toda e qualquer causa análoga, como parece ser a finalidade dos enunciados de súmulas no Brasil.

Diversamente, a adoção de uma técnica decisória que permita — e não que imponha — ao juiz a aplicação do precedente judicial somente é aceitável se as circunstâncias particulares do caso concreto assim permitirem.

---

<sup>11</sup> Conforme visto anteriormente, a *common law* é o sistema jurídico inglês clássico, que tem como fundamento histórico a distinção entre a *equity*, entendida como um conjunto de soluções para completar e eventualmente rever um sistema — o da *common law* — então bastante insuficiente e defeituoso, e a própria *common law*, considerada, “como oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra” — embora haja a distinção histórica, desde 1875 houve a fusão da *common law* e da *equity* —. Em contraposição à *common law*, o sistema jurídico romano-germânico (ou *civil law*) é aquele fundado na diferenciação básica entre direito público e direito privado. Outra diferença apontada pela doutrina é que no *civil law* as leis e códigos — direito posto, ou seja, a *statute law* — reduzem as possibilidades de interpretação judicial, enquanto na *common law* há uma maior abertura para a interpretação judicial da legislação e para uma atividade criativa do juiz.

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97-99.



Em um sistema de *common law*, é a *ratio decidendi* do julgado que firma o precedente — com aptidão para vinculação a outros casos análogos —, e não o dispositivo da decisão — que apenas faz coisa julgada entre as partes —. Lenio Luiz Streck explica que<sup>13</sup>:

Parece evidente que um sistema jurídico que adote precedentes vinculativos não representa um ‘mal em si’. Afinal, a integridade do direito também se constrói a partir do respeito às decisões judiciais. O problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão dos casos concretos. (...). Ou seja, as súmulas não são respostas aos casos passados e, sim, uma pretensão de abarcamento de todas as futuras hipóteses de aplicação de determinada norma jurídica.

No sistema da *common law*, então, a *ratio decidendi* de um precedente é o ponto de partida para a análise da sua adequação às particularidades do caso concreto. No atual sistema brasileiro, porém, a conclusão sintética e estanque de um enunciado de súmula é suficiente para a aplicação da orientação nele consignada, o que faz com que no Brasil se julguem teses, e não causas.

## 2. A UTILIZAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A TÉCNICA DE DECIDIR A PARTIR DE PRECEDENTES: CASOS IGUAIS, RESPOSTAS JURÍDICAS IGUAIS?

O direito contemporâneo abriu-se para a sociedade, de modo a englobá-la e à sua complexidade. Por conseguinte, a cada dia os *hard cases*<sup>14</sup> se multiplicam. Nesse contexto, o único modo de uniformizar a jurisprudência em casos mais complexos, é adotarem-se métodos mais refinados de interpretação das decisões judiciais.

O argumento sobre a equidade é comumente expresso em termos de uma estrutura simples, “tratar casos iguais igualmente”. Com isso, falha-se em tratar casos semelhantes semelhantemente, argumenta-se, é tido como arbitrário e, conseqüentemente, injusto. Afirma Dalla<sup>15</sup> que:

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 352-360.

<sup>14</sup> *Hard-cases, standard-case e leading-case* são expressões empregadas no direito comum anglo-americano para designar ações judiciais que, por versarem sobre questões jurídicas complexas e inéditas, não podem ser submetidas a uma regra de direito clara e precisa. Na língua portuguesa, a expressão jurídica *hard-case* significa, literalmente, “caso difícil” ou “caso problemático”. Já as expressões *standard-case* e *leading-case*, utilizadas como sinônimas em língua inglesa, podem ser traduzidas para o português como “caso paradigmático” e “caso líder”, respectivamente. Um caso paradigmático sempre decorrerá de uma causa difícil ou problemático, embora um caso difícil nem sempre se torne um caso paradigmático.

<sup>15</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 89-90.

A noção clássica da doutrina do *stare decisis*, que tem como produto final o precedente judicial, desenvolvida na Inglaterra, berço da *common law* — como visto no capítulo anterior —, parte da premissa de que casos iguais devem ser decididos do mesmo modo. Trata-se da máxima *stare decisis et non quieta movere*<sup>16</sup>.

Entende-se, então, que o princípio da igualdade deverá ser observado pelo Estado-Juiz no momento que profere a decisão judicial, nos termos do art. 139, I, do Código de Processo Civil<sup>17</sup>, decidindo de forma igual os casos iguais que são submetidos à sua análise e aplicar os precedentes judiciais advindos de julgamentos de casos semelhantes.

A princípio, a independência funcional é uma prerrogativa do magistrado, que o habilita a decidir diferentemente dos demais. Trata-se de uma expressão de um ideal maior, qual seja, o magistrado deve obediência apenas e tão somente à lei.

Em consonância aos ensinamentos de Nelson Nery Júnior<sup>18</sup>, a independência do magistrado é corolário do princípio do juiz natural e tem dupla função: manter o juiz a) livre de interferências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo e b) submetido exclusivamente à lei e não a critérios particulares ou discriminadores.

Desse modo, hoje, para decidir, o magistrado brasileiro não deve olhar somente para a lei, mas conferir o que a doutrina e jurisprudência tem a dizer sobre ela, especialmente a palavra dos Tribunais de superposição, porque dotados de competência para atribuir o sentido final do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme ensina Rodolfo Mancuso<sup>19</sup>, o empréstimo de efeito vinculante ao precedente judicial não altera substancialmente a tarefa do magistrado de interpretar a regra, para que se alcance seu melhor significado, inclusive interessando aferir sobre sua efetiva adequação ao caso concreto.

Em conformidade aos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>20</sup>, o espectro de observância dos magistrados foi ampliado, de modo que não estariam mais restritos somente

---

<sup>16</sup> *Stare decisis*, decorrente do latim "stare decisis et non quieta movere" (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido", utilizada no direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedente e vinculam futuras decisões.

<sup>17</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 dez 2022.

<sup>18</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

<sup>19</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 352-353.

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 617-618.

à lei: “o juiz está apenas submetido à lei — ou melhor, às fontes de direito constitucionalmente reconhecidas — no exercício da sua função jurisdicional”.

É costumeiro que existam várias interpretações para o mesmo texto legal. Entretanto, se essas várias interpretações são contemporâneas, contraditórias e aplicáveis a casos semelhantes, acaba-se por negar a ideia de segurança jurídica e isonomia.

Nessa perspectiva, a proteção à igualdade e a segurança à sociedade — o que se garante por decisões análogas em casos semelhantes —, têm como objetivo a aplicação das decisões judiciais com coerência e integridade. Desse modo, a independência do magistrado, que representa uma peça no sistema jurídico, cede espaço.

Em conformidade aos ensinamentos de Eduardo Cambi, no artigo intitulado *Jurisprudência Lotérica*<sup>21</sup>, “quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional”.

Ainda de acordo com Eduardo Cambi, o patológico fenômeno que chamou de *jurisprudência lotérica*, elimina-se a certeza do direito ocasionando uma possível crise, na medida em que é a previsibilidade quanto à aplicação do direito que dispõe segurança à sociedade.

No panorama da realidade brasileira, há de se analisar o impacto que a crescente eficácia que vem sendo conferida aos precedentes judiciais tem ocasionado na cultura judicial e como os institutos de comum utilização no direito alienígena de países da *common law* têm sido transplantados ao direito brasileiro.

Na elaboração do precedente, há de se considerar que o desenvolvimento de um sistema que confere maior carga de eficácia aos precedentes judiciais, presume uma reestruturação do conteúdo jurídico da regra da motivação — previsto no art. 93, IX da Constituição da República<sup>22</sup> e no art. 489, § 1º do Código de Processo de Civil<sup>23</sup> —, que ganha ainda mais relevância nesse cenário.

O art. 489, §§ 1º e 2º do CPC, ao estabelecer parâmetros para se considerar uma decisão judicial (des)motivada, arrematará uma possível inibição do solipsismo, entende-se que o magistrado estará mais fortemente constringido a considerar as disposições constitucionais,

<sup>21</sup> CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001, p. 111.

<sup>22</sup> BRASIL. *Constituição da República 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: 21 dez 2022.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 17.

legais e os precedentes, tendo que se desincumbir de um qualificado ônus argumentativo<sup>24</sup> para não aplicá-los, quando invocados pelas partes.

Por certo, a fundamentação das decisões judiciais, a par de se constituir em requisito de validade do julgado, assume importância curial no tocante à criação do precedente, já que é dela que ele será extraído. Nessa lógica, Câmara<sup>25</sup> afirma que:

[...] os órgãos jurisdicionais brasileiros, em todas as instâncias, não examinam os precedentes (ou outros padrões decisórios) adequadamente. O que se quer dizer com isso é que não há, na prática forense brasileira, uma cultura de emprego do precedente como *principium* argumentativo.

Entende-se que a tarefa de identificar essa convergência, contudo, não é nada fácil. Culturalmente, nos tribunais brasileiros, as decisões colegiadas não identificam o *thema decidendum* por questões ou fundamentos, o que torna hercúlea a tarefa posterior do intérprete, seja ele litigante ou julgador, em identificar fundamentos convergentes e extrair a *ratio decidendi* vinculante para casos análogos e futuros<sup>26</sup>.

Já em relação ao terceiro ponto<sup>27</sup>, os mesmos moldes acima aportados, trata-se de uma resposta à aplicação mecânica das súmulas. A redação das súmulas é problema combatido com veemência pela doutrina brasileira, tendo em vista que os respectivos enunciados nem sempre externalizam fielmente as circunstâncias fáticas e a solução jurídica dos casos que a originaram<sup>28</sup>.

Como elucidam Lenio Streck e Georges Abboud<sup>29</sup>, “não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em uma prescrição literal, passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas”.

Nesse cenário, é de se demonstrar como no Supremo Tribunal Federal isso tem acontecido. Utilizar-se-á, aqui, então, os acórdãos de relatoria dos 3 (três) ministros do STF que mais indicam pronunciamentos colegiados em que se tenha feito referência ao uso de precedentes<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Utiliza-se a expressão ônus argumentativo, por sê-la consagrada na teoria da argumentação, mas aqui, na verdade, tem-se um dever.

<sup>25</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas, 2018, p. 145.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

<sup>27</sup> Exigência da identificação dos fundamentos determinantes dos precedentes que originaram o enunciado da súmula.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2.ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 191.

<sup>29</sup> *Id.* *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 61.

<sup>30</sup> Pesquisa realizada em 21 de dez de 2022.



Percebe-se que a lógica a ser seguida, seriam técnicas processuais adotadas para melhorar a redação dos julgamentos, momento do qual, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação<sup>31</sup> (art. 926, § 2º do CPC<sup>32</sup>).

Já no inciso VI, § 1º do artigo 489 do CPC<sup>33</sup>, o magistrado não poderá deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

### 3. A TÉCNICA DE DESVINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES: DO *OVERRULING* E OUTRAS PRÁTICAS QUE A TANGENCIAL

A aplicação de precedentes judiciais com eficácia vinculante — *binding effect* — pressupõe que a tese jurídica já se encontre totalmente discutida e consolidada na jurisprudência do tribunal.

Assim, o debate jurídico acerca do *thema decidendum* já deve ter sido exaurido em relação a todos os argumentos deduzidos em contraditório pelos interessados, de modo que a *ratio decidendi* do julgado-paradigma é construída com a participação influente dos destinatários do provimento.

Esse é mais um dos motivos pelos quais não é possível que o dispositivo decisório ou um enunciado sumular tenham força vinculante. Compreende-se que, terceiros estranhos à causa de origem, que não debateram as questões em contraditório, não podem se sujeitar à aplicação obrigatória e vinculativa de determinada ordem jurisdicional.

Ademais, quando está envolvida a formação de precedentes com aptidão persuasiva ou vinculante, é necessário que a participação dialética não se restrinja às partes do processo. Desse modo, a ampliação do contraditório se projeta também para todos aqueles que, direta ou indiretamente, tenham relação com a tese jurídica em debate, seja através da figura do *amicus curiae* ou seja por meio da realização de audiências públicas.

Em decorrência disto, resulta a necessidade de respeito ao contraditório nas técnicas de julgamento de demandas repetitivas. Ainda que o precedente judicial tenha sido devidamente

<sup>31</sup> Torna-se necessário, portanto, a fim de dar operatividade ao sistema processual, que a aplicação das súmulas seja contextualizada com o art. 489, § 1º, V c/c art. 926, § 2º. Assim, a vinculação não será diretamente do enunciado da súmula, mas dos fundamentos determinantes constantes dos precedentes que a originaram.

<sup>32</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

<sup>33</sup> *Ibid.*

fundamentado, é possível que o caso concreto guarde particularidades que impeçam a aplicação da tese jurídica adotada como paradigma.

Por conseguinte, os julgamentos por amostragem ou as decisões monocráticas com base em entendimentos jurisprudenciais dominantes requerem que a parte interessada tenha a possibilidade de demonstrar que a tese jurídica — paradigma — não é aplicável diante das circunstâncias específicas do caso concreto.

Trata-se, aqui, de conjugar a efetividade processual com a garantia fundamental do contraditório, a fim de inserir a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling* em sede de técnicas de julgamento padronizado de demandas repetitivas.

É necessário que se assegure, em toda e qualquer causa sujeita a uma técnica de uniformização decisória que enseje vinculação direta a precedentes judiciais, o direito da parte de utilizar-se do *distinguishing* — o qual é o método de comparação ou de confronto (*distinguish*-método) que resulta na aferição de que o caso concreto em julgamento guarda particularidades que o tornam distinto daquele precedente judicial tomado com paradigma (*distinguish*-resultado).

Nessa perspectiva, verificada a distinção e considerando a dificuldade em se apurar a identidade plena entre as circunstâncias fáticas envolvidas no caso em julgamento e naquele que deu origem ao precedente, caberá ao magistrado, com base em critérios objetivos de julgamento, decidir pela não-vinculação ao precedente.

Com efeito, o magistrado afasta pontualmente o *standard* diante das peculiaridades do caso concreto (*restrictive distinguishing*) ou determina a aplicação do precedente por entender que as especificidades do caso concreto não são suficientes para afastar a tese jurídica aventada na decisão-paradigma (*ampliative distinguishing*).

Há também a possibilidade da superação definitiva do precedente-padrão, o qual, desprovido de aplicabilidade diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, perde força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente<sup>34</sup>.

Nesse cenário, são utilizados os institutos do *overruling*, quando há abandono total do antigo precedente, e do *overriding*, em que a superação do precedente é apenas parcial. Nesse sentido, não existiriam dúvidas que o Brasil necessita da formação de uma teoria própria dos precedentes judiciais, para que seja possível obter um mínimo de racionalidade e coerência na formação, interpretação e aplicação das decisões judiciais, especialmente as de caráter vinculante.

---

<sup>34</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 248-249.

Nessa perspectiva, em face do aumento da influência de institutos da *common law* no ordenamento jurídico nacional, buscou-se demonstrar o quão é necessário sistematizar, em termos legislativos, uma teoria brasileira dos precedentes judiciais.

Compreende-se, aqui, então, como o precedente pode vincular, a força dessa vinculação, e os custos que tal vinculação ao impor uma estratégia de subotimização. Duas perguntas relevantes poderiam ser: por que um mecanismo decisório deveria incorporar limitações substanciais a precedentes em seu âmago? Por que uma decisão no “caso 1” deveria vincular um tomador de decisão no “caso 2” e ser ele mesmo vinculado pelo conhecimento desse impacto secundário?

Dentre as justificativas mais comuns para tratar precedentes como relevantes, está o argumento sobre equidade, por vezes tratado como um argumento de justiça. O argumento é comumente expresso em termos de uma estrutura simples, “tratar casos iguais igualmente”.

Nesse sentido, falhar em tratar casos semelhantes semelhantemente, argumenta-se, é tido como arbitrário, e conseqüentemente injusto. A equidade é alcançada por regras decisórias destinadas para assegurar a coerência dentre uma série de decisões.

Assim, quando a coerência também está entre os indivíduos simultaneamente, expressa-se esta regra decisória como “igualdade”. Desse modo, no momento que a coerência entre decisões ocorre através do tempo, chama-se essa regra de decisão de “precedente”. Igualdade e precedente são, assim, respectivamente, os ramos espacial e temporal do mesmo e maior princípio normativo da coerência.

Aplica-se este amplo princípio da equidade mais especificadamente como uma potencial justificativa para adotar um procedimento de decisão na qual o precedente seja relevante? Inicialmente, o princípio de que casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente pareceria estabelecer um argumento indiscutível para os precedentes.

Entretanto, a dificuldade em negar que casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente é precisamente o problema. A declaração é tão abrangente que chega a ser quase inexpressiva.

Nessa lógica, o problema não seria a questão estéril de tratar casos semelhantes semelhantemente. É, em vez disso, a questão mais complicada em que deve-se basear a norma decisória em categorias relativamente abrangentes de semelhança, ou por contraste, é deixar o julgador de certo modo livre para considerar qualquer meio possível no qual este conjunto particular de eventos possa ser único.

Ademais, a restrição puramente formal de tratar casos semelhantes semelhantemente não se relaciona com essa questão. Embora a primeira destas alternativas descreva um sistema

de precedentes, a segunda descreve um sistema no qual a restrição do precedente é, em termos práticos, ausente.

Por si só, desse modo, o argumento acerca da equidade, a prescrição de tratar casos semelhantes semelhantemente, não colabora a escolher entre sistemas de decisão com uma forte restrição por precedentes e um sem virtualmente qualquer restrição de precedentes. Se o foco for encontrar argumentos abordando diretamente a questão dos precedentes, deve-se olhar para razões substanciais para escolher categorias de decisão maiores no lugar das menores.

Quando a pergunta é formulada dessa maneira, a força do argumento da previsibilidade, mesmo que persuasiva em abstrato, irá depender de numerosos fatores cujo peso não pode ser generalizado sobre todas as esferas de decisão. Por exemplo, com que frequência o uso de grandes generalizações impedirá a tomada de decisões com base somente em fatos únicos que seriam dispositivos em um caso em particular?

Responder a essa pergunta requer adentrar numa grande gama de fatores relacionados com todos os tipos de decisões que serão tomadas em uma dada esfera de decisão. Esses fatores podem incluir o tamanho das categorias relevantes, a probabilidade de fatores significativos de variação, e muitos outros que podem variar de acordo com o ambiente.

Assim sendo, o valor da previsibilidade é realmente uma questão de balancear o ganho esperado com o a perda esperada. Nessa lógica, pergunta-se quão importante é a previsibilidade para aqueles afetados pelas decisões, e depois pergunta-se se o grau de previsibilidade vale o preço da frequência de resultados abaixo do ideal multiplicado pelo custo desses resultados. Entretanto, não existe uma “melhor resposta” para esta pergunta, pois a resposta irá variar de acordo com o tipo de decisão que se espera que o julgador faça.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foram inseridos os precedentes vinculantes obrigatórios, por meio do artigo 927, a fim de tornar o sistema jurídico brasileiro, mais célere, seguro e igualitário.

Verificou-se então, que esse novo sistema possui grande semelhança com o instituto do common *law*, fundamentando-se em precedentes jurisprudenciais conforme as decisões das Cortes Superiores.

Uma vez que, essas decisões são tomadas, a partir da interpretação das leis, de casos análogos e das circunstâncias fáticas das questões jurídicas, buscando-se assim, a *ratio*



*decidendi*, que justifica a decisão final proferida ao caso concreto, juntamente com o argumento jurídico secundário obter *dictum*, que formam o precedente judicial.

Diante disso, cabe ao Poder Judiciário realizar a manutenção quanto à revogação, distinção e a superação dos precedentes, visto que, esses devem ser viabilizados de acordo com mudanças e demandas futuras, havendo para isso os institutos da *distinguishing* e *overruling*. Assim, verificou-se, que apesar do CPC instituir a vinculação obrigatória dos precedentes, também trouxe métodos para que esses não imobilizassem o ordenamento jurídico.

Por fim, conclui-se que a inserção dos precedentes vinculantes no sistema jurídico brasileiro, se aplicado da forma correta, conforme institui o Código de Processo Civil, e respeitando as normas constitucionais exaltarão o Estado Democrático de Direito, garantindo aos jurisdicionados o devido processo legal, a isonomia quanto às demandas idênticas, e a possibilidade de segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 dez 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República 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: 21 dez 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. *Coleção novo CPC: procedimento comum*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRECO, Leonardo. *Paradigmas da justiça contemporânea e acesso à justiça*. Disponível em <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/197/196>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perone Campos. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2.ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.



## A DISSOCIAÇÃO DA FUNÇÃO PARENTAL E O VÍNCULO CONJUGAL NOS LITÍGIOS JUDICIAIS NA CONFIGURAÇÃO DA COPARENTALIDADE

Juliana Carvalho Alves

Graduada pela Universidade La Salle do  
Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – o trabalho tem como temática a possibilidade do reconhecimento da coparentalidade, como entidade familiar, diante da proteção à família e manutenção das relações familiares concedida pela CRFB/88 como reflexo da consagração do princípio da Dignidade da pessoa humana na busca da realização do projeto pessoal de vida. Objetiva-se discutir a formação da coparentalidade na configuração dos novos modelos familiares, bem como o seu tratamento legal no ordenamento jurídico brasileiro. Constatou-se que ausência de lei específica ante a realidade vivenciada por muitos brasileiros podem gerar decisões conflitantes nas demandas judiciais.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Filiação. Coparentalidade.

**Sumário** – Introdução. 1. O conceito de família à luz da Constituição. 2. A coparentalidade como entidade familiar alternativa. 3. A regulamentação extrajudicial e a ausência de lei específica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a função parental e configuração da coparentalidade, em um conceito contemporâneo de família que se perfaz pela releitura civil constitucional. Nesse sentido, procura-se demonstrar que a coparentalidade destaca a função parental da relação conjugal dos pais, biológicos ou não, o que possibilita uma melhor análise da instituição familiar.

Tal pesquisa se justifica pela relevância do tema para o direito diante da insegurança jurídica causada pela regulamentação de forma extrajudicial, ante a ausência de diretrizes e normas gerais e para a sociedade diante dos reflexos nas relações sociais pela instituição familiar.

Para tanto, abordam-se os princípios da paternidade responsável, o melhor interesse da criança, o tratamento legal conferido a coparentalidade por meio do Provimento nº 63/2017 do CNJ e a independência da função parental. Dessa forma, é preciso questionar: O que é a coparentalidade? Como o direito brasileiro reconhece essa configuração? Como o Judiciário Brasileiro está enfrentando essas questões ante a ausência de lei específica?

Para melhor compreensão do tema, o presente trabalho será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo apresenta o tratamento instituído às famílias alternativas e o seu reconhecimento a partir do conceito de afetividade como elemento central do conceito de família.

O segundo capítulo apresenta a entidade familiar da coparentalidade, seu conceito e regramento extrajudicial, além de analisar a função parental e os princípios decorrentes do reconhecimento da filiação.

O terceiro capítulo apresenta quais basilares o Judiciário brasileiro utiliza para enfrentar as questões ante a ausência de lei específica.

A pesquisa é desenvolvida pelo método da dialética, argumentativa, pela análise de conceitos e direito comparado. Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina, direito comparado- para sustentar a sua tese.

## 1. O CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Neste capítulo busca-se tratar o conceito de família constitucionalizada e o reconhecimento das famílias alternativas.

Sendo assim, para entender as famílias alternativas é necessário observar as mudanças sob o ponto de vista jurídico-social, ocasionado pela evolução e modificação da sociedade e seus ideais.

Para tanto, não basta analisar os dispositivos legais, é preciso observar a doutrina e a jurisprudência que orientam as interpretações a fim de acompanhar as mudanças comportamentais sociais.

Inicialmente, cumpre destacar que na visão patriarcal, a família era núcleo de reprodução, tarefa incumbida a mulher, e o trabalho era sexualmente dividido em doméstico e remunerado, além das diversas representações sobre masculinidade e feminilidade construídas e reproduzidas nas dinâmicas familiares.

Assim, a Carta Magna de 1988 traz um primeiro rompimento com o conceito de família patriarcal, dependente e hierárquica, a partir da consagração do princípio da igualdade dos gêneros.

É importante analisar por meio da perspectiva de gênero as mudanças ocorridas nas famílias brasileiras. Nathalie Reis Itaboraí<sup>1</sup> observou as mudanças sociais da condição das

---

<sup>1</sup> ITABORAÍ, Nathalie Reis. *Mudanças nas famílias brasileira (1976-2012): uma perspectiva de classe e gênero*. Disponível em: <<http://ceres.iesp.uerj.br/wp-content/uploads/2016/05/Mudan%C3%A7as-nas->



mulheres na família, dentre os quais a autora destaca o processo de mudança macroestrutural de modernização, a partir do qual compreende que o desenvolvimento do Estado e do mercado contribuiu para os anseios das mulheres por mais autonomia e das famílias por mobilidade social. Segundo ela, “[...] esses anseios foram absorvidos pelo movimentos feministas nacionais e internacionais que induziram processos na mudança das dinâmicas familiares”.

O feminismo dos anos 70 esclareceu como a atribuição das mulheres ao trabalho de reprodução se relacionou a subordinação feminina à ideologia da família em relações assimétricas dos modelos de família que realçavam as desigualdades de gênero estruturadas.

Dessa forma, a Constituição da República Federativa de 1988 inspirada em movimentos sociais e outros aspectos jurídicos norteadores, possibilitou a reforma no direito de família. Isto porque, diante do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o direito civil foi revisitado levando em consideração a posição das normas constitucionais que incidem diretamente nas relações privadas e visam a máxima efetividade das normas.

Segundo Maria Berenice Dias<sup>2</sup>, os princípios constitucionais deixaram o papel de orientar o sistema jurídico infraconstitucional para, através de sua eficácia imediata, se transformarem em valores primordiais a serem atendidos e cuidados no momento da correta interpretação e aplicação das leis. Com base nos princípios da igualdade, solidariedade, à luz da Dignidade da Pessoa, aliados à realidade social vivida no Brasil e no mundo, propiciou uma releitura de Direito das Famílias.

A Carta Magna enfatizou não só a igualdade entre homens e mulheres, mas estabeleceu o tratamento isonômico entre os filhos, havidos ou não do casamento, dissociando, portanto, os papéis parental e conjugal encerrando a correlação obrigatória e automática do casamento com o reconhecimento de filiação. As designações de filhos havidos ou não no casamento, legítimos ou ilegítimos, por adoção, não valoram mais o reconhecimento da relação parental, agora todos os filhos têm os mesmos direitos e designação, como preceitua o art. 227, §6 da CRFB/1998:

art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao

---

fam%C3%ADlias-no-Brasil-1976-2012-uma-perspectiva-de-classe-e-g%C3%AAnero-Nathalie-Reis-Itabora%C3%AD.pdf>. Acesso em: 10 ago.2022.

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*: de acordo com o novo CPC. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Diante desse cenário, a essa releitura do direito civil pelos princípios constitucionais se passou a reconhecer que a filiação independe do papel conjugal para existir. Esse marco redefine o conceito de Poder Familiar.

Dessa forma, o Código Civil de 1916 que adotava como conceito de família um modelo autoritário, patriarcal, heteroparental -união entre homem e mulher-, foi modificado pelas mudanças e valores sociais em razão do desenvolvimento e evolução da sociedade.

A partir da releitura civil-constitucional a família passou a ser conceituada como independente e igualitária, uma vez que seus membros não estão mais unidos pela dependência econômica e a subordinação a uma só pessoa, como ocorria anteriormente. A mulher conquistou a sua igualdade jurídica com ênfase no princípio da isonomia a partir da promulgação da Magna Carta de 1988 e com o advento do código Civil de 2002.

Além disso, em virtude do Estatuto da Criança e do Adolescente –ECA-<sup>3</sup> o tratamento em relação aos filhos foi modificado ao se reconhecer a criança como um ser vulnerável em desenvolvimento, detentora de direitos e deveres que merece a tutela do Estado.

Nesse conceito de mudanças e com a evolução do direito da mulher se evolui do denominado Pater poder, no qual no qual o pai tinha poderes ilimitados sobre os filhos, reflexo da família patriarcal, para o chamado poder familiar. Este caracterizado como um poder-dever dos pais no interesse dos filhos, reflexo dos princípios de isonomia, igualdade, vetores da Dignidade da Pessoa Humana, corolário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Roberto João Elias<sup>4</sup> conceitua o poder familiar como “um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade.”

Além de promover o rompimento com o modelo de família patriarcal, a Constituição de 1988 teve influência na modificação do conceito de filiação ao prever a igualdade entre os

<sup>3</sup> BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2022.

<sup>4</sup> ELIAS, Roberto João. *Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visitas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6.

filhos, fortalecendo o vínculo de filiação. Neste sentido, Renata Nepomuceno e Cysne<sup>5</sup> afirma que:

a Constituição de 1988 trouxe, para o foco das preocupações a proteção da pessoa humana, abandonando a prioridade antes dedicada ao patrimônio, e assim, a família deixou de ser baseada unicamente no casamento, e como consequência [*sic*], a filiação adquiriu novas perspectivas.

O vínculo de filiação foi esculpido com base nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da Solidariedade familiar, da proteção integral à Criança e o Adolescente, da Igualdade absoluta de direitos entre os filhos, dentre outros que proclamam a necessidade de valorizar o reconhecimento da filiação sócio-afetiva ou biológica, não importando a natureza da filiação.

Deste modo, “a Constituição provoca assim uma revolução não apenas normativa, mas uma revolução da mentalidade humana” afirma Hironaka<sup>6</sup>, vez que coloca nas relações familiares o afeto como liame principal.

O Código Civil de 2002 prevê presunções de paternidade na constância do casamento, porém repete o preceito do art. 227, §6 da Carta Magna, proibindo qualquer designação discriminatória quanto aos filhos, como se vê disposto no art. 1.596 e 1.597:

art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Essas normas fortalecem não apenas a filiação biológica, mas também afetiva tendo em vista que não haverá distinção dos filhos independente do parentesco que poderá ser resultado da consanguinidade ou outra origem conforme disposto no art. 1.593 do Código Civil “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Importante ressaltar que a filiação socioafetiva encontra tutela jurisdicional no artigo supracitado na menção ao parentesco de outra origem. Nas jornadas de Direito Civil, foram

<sup>5</sup> CYSNE, Renata Nepomuceno e. *Os laços afetivos como valor jurídico*: na questão da paternidade socioafetiva. Família e jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 189-223.

<sup>6</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Dos filhos havidos fora do casamento*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento/1>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

aprovados diversos Enunciados<sup>7</sup> elucidando a interpretação constitucional desse artigo em consonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial:

Jornada de Direito Civil. Enunciado 103. Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

V Jornada de Direito Civil. Enunciado 519. Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Diante dessas modificações em relação ao vínculo de filiação, destaca-se a afetividade como elemento central, não apenas para a filiação mas no direito de família. Nesse sentido, Maria Berenice Dias<sup>8</sup> afirma que:

a afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. [...] O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Mesmo que a palavra afeto não esteja ligada no texto constitucional, a constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção.

E ainda, a autora menciona que o distanciamento do conceito de família pelo matrimônio e conseqüente afastamento da Religião corroborou para as novas formas de entidades familiares haja vista que desta forma o afeto<sup>9</sup> entrou como parâmetro para o adequado convívio social, promovendo o pluralismo familiar.

O pluralismo familiar consiste nos diversos formatos e arranjos familiares que tem como pano de fundo a afetividades de seus membros. Maria Berenice dias<sup>10</sup>, ensina ainda que: “a consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família”.

Observando que a relação entre pais e filhos, parental, não está mais atrelada ao matrimônio, e ainda, que a relação com os filhos tem como centro a afetividade e não mais

<sup>7</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). *Jornadas de Direito Civil I e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 27, p.46, p.55, p.73.

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice, *Manual do direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

<sup>9</sup> Id. *A ética do afeto*. Disponível em: < <https://berenedias.com.br/casamento-e-o-conceito-plural-de-familia/>>. Acesso em 14 ago. 2022.

<sup>10</sup> Id. *Manual do direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.



elementos puramente biológicos. Resta claro a existência e possibilidade dos novos formatos de família que possuem o vínculo biológico como centro de formação.

Todavia, parte da sociedade reluta em entender as novas configurações familiares em decorrência do papel histórico da mulher como reprodutora e cuidadora do lar. Como já visto, o papel social da mulher era intrinsecamente ligado a reprodução no casamento, assim, a dissociação dos papéis parental e conjugal confrontam com o conceito construído outrora razão pela qual urge a tutela do Estado.

Nesse contexto, a coparentalidade, é uma estruturação que ganha importância e necessidade de proteção pelo Ordenamento Jurídico como entidade familiar a medida em que a sociedade usa esse modelo para atingir o propósito *-animus-* de constituir família, como será observado adiante.

## 2. A COPARENTALIDADE COMO ENTIDADE FAMILIAR ALTERNATIVA

O conceito de família deve levar em consideração o tempo e o lugar analisados, já que família é um fato, uma realidade, que se perfaz no momento atual, que estabelece, muitas vezes, novos parâmetros, rompendo ou superando conceitos consagrados anteriormente. Sendo assim, além de observar os dispositivos legais que regulamentam a matéria é necessário acompanhar, constantemente, o que a doutrina e a jurisprudência atuais entendem sobre o tema, à luz dos direitos e garantias constitucionais.

À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana percebe-se a transformação familiar contemporânea, Guilherme Calmon Nogueira<sup>11</sup>, entende em síntese que:

o princípio da dignidade da pessoa humana importou na despatrimonialização e repersonalização das relações de família, valorizando-se os aspectos existenciais e garantindo-se os direitos da personalidade de cada membro, em substituição à exagerada importância que se dava ao tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes, como ocorria anteriormente. O projeto familiar passou a ser desenvolvido no afeto, obrigando-se os membros a auxiliarem uns aos outros não apenas materialmente, mas também através de cuidados físicos, afetivos e morais. [...].

Em razão da evolução da sociedade, a doutrina e a jurisprudência brasileira passam a reconhecer a afetividade como elemento central da formação familiar juntamente com a

---

<sup>11</sup> CALMON apud CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.47.

assistência mútua e forma pública contínua, duradoura, para caracterizar a família, abarcando os casos de multiparentalidade nesse conceito. Rodrigo da Cunha Pereira<sup>12</sup> descreve:

a família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela 'instituição.

O Supremo Tribunal Federal no informativo 840<sup>13</sup> entendeu que “a omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade”. Nesse sentido, essa nova formação é uma releitura democrática, igualitária nos moldes da família constitucionalizada que garante a autonomia individual e respeita o direito de reprodução da pessoa, independente do estado civil, orientação sexual e identidade de gênero, tutelando o projeto de realização pessoal à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, corolário do nosso Estado Democrático de Direito.

Assim, a coparentalidade é uma modalidade que se apresenta como um novo conceito de família reconhecido constitucionalmente a partir de uma releitura democrática. Rodrigo da Cunha Pereira<sup>14</sup> possui uma definição dessa família no seguinte sentido, “[...] famílias coparentais são aquelas cujos pais se encontram apenas para ter filhos, de forma planejada, para criá-los em sistema de cooperação mútua, sem relacionamento conjugal ou mesmo sexual entre eles.”

Considerada como uma configuração familiar alternativa, isso se deve ao fato dessa unidade familiar não ser formada pelo casamento, nem pela união estável, mas sim por um contrato no qual os co-pais, também chamados de pais amigos, compartilham o poder familiar dividindo as funções parentais estabelecidas.

Nessa esteira, o Provimento nº 63/2017 do CNJ<sup>15</sup> surge com o fim de regular efeitos jurídicos decorrentes do abrigo constitucional concedido aos diferentes formatos e

<sup>12</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 193.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 898060/SC*. Relator: ministro Luiz Fux julgamento em 21 e 22 set de 2016. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

<sup>14</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Dicionário de Direitos de Família e Sucessões* - ilustrado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 213.

<sup>15</sup> BRASIL. *Provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 63/2017*. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

configurações familiares. Essa regulação busca adequar a realidade fática dos brasileiros ao conceito de tal instituição, a família:

art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.  
§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

A partir deste fato, os novos formatos de família, com destaque para a coparentalidade, são configurados de forma extrajudicial.

Todavia, conforme explanado, na coparentalidade não há vínculo conjugal, havendo apenas o vínculo parental diferentemente do que ocorre no divórcio ou na união estável. Motivo pelo qual na configuração desse formato se faz necessária a utilização do contrato com termos de guarda, visitação e outros que os co-pais entenderem como necessário, esse contrato é nomeado como contrato de geração de filho, sendo realizado anteriormente ao nascimento do filho, portanto, anterior também ao registro extrajudicial que reconhece a paternidade ou maternidade socioafetiva nos termos do determinado pelo CNJ.

Nesse sentido, há um vácuo legislativo que abriga outros arranjos familiares mas não regulamenta de forma específica a coparentalidade e frente a relevância do tema que envolve interesse de menor incapaz e direitos indisponíveis, dentre as cláusulas contratuais, há uma insegurança jurídica nas relações estabelecidas. Esse vácuo legislativo representa um atraso em relação a sociedade, haja vista que a formação de famílias pela coparentalidade é uma realidade já vivenciada no Brasil.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>16</sup>: “A "ciência" jurídica interessa saber que a definição da família contemporânea passa necessariamente, para sua compreensão mais profunda, pela perspectiva e distinção da família conjugal e família parental. Elas podem estar juntas ou não.”

Ainda nesse sentido, Heloisa Helena Barboza apud Maria Berenice Dias<sup>17</sup> afirma que a filiação atual deve ser construída sobre os três pilares constitucionais: “A disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os três pilares constitucionalmente fixados: a plena igualdade

<sup>16</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *O contrato de geração de filhos e os novos paradigmas da família contemporânea*. Disponível em: < <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1609/O+contrato+de+gera%C3%A7%C3%A3o+de+filhos+e+os+novos+paradigmas+da+fam%C3%ADlia+contempor%C3%A2nea> > Acesso em: 14 ago. 2022.

<sup>17</sup> DIAS, op. cit., 2013, p. 364.

entre os filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina de proteção integral.” Dessa forma, a dissociação do papel parental e conjugal se mostra extremamente relevante para a conceituação da coparentalidade. Afinal, o principal objetivo do contrato é estabelecer as regras do jogo em relação a paternidade responsável.

Nesse ponto, vale mencionar que no Brasil o instituto das práticas colaborativas são uma alternativa consensual de solução de conflito em que após a dissolução do vínculo conjugal os pais por meio de um contrato estabelecem a guarda, visita e demais necessidades do menor por meio de uma abordagem multidisciplinar e não-adversarial, para que continuem exercendo a parentalidade de forma responsável.

Assim, é sábio que existem mecanismos que tornam possíveis a pactuação da obrigações e deveres da função parental observando o melhor interesse da criança. Contudo, para a configuração da coparentalidade não há nenhuma previsão de aplicação desses mecanismos, sendo a sua regulamentação precária por meio do provimento acima mencionado e analisados à luz dos princípios constitucionais no caso concreto.

Diante da insegurança jurídica provocada pela mora legislativa, para alguns a alternativa é realiza-la sob a baliza de outro ordenamento jurídico, como o norte-americano, por exemplo.

No caso do apresentador de TV Gugu Liberato noticiado amplamente em matéria do Fantástico em 16/02/2020<sup>18</sup> o contrato de coparentalidade fora realizado nos Estados Unidos, contudo a sua vigência se deu sob a convivência do casal que conforme disposições da legislação brasileira ensejaria a união estável, motivo pelo qual gerou grande repercussão.

Sem adentrar ao mérito, cinge-se compreender que o apresentador buscou segurança jurídica em outro ordenamento a fim de regulamentar o seu arranjo familiar.

Nessa esteira, verifica-se que ainda que pese a regulamentação extrajudicial que permite com base no provimento 63/2017 do CNJ em seu art. 11, §3<sup>19</sup>, o reconhecimento da multiparentalidade e como sua modalidade a coparentalidade, carece de lei específica a regulamentação dos contratos de coparentalidade. Isso porque, sem a devida regulamentação, é mais difícil a tutela do Judiciário na observância do melhor interesse da criança e da paternidade responsável.

---

<sup>18</sup> G1. *Os bastidores da disputa pela herança de Gugu Liberato*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/podcast/isso-e-fantastico/noticia/2020/02/16/26-isso-e-fantastico-os-bastidores-da-disputa-pela-heranca-de-gugu-liberato.ghtml>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

### 3. A REGULAMENTAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA

Conforme visto, a configuração da coparentalidade é realizada por meio de um contrato de geração de filhos, ante a ausência de lei específica, faz-se necessária a análise do referido negócio jurídico pelos planos da existência, da validade e da eficácia de acordo com o estabelecido pelo Código Civil sob a perspectiva dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, preceitua o art. 104 do Código Civil em seu inciso II<sup>20</sup>, é necessário que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável para que o negócio jurídico seja válido.

No contrato de geração de filho é certo que deve ser formado por partes plenamente capazes, para analisar a licitude do objeto cumpre esclarecer que a Resolução nº 2.1168/2017 do Conselho Federal de Medicina<sup>21</sup> estabelece normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e ainda que pese não existir menção expressa a possibilidade de duas pessoas que não possuem um relacionamento amoroso utilizarem tal técnica, conforme leciona Flávio Tartuce<sup>22</sup> o objeto lícito e possível é aquele previsto ou não defeso em lei, nos limites impostos pela lei. Assim, tratando-se de direito privado, conforme o princípio da autonomia da vontade prevalece o entendimento que em relação ao plano da validade o que deve ser observado é apenas a viabilidade do objeto.

Assim, analisando este contrato no plano da eficácia, não se pode olvidar os efeitos já produzidos, nesse caso em específico, uma vida foi gerada e deve ser protegida pelo direito.

Com isso, verifica-se que as discussões sobre a validade do objeto são superadas a partir da observância dos efeitos desse contrato diante do nascimento com vida, a partir do qual há reflexos diretos e imediatos decorrentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que ultrapassam qualquer disposições contratual, haja vista que o ser humano é um fim em si mesmo.

Dessa forma, não cabe, sob nenhuma hipótese, a averiguação desse filho gerado como um simples objeto contratual. Sendo assim, diante dessa realidade fática supera-se os questionamentos acerca da validade.

Portanto, a partir do êxito da geração do filho o contrato de coparentalidade passa a produzir seus efeitos e repercute em relação a guarda, visitação e demais cláusulas

<sup>20</sup> BRASIL. *Código civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>21</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168*, 21 de setembro de 2017. *Diário Oficial da União publicado em 10/11/2017* ed. 216, Seção 1 p. 73.

<sup>22</sup> TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p.256.

estabelecidas, nesse contexto, os questionamentos relativos as cláusulas ali elencadas poderão ser sanados na Vara de família, em razão da matéria tratada, independente da origem daquela família.

Nessa esteira, o Poder Judiciário ao julgar os litígios provenientes da coparentalidade destaca a função parental sem adentrar o vínculo estabelecido anteriormente entre os co-pais a fim de efetivamente observar o melhor interesse da crianças por meio da parentalidade responsável.

Contudo, em razão da análise consubstanciada na interpretação e aplicação de princípios e normas gerais naturalmente é possível que decorram decisões judiciais conflitantes que ocasionem tratamento diferenciado as várias formas de filiação. Tal diferenciação é inconcebível no Estado Democrático de Direito que deve ser pautado na segurança jurídica de suas decisões.

Cumprе ressaltar que algumas matérias elencadas no contrato de coparentalidade em razão do relevante interesse no que tange a proteção integral da criança são tuteladas pelo Estado diante do âmbito jurídico consideradas matérias de odem pública e carecem melhor análise.

A Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente outorgaram ao Ministério Público a responsabilidade de zelar pelas garantias destes, inclusive no âmbito privado e familiar. Sob o fundamento da proteção integral da criança e do adolescente o interesse tutelado tem caráter social ou indisponível, conseqüentemente representam interesses a serem tutelados pelo Ministério Público, nesse sentido, “art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Nesse sentido, o ECA<sup>23</sup> dispõem:

art. 201. Compete ao Ministério Público:

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude; (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal

E ainda, conforme o ECA<sup>24</sup>:

---

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.



art. 202. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos cabíveis.

Diante da necessidade da atuação ministerial em ações de alimentos, defesa de interesses difusos e coletivos na área de proteção à infância e à juventude, atuação em partilha e tantas mais, o ordenamento jurídico pátrio estabelece que a falta da intervenção acarreta nulidade do feito e que poderá ser declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado. Assim, a possibilidade extrajudicial do reconhecimento da referida filiação é precária ao não disponibilizar o que não pode ser tutelado extrajudicialmente e causa insegurança jurídica no referido arranjo familiar.

Portanto, o Poder Judiciário ao ser impulsionado nos litígios judiciais no tocante a esta entidade familiar alternativa diante da verificação da função parental decorrente da filiação, pela perspectiva da paternidade responsável e o melhor interesse da criança, analisa a guarda e visitação, observa possíveis matérias de ordem pública elencadas, bem como a legalidade das mesmas e sua consonância com as liberdades individuais e suas garantias em cada caso.

Dessa forma, a autonomia privada é respeitada pelo Estado que deve intervir na proteção dos indivíduos, da criança e do adolescente de forma moderada apenas para garantir a vontade dos membros da família.

Esse pressuposto se traduz no Princípio da Intervenção Mínima do Estado no direito de família, não há disposição expressa ao referido princípio jurídico, mas conforme aponta o Rodrigo da Cunha Pereira<sup>25</sup> é possível extrair esse entendimento conforme disposto no Código Civil no art. 1.513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Para ele, o referido artigo recepciona a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família.

De acordo com esse princípio o Estado deve intervir para tutelar a família e dar-lhe garantias sem que o interesse da sociedade se sobreponha aos interesses dos membros daquele núcleo. No mesmo sentido, Caio Mario da Silva Pereira<sup>26</sup> entende que “as normas do Direito de Família são norma de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são

<sup>25</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.183.

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 5. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo.”

Destarte, os princípios da intervenção mínima do Estado e o da Dignidade da Pessoa humana se mostram como vetores importantes para a contínua evolução desse ramo do direito e aplicação das decisões judiciais. Com isso, à medida em que a sociedade se transforma e reconhece garantias e direitos ao indivíduo as relações sociais também se transformam, assim como a busca do indivíduo pelo próprio projeto de realização pessoal garantido pela Carta Magna.

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>27</sup> descreve:

[...] portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

Diante do reconhecimento dos direitos fundamentais e garantias resta claro que a discussão da relação entre o casal não se faz mais necessária para validar os direitos da criança, bastando apenas o reconhecimento desta como detentora de direitos e deveres inerentes a sua existência da qual a paternidade e o vínculo de filiação são direitos consagrados constitucionalmente.

Desse modo, o princípio da paternidade responsável é balisador para a análise do caso concreto, o Judiciário Brasileiro destaca a função parental para a configuração da unidade familiar formada por meio do elemento central da afetividade e independente da configuração do contrato e suas cláusulas, ante a ausência de lei específica, norteia-se pelos princípios constitucionais para promover a proteção efetiva desse ser vulnerável em desenvolvimento, o filho gerado, detentor de direitos e deveres.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais causado pela precária regulamentação extrajudicial da configuração da coparentalidade. O embate materializa-se na indiscriminada função conjugal e parental enraizada na cultura brasileira por legislações anteriores que refletiam uma sociedade patriarcal que mantém estruturas e arranjos familiares próprios, a segurança jurídica

---

<sup>27</sup> PEREIRA, op. cit., 2012, p. 121.



é um princípio que protege as instituições familiares e demais relações sociais, frente a isso a Dignidade da Pessoa Humana reconhece o direito da busca da felicidade e livre autonomia na decisão de constituir família, ambos princípios se encontram representados na Constituição da República.

De um lado, há uma tradição histórica, religiosa e cultural de casamento e filiação, de outro, está o indivíduo que é um fim em si mesmo e deseja constituir uma família conforme a sua autonomia de vontade. Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que apesar do aparente confronto com a segurança jurídica, o reconhecimento da coparentalidade de forma extrajudicial é possível pelo entendimento do próprio ordenamento jurídico pátrio, dessa forma, o mais gravoso é a ausência de diretrizes e regulamentações gerais que causam instabilidade nas relações sociais.

Em relação ao reconhecimento da coparentalidade questionado no primeiro capítulo, na prática, se verifica que a configuração da coparentalidade vem sendo estabelecida de forma precária e cabe ao judiciário diante do caso concreto analisar individualmente as situações levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança consubstanciado no interesse em manter a parentalidade de forma responsável pelos co-pais.

Já em relação a regulamentação abordada no segundo capítulo, compreendeu-se que o tratamento legal é extremamente importante diante da tutela de interesse individual e mesmo assim, a temática é abandonada pelo poder público. Prova disso, é que o tema foi tratado brevemente de forma extrajudicial sem a fixação de critérios específicos, requisitos e cláusulas gerais de proteção.

A coparentalidade é uma realidade já vivenciada por muitas famílias, uma regulamentação mais profunda se faz necessária para manter a estabilidade das relações e tornar mais coeso o julgamento dos tribunais, para que as decisões estejam alinhadas. Nesse sentido, a questão principal do terceiro capítulo aborda como o judiciário busca promover a estabilidade dos julgamentos a partir dos mecanismos já existentes ao julgar garantias individuais reconhecidas constitucionalmente em consonância com o desenvolvimento social.

Além de entender que há o reconhecimento da coparentalidade pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme o atual estágio evolutivo do Direito das Famílias, reafirmar-se a importância dos procedimentos de reconhecimento da filiação para a tutela do melhor interesse da criança.



## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). *Jornadas de Direito Civil I e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

BRASIL. *Constituição Federativa da República Brasileira*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. *Provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 63/2017*. Disponível em:< >. Acesso em: 14 ago 2022.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal. RE nº 898060/SC*. Relator: ministro Luiz Fux julgamento em 21 e 22 set de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 14 ago. 2022

CALMON apud CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168*, 21 de setembro de 2017. Diário Oficial da União publicado em 10/11/2017 ed. 216. Disponível em:<[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026)>. Acesso em: 14 ago. 2022.

CYSNE, Renata Nepomuceno e. *Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva*. Família e jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A ética do afeto*. Disponível em:<<https://berenedias.com.br/casamento-e-o-conceito-plural-de-familia/>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. *Manual do direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual do direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*: de acordo com o novo CPC. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

ELIAS, Roberto João. *Pátrio Poder*: guarda dos filhos e direito de visitas. São Paulo: Saraiva, 1999.

G1. *Os bastidores da disputa pela herança de Gugu Liberato*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/podcast/isso-e-fantastico/noticia/2020/02/16/26-isso-e-fantastico-os-bastidores-da-disputa-pela-heranca-de-gugu-liberato.ghtml>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Dos filhos havidos fora do casamento*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento/1>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

ITABORAÍ, Nathalie Reis. *Mudanças nas famílias brasileira (1976-2012): uma perspectiva de classe e gênero*. Disponível em: <<http://ceres.iesp.uerj.br/wp-content/uploads/2016/05/Mudan%C3%A7as-nas-fam%C3%ADlias-no-Brasil-1976-2012-uma-perspectiva-de-classe-e-g%C3%AAnero-Nathalie-ReisItabora%C3%AD.pdf>>. Acesso em: 10 ago.2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 5. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

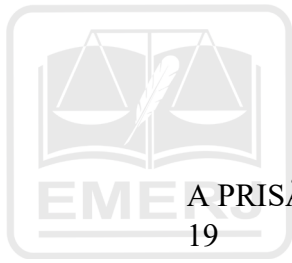
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direitos de Família e Sucessões* - ilustrado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. *O contrato de geração de filhos e os novos paradigmas da família contemporânea*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1609/O+contrato+de+gera%C3%A7%C3%A3o+de+filhos+e+os+novos+paradigmas+da+fam%C3%ADlia+contempor%C3%A2nea>> Acesso em: 14 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. *Princípio da afetividade*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.



## A PRISÃO DOMICILIAR DO DEVEDOR DE ALIMENTOS NA PANDEMIA DA COVID-19

Juliana dos Santos Borges Ribeiro Pereira

Graduada pela Universidade Cândido Mendes de Campos dos Goytacazes/RJ. Advogada

**Resumo** – A obrigação alimentar que decorre do direito aos alimentos previsto na Constituição Federal e no Código Civil, deve ser integralmente cumprida. Porém, nos casos de inadimplência, o ordenamento jurídico brasileiro prevê duas formas de efetivar o cumprimento da decisão que fixa alimentos. Uma é o rito do cumprimento de sentença e o outro é a possibilidade da decretação da prisão por um a três meses. O rito da prisão é muito utilizado tendo em vista que funciona como uma sanção para o inadimplente, que fica com a sua liberdade restringida até realizar o pagamento da sua dívida. Em virtude da pandemia da Covid-19, uma série de medidas de restrições e isolamento precisaram ser adotadas com o intuito de conter a doença. Dentre várias medidas, a conversão da prisão do regime fechado do devedor de alimentos em prisão domiciliar foi uma delas, que será estudada neste artigo.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Execução de Alimentos. Prisão do devedor de alimentos.

**Sumário** - Introdução. 1. Da conversão da prisão do regime fechado do devedor de alimentos em prisão domiciliar. 2. Da efetividade coercitiva da medida. 3. A busca de outras medidas para a efetivação do recebimento da dívida. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A prisão civil do devedor de alimentos é medida excepcional que constitui meio coercitivo que objetiva a subsistência da pessoa alimentada, para satisfazer as necessidades básicas daquele que não tem condições de provê-las. Está autorizada pelo artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988.

No entanto, em virtude da Pandemia da Covid-19, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 62/2020 e a Lei nº 14.010/20, orientam os Tribunais e magistrados a adotarem medidas preventivas à propagação da infecção pelo Covid-19 no sistema prisional penal e socioeducativo, como a decretação de prisão domiciliar aos devedores alimentares.

O presente artigo científico discute a eficácia da substituição da prisão civil do devedor de alimentos em prisão domiciliar e apresenta outros meios capazes de exercer a função coercitiva para o pagamento do débito alimentar, visando resguardar o interesse e o direito do alimentado que necessita de sustento.

De acordo com o cenário apresentado, o presente estudo estabelece como problemas de pesquisa o estudo da eficácia da conversão do regime fechado da prisão do devedor de alimentos em prisão domiciliar, a existência de outros meios de coerção que possibilitem o

adimplemento do débito alimentar e discute também a situação do alimentado e a ponderação dos direitos e garantias fundamentais das partes.

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar os conceitos-chaves tratados neste artigo, contribuindo com novas reflexões e perspectivas de estudo. Pretende-se ainda apresentar novas formas diversas da prisão para alcançar a finalidade da execução de alimentos, qual seja: o cumprimento da obrigação alimentar.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando os conceitos principais sobre o tema, a nova legislação aplicável na conversão da prisão do regime fechado do devedor de alimentos em prisão domiciliar.

No segundo capítulo é abordada a efetividade coercitiva da medida da prisão domiciliar e a situação do alimentado.

Por último, o terceiro capítulo busca outras medidas para a efetivação do recebimento da dívida, através de pesquisas nos artigos jurídicos e jurisprudências.

O tipo de pesquisa jurídica é necessariamente descritivo, utilizando artigos, jurisprudências, livros e trabalhos acadêmicos que já abordam esse assunto. A pesquisa é qualitativa de modo que é tratado na pesquisa a visão da autora sobre o tema abordado utilizando o método dedutivo.

## 1. DA CONVERSÃO DA PRISÃO DO REGIME FECHADO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS EM PRISÃO DOMICILIAR

De acordo com os ensinamentos de Gomes<sup>1</sup> os alimentos são “prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si, tendo por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência.” Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>2</sup>, ensinam que “o fundamento da “prestação alimentar” encontra assento nos princípios da dignidade da pessoa humana, princípio básico do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, e, especialmente, no princípio da solidariedade familiar”.

A pensão alimentícia deve ser paga por aquele que possui condições para tal, levando-se em conta todas as necessidades do alimentado. De modo que, não se pode permitir que o

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 429.

<sup>2</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Manual de direito civil*; volume único, 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1407.



alimentante passe necessidades para pagar os alimentos que são devidos, sendo fundamental, portanto, um pouco de bom senso para ser calculado o valor da pensão alimentícia. Até mesmo por esse motivo o valor da pensão alimentícia pode ser alterado sempre que necessário, pois tanto a situação financeira do alimentantes quanto as necessidades do alimentado podem mudar de acordo com as circunstâncias.

O direito aos alimentos é um direito social que está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6<sup>o</sup> e nos artigos 1694 a 1710 do Código Civil Brasileiro<sup>4</sup>. A obrigação alimentar que decorre deste direito deve ser integralmente cumprida, porém em caso de inadimplência, o artigo 528, parágrafos 1<sup>o</sup> a 9<sup>o</sup>, do Código de Processo Civil<sup>5</sup> possibilita ao credor duas maneiras de fazer valer o cumprimento da decisão que fixa os alimentos.

A primeira dispõe que, caso o executado deixe de pagar ou não apresente justificativa plausível para ser aceita, o juiz decretará a prisão em regime fechado por um a três meses. A segunda segue o rito do cumprimento de sentença que reconhece a obrigação de pagar quantia certa, conforme artigos 523 a 527 do Código de Processo Civil<sup>6</sup>.

A prisão civil do devedor de alimentos, prevista no artigo 528, § 3<sup>o</sup> do Código de Processo Civil<sup>7</sup>, deve ser cumprida em regime fechado, de modo que é uma medida excepcional pela qual constitui meio coercitivo que objetiva a subsistência da pessoa alimentada, para satisfazer as necessidades básicas daquele que não tem condições de provê-las e está autorizada constitucionalmente pelo artigo 5<sup>o</sup>, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988<sup>8</sup>.

Essa prisão não é compensatória, ou seja, o período que o devedor fica preso não serve para quitar as parcelas vencidas, a função desta prisão é compelir o devedor a pagar sua dívida, sendo três meses o período máximo dessa prisão.

A Pandemia da Covid-19 tem afetado o mundo todo, tanto na vida privada como social, causada pelo vírus (SARS-CoV-2) e se destaca por ser um vírus que se espalha com extrema facilidade e rapidez, impactando diretamente na área da saúde, na economia, e nas relações humanas.

<sup>3</sup>BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 set. 2021.

<sup>4</sup>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: 21 set. 2021.

<sup>5</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 21 set. 2021.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 3.



Deste modo, os governos adotaram uma série de medidas de restrições e isolamentos com o intuito de conter a transmissão da doença. No âmbito das pessoas presas houve uma grande preocupação, tendo em vista que os presídios brasileiros vivem uma precariedade de higiene com uma superlotação, o que seria um ambiente muito propício para a propagação da doença rapidamente.

Sendo assim, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 62/2020<sup>9</sup>, que orienta os Tribunais e magistrados a adotarem medidas preventivas à propagação da infecção pelo Covid-19 no sistema prisional penal e socioeducativo, como a decretação de prisão domiciliar aos devedores alimentares.

Em relação a prisão civil do devedor de alimentos, segue a recomendação do CNJ<sup>10</sup>:

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

Com a Recomendação, muitos tribunais optaram por manter o devedor de alimentos em prisão domiciliar, como ocorreu em 2020 com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 568.021-CE<sup>11</sup>, Veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS COLETIVO IMPETRADO EM FACE DE DECISÃO DADA PELO DESEMBARGADOR DE PLANTÃO QUE REMETE O PROCESSO AO RELATOR. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DAS ORDENS DE PRISÃO. CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME DOMICILIAR. QUESTÃO PREJUDICIAL. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO. JULGAMENTO POSTERIOR DO MÉRITO DO HABEAS CORPUS NO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONCESSÃO DA ORDEM PARA CONVERTER A PRISÃO EM REGIME DOMICILIAR. POSTERIOR PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM PARA TODO O TERRITÓRIO NACIONAL FORMULADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PREJUDICADO. (TJ-SC - HC: 50066348320208240000 TJSC 5006634-83.2020.8.24.0000, Relator: MARIA DO RÓCIO LUZ SANTA RITTA, Data de Julgamento: 16/06/2020, 3ª Câmara de Direito Civil).

O entendimento da 4ª turma do STJ sobre a relatoria do ministro Raul Araújo, julgado em 05 de maio de 2020 (Info 671)<sup>12</sup> assegura a prisão domiciliar em decorrência de dívidas

<sup>9</sup> BRASIL. *Resolução n. 62*, de 17 de março de 2020. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>> Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 568.021-CE*, Relator: Ministra Maria do Rocio Luz Santa Rita. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923475970/habeas-corpus-hc-568021-ce-2020-0072810-3/inteiro-teor-923475988?ref=serp>> Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 561.257-SP*, Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855157946/habeas-corpus-hc-561257-sp-2020-0033400-1/inteiro-teor-855157956?ref=juris-tabs>> Acesso em: 17 out. 2021.



alimentícias, desaconselhando a manutenção do devedor em ambiente fechado, insalubre e potencialmente perigoso.

A decisão apresentada pela 3ª turma do STJ concluiu que durante a pandemia da Covid-19 a prisão civil dos devedores de alimentos deverá ser suspensa e não foi assegurada a prisão domiciliar, visto que o direito à prisão domiciliar é uma medida que não cumpre o mandamento legal e que fere por vias transversas a dignidade do alimentando.

A 3ª turma do STJ entende que a excepcionalidade da situação vivida pelo país permite o adiamento provisório da execução da obrigação alimentar enquanto durar a pandemia e a prisão suspensa terá o seu cumprimento no momento processual oportuno, já que a dívida alimentar remanesce íntegra, sendo assim, essa medida resguarda a dignidade do alimentando que em regra é vulnerável.

O Ministro Cueva do Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup>, em julgamento de Habeas Corpus, teve o seguinte entendimento:

Assegurar aos presos por dívidas alimentares o direito à prisão domiciliar é medida que não cumpre o mandamento legal e que fere, por vias transversas, a própria dignidade do alimentando. Não é plausível substituir o encarceramento pelo confinamento social, o que, aliás, já é a realidade da maioria da população, isolada no momento em prol do bem-estar de toda a coletividade.

Após as discussões jurisprudenciais no STJ, houve contemplação legislativa do tema, a Lei nº 14.010/2020<sup>14</sup>, que criou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações de Direito Privado foi sancionada em 10 de Junho de 2020 para regular as relações privadas durante o período excepcional, prevalecendo sobre as normas que se mostrem incompatíveis com o momento enfrentado pelo país sem estabelecer qualquer norma permanente.

A redação do artigo 15 da referida lei trouxe mais segurança e previsibilidade, ainda que temporariamente, ao tratar da imposição da prisão domiciliar ao devedor de alimentos tendo como inspiração o artigo 6º da Resolução 62/2020<sup>15</sup> editada pelo Conselho Nacional de Justiça, além de adotar a mesma solução jurídica da 4ª Turma do STJ<sup>16</sup>.

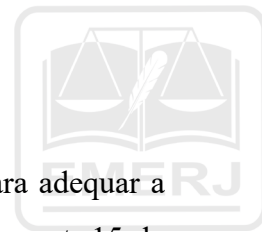
<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 574.495-SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868173449/habeas-corpus-hc-574495-sp-2020-0090455-1/inteiro-teor-868173457?ref=juris-tabs>> Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. *Lei 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm)> Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL. *op. cit.*, nota 9.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 561.257-SP*, Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855157946/habeas-corpus-hc-561257-sp-2020-0033400-1/inteiro-teor-855157956?ref=juris-tabs>> Acesso em: 17 out. 2021.





Todavia, a 3ª Turma do STJ teve que modificar o seu entendimento para adequar a nova lei. Ao tratar das alterações promovidas no tocante ao Direito de Família, o art. 15 da referida Lei<sup>17</sup> preconiza que:

Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

De acordo com o artigo 15 da Lei nº 14.010/2020<sup>18</sup>, não restaram mais dúvidas quanto a prisão do devedor de alimentos, o artigo da lei é claro ao mencionar que até o dia 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida de alimentos, prevista no artigo 528, parágrafo 3º e seguintes da Lei nº 13.105<sup>19</sup>, (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida de forma exclusiva sob a modalidade da prisão domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das obrigações. A lei perdeu sua eficácia em 30 de outubro de 2020, entretanto, a Recomendação nº 91/2021<sup>20</sup> do CNJ prorrogou a vigência da Recomendação 62 até 31 de dezembro de 2021.

Por isso, ao menos até surgirem condições seguras para contornar os efeitos da pandemia da Covid-19, o regime fechado não aparenta ser a modalidade apropriada para o cumprimento da prisão civil do devedor de alimentos.

A prisão civil do devedor de alimentos, é uma medida coercitiva que existe para tentar buscar do mau pagador, por meio da coação, que ele pague a prestação da pensão alimentícia em atraso. Mas a prisão civil, é apenas um dos vários outros meios que existem de se buscar esse débito alimentar como será visto no presente trabalho, como a negativação do nome nos serviços de proteção ao crédito, a penhora, a restrição da (CNH), meios que podem ser requeridos pelo alimentado em casos de atraso ou inadimplemento da obrigação alimentícia do devedor.

A determinação de cumprimento da prisão em regime domiciliar dá ensejo a questionamentos importantes. A primeira questão diz respeito à inefetividade da medida: ao manter o preso em casa, como fica o objetivo de fazê-lo adimplir a dívida alimentar?

É Indiscutível que a decretação da prisão domiciliar perde seu caráter coercitivo, a considerar que grande parte da população está sob este mesmo regime, tendo em vista a

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm)> Acesso em: 17 out. 2021

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> BRASIL. *Recomendação n.º 91* de 15 de março de 2021. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785>> Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>20</sup> Ibid.

pandemia do Covid-19 e a necessidade de obediência às regras de isolamento social, questão que será abordada no capítulo seguinte.

## 2. DA EFETIVIDADE COERCITIVA DA MEDIDA

A execução da prisão civil, tipifica-se como uma circunstância apropriada à outorga de medidas estruturais, considerando-se a necessidade de proteção simultânea de diversos interesses em litígio, a existência de valores normativos amparados pelo texto constitucional (vida e saúde do alimentado e liberdade e saúde do alimentante) que estejam sendo vilipendiados e tiveram realçado o seu estado de desconformidade com a pandemia da covid-19, além da necessidade de concretização de uma nova organização funcional, com a formatação de uma política pública voltada a garantir um mínimo existencial ao credor de alimentos.

Para o adimplemento do crédito alimentar, dada a sua essencialidade, admitem-se ferramentas como o uso dos meios executivos típicos da prisão civil, conforme artigo 528<sup>21</sup> do CPC e o desconto em folha de rendimentos previsto nos artigos 833, §2º c/c 529, §3º do CPC..<sup>22</sup> Por meio da prisão civil, o Estado-Juiz busca, mediante pressão psicológica consubstanciada na ameaça de restrição da liberdade do devedor inescusável de alimentos, forma de coagi-lo ao cumprimento de sua obrigação, podendo ele ficar preso em regime fechado por até três meses.

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

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

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.<sup>23</sup>

Ainda que sejam utilizadas medidas coercitivas, a execução civil não visa a punir o devedor, sendo seu desiderato alcançar a satisfação do crédito, a atividade executiva deve ser útil a tal mister. Portanto, caso seja verificado que o meio executivo não tem o condão de direta ou indiretamente, realizar o cumprimento da obrigação, tal meio não deve ser utilizado.

<sup>21</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>22</sup> TARTUCE, Fernanda; NUNES, Leonardo Silva; ROCHA, Victor Fernando Muniz. *O dilema da prisão do devedor de alimentos em tempos de Covid-19*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/opiniaoprisao-devedor-alimentos-covid-19#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/opiniaoprisao-devedor-alimentos-covid-19#_ftn4). Acesso em: 06 mar. 2022.

Assim, fica constatado que a obrigação de prestar alimentos acabou ficando enfraquecida, já que a prisão domiciliar, em tempos de covid-19, deixou de ser forma de obrigar o devedor a pagar sua dívida. E o pior, apesar da atenuação da técnica pelos Poderes da República, não foi pensada em nenhuma política pública específica com a finalidade de resguardar a parte mais vulnerável da demanda, o alimentado, que ficou impedido de usar a sua ferramenta processual mais contundente para receber os devidos alimentos.

Os alimentados, que em geral são crianças e adolescentes continuam sofrendo com o recorrente inadimplemento, visto que o direito à liberdade e saúde do alimentante tem prevalecido sobre a subsistência e dignidade das crianças e adolescentes, apesar de serem a parte vulnerável da relação.

Se, de um lado, a determinação da lei, diante do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto da pandemia, por outro lado, a determinação de cumprimento da prisão em regime domiciliar dá oportunidade a questionamentos muito importantes.<sup>24</sup>

O primeiro ponto diz respeito à inefetividade da medida: ao manter o preso em casa, como fica o escopo de fazê-lo pagar a pensão alimentícia? Nessa nova configuração, a prisão não se afigura suficientemente coercitiva tendo em vista que em tempos de pandemia, as pessoas ficaram em casa para evitar a contaminação do vírus e para o preso não teria nenhuma coerção para forçar o cumprimento da obrigação alimentar.

Não é razoável trocar a prisão no regime fechado pelo confinamento em casa – o que, aliás, já é a realidade da maioria da população mundial, isolada no momento em favor do bem-estar de toda a coletividade

Diante do exposto, compreende-se o risco iminente de multiplicação de casos em que credores peticionem em juízo requerendo que devedores de alimentos sejam presos ante a perda de vigência da norma sobre regime domiciliar. A prisão domiciliar não representa medida eficaz apta a forçar o devedor de alimentos a quitar sua obrigação alimentar, além do indubitável fato de que o cumprimento da obrigação alimentícia só ocorre com o aviso da expedição do mandado de prisão.

Desse modo, mesmo que não sofra, de imediato, os efeitos da medida coercitiva, o devedor saberá que, ultrapassado o período da pandemia, estará sujeito à prisão em regime fechado caso não tenha realizado o pagamento da pensão alimentícia, nele incluídas as parcelas que se vencerem por todo o período.

---

<sup>24</sup> TARTUCE, Fernanda; NUNES, Leonardo Silva; ROCHA, Victor Fernando Muniz. *O dilema da prisão do devedor de alimentos em tempos de Covid-19*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/opiniao-prisao-devedor-alimentos-covid-19#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/opiniao-prisao-devedor-alimentos-covid-19#_ftn4). Acesso em: 06 mar. 2022.

Ao menos até surgirem circunstâncias seguras para contornar os efeitos sanitários da pandemia, o regime de prisão fechado não parece ser a modalidade apropriada para a execução da prisão do devedor de alimentos. Nessa medida, infelizmente, credores que acreditaram na suspensão da prisão do devedor de alimentos tenderão a se sentir frustrados diante da persistência do quadro. A criatividade para alcançar novas técnicas executivas, é um desafio para os advogados e as partes no momento da pandemia.

Devido o avanço da vacinação no país, houve uma flexibilização das normas de isolamento social pelos governos estaduais e municipais. Nessa conjuntura, já não se justifica a suspensão da prisão fechada para os devedores de pensão alimentícia, orientação que, no período mais grave da pandemia, impôs sacrifícios aos alimentandos aqueles que, de acordo com a Constituição, devem ter seus interesses atendidos com prioridade.

Desta forma, deve ser retomado o mecanismo extremo, mais eficaz para forçar o cumprimento da obrigação alimentar, de modo que não sacrifique os sujeitos de direito que devem ter seus interesses prioritários preservados.

### 3. A BUSCA DE OUTRAS MEDIDAS PARA A EFETIVAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DÍVIDA E A ATUAL SITUAÇÃO DA PANDEMIA NO PAÍS

Rolf Madaleno<sup>25</sup> conceitua que os alimentos, no âmbito jurídico, não se restringem àqueles referentes a nutrição da pessoa, uma vez que a expressão se designa as despesas do alimentando, o que inclui as necessidades básicas, como moradia, vestuário e atendimento médico. Assim, é compreensível que, independentemente do cenário socioeconômico em que o prestador de alimentos esteja inserido, o credor sempre carecerá da correta prestação alimentar.

Ainda que a rotina do alimentando tenha sido alterada em virtude dos métodos de prevenção da Covid-19, as necessidades como alimentação adequada, educação e, sobretudo, acesso a atendimentos de saúde, continuam sendo cuidados básicos e que necessitam ser atendidos.

Toda forma de negociação quando a prestação alimentar neste período, deve ser respaldada pelo oferecimento desses mínimos cuidados, que estão intimamente ligados com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>25</sup> MADALENO, Rolf. *Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios*. Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/obrigacao--dever-de-assistencia-e-alimentos-transitorios>. Acesso em: 13 mar.22.



Os alimentos são essenciais para a sobrevivência e dignidade daquele que os detém e sua prestação deve ser certa e periódica, porém, nem sempre isso acontece.

A prisão civil do devedor de alimentos em regime fechado, é uma técnica coercitiva que é vista, muitas vezes, como um modo de adimplemento da dívida<sup>26</sup>. Com o cenário da pandemia e com o advento da Recomendação 62/2020 do CNJ, pela qual estabelece a substituição da prisão em regime fechado do devedor de alimentos, pelo regime domiciliar, com o intuito de evitar a propagação da doença<sup>27</sup>.

A natureza da prisão civil não é punitiva, mas sim coercitiva e medidas diversas podem ser adotadas para o cumprimento da obrigação alimentar, são as medidas atípicas da execução. Numa situação de quarentena, a efetividade destas medidas são questionáveis. Para obter a satisfação do débito alimentar, os credores vêm tentando algumas medidas diversas da prisão, como por exemplo o pedido de desconto de um percentual do auxílio emergencial, aplicados pela justiça de Santa Catarina e de São Paulo.

Uma possibilidade de tentar o adimplemento da obrigação alimentar é o parcelamento ou a revisão dos valores acordados, numa ação revisional quando houver, de fato, ocorrido a alteração da possibilidade do pagamento de pensão. O parcelamento pode se dar até mesmo de forma extrajudicial.

A retirada da CNH e/ou do passaporte também foram medidas que os alimentados tentaram executar, mas não obtiveram muitos efeitos pois em tempos de isolamento e restrição social, esses documentos não teriam muita utilidade.

Devido a prisão civil sendo decretada no atual momento em regime domiciliar, o devedor poderá cumprir sua medida, no conforto de sua casa, com acesso a TV, internet, banho quente, há um grande o risco do devedor de alimentos não se importar muito com essa alteração feita na legislação mesmo que temporariamente, pois, muitos desses devedores são desempregados, autônomos, e a prisão civil no regime domiciliar não o afetará diretamente.

Ao contrário da prisão em regime fechado onde, o presídio, passa de certa forma, um medo para o devedor, tendo em vista que não é um lugar agradável, e a dosagem da pena pode chegar entre sessenta e noventa dias.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Manual de direito civil*; volume único, 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1410.

<sup>27</sup> BRASIL. *Resolução n. 62*, de 17 de março de 2020. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>28</sup> MOURA, Demétrius Marques de. *A prisão civil do devedor de alimentos em tempos de pandemia da covid-19*. Fundação Educacional de Lavras. Lavras, Minas Gerais, 2021, p. 35.

A substituição da prisão de regime fechado pela prisão domiciliar trouxe vários prejuízos para o ordenamento, de modo que, apesar dos esforços de assegurar a vida e a segurança do devedor, a coercibilidade da punição aplicada foi extremamente prejudicada, fazendo com que o devedor não se sentisse na obrigação de cumprir as prestações alimentícias, causando sérios danos ao menor.

O Conselho Nacional de Justiça atento aos avanços da vacinação, da flexibilidade das regras do isolamento social e da prioridade da subsistência alimentar de crianças e adolescentes, aprovou na 95ª Sessão do Plenário Virtual, recomendação orientando que os juízes decretem a prisão civil dos devedores de pensão alimentícia, em especial daqueles que se recusam a se vacinar para adiar o pagamento da dívida.

Destarte, cita-se a notícia divulgada no portal do CNJ do internet ao divulgar a Resolução <sup>29</sup>:

Consideramos a importância fundamental dos alimentos, o longo período de espera dos credores da verba alimentar – que são crianças e adolescentes –, o avanço da imunização nacional, a redução concreta dos perigos causados pela pandemia e o inegável fato de que o cumprimento da obrigação alimentícia só ocorre com o anúncio da expedição do mandado prisional”, argumentou o conselheiro Luiz Fernando Keppen, relator da norma.

“Crianças e adolescentes continuam sofrendo com o recorrente inadimplemento, porquanto o direito à liberdade e saúde do devedor tem prevalecido sobre a subsistência e dignidade das crianças e adolescentes, muito embora sejam a parte vulnerável da relação”, justificou o relator.

Em março de 2020, o CNJ recomendava aos magistrados com competência civil que ponderassem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, para evitar os riscos de contaminação e de disseminação da Covid-19 no sistema prisional.

Em junho do ano passado, o Congresso Nacional publicou a Lei 14.010, sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus.

O texto determinava que até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia deveria ser cumprida exclusivamente em modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das obrigações.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), contudo, observou que a prática causou aumento da inadimplência e, após a vigência da Lei, a Corte possibilitou alternativas à prisão domiciliar que não fosse o regime fechado.

Agora, a nova recomendação do CNJ (Ato Normativo 0007574-69.2021.2.00.0000) sugere aos magistrados dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal que considerem o contexto epidemiológico local, o calendário de vacinação do município de residência do devedor, a situação concreta do contágio da população carcerária local e a eventual recusa do devedor em vacinar-se, como forma de postergar o cumprimento da obrigação alimentícia.

A prisão domiciliar não configura medida eficaz apta a constranger o devedor de alimentos a quitar sua dívida e o inegável fato de que o cumprimento da obrigação alimentícia só ocorre com o anúncio da expedição do mandado prisional [...].

---

<sup>29</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ recomenda retomada de prisão de devedor de pensão alimentícia*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-recomenda-retomada-de-prisao-de-devedor-de-pensao-alimenticia>. Acesso em 12 mar. de 2022.

Não obstante estarmos vivendo em um cenário de pandemia, é nítida a retomada das atividades econômicas, comerciais, sociais, culturais e de lazer, principalmente em razão do avanço na aplicação das vacinas. Visto que os avanços da vacinação e a adoção de medidas em prol da flexibilidade das regras aplicadas no período de isolamento social, através do novo entendimento adotado pelo STJ, que não mais existem razões humanitárias e de saúde pública que fundamentaram a suspensão do cumprimento das prisões civis de devedores de da obrigação alimentar.

O Ministro Moura Ribeiro destacou que é importante retornar o uso da medida coativa da prisão civil em regime fechado, que se mostra, sem nenhuma dúvida, um meio eficaz para obrigar o devedor de alimentos a adimplir com as obrigações assumidas, complementando que as medidas adotadas pela Justiça nesse período não se mostraram proveitosas.

Assim sendo, advertiu que os alimentandos foram os grandes prejudicados com o contexto da pandemia, pois permaneceram por muito tempo aguardando essa mudança de cenário, sem receber as verbas essenciais para uma sobrevivência digna. Acompanhando o relator, o colegiado manteve a decisão de tribunal estadual reestabelecendo a prisão no regime fechado no âmbito de cumprimento de sentença em ação de cobrança de alimentos.

Por isso, a decretação da prisão civil dos devedores de alimentos voltou a ser admitida, sem prejuízo da possibilidade de eventual preenchimento de formulário adequado para fins de verificação do atual quadro médico, com o propósito de avaliar as atuais e reais condições físicas e médicas do devedor de alimentos antes de adentrar ao presídio.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o trabalho objetivou demonstrar que em virtude da Pandemia da Covid-19, os governos adotaram uma série de medidas de restrições e isolamentos com o intuito de conter a transmissão da doença.

É possível especificar os alimentos e provar que eles têm um enorme significado para a vida humana com dignidade. A importância e as características foram verificadas cuidadosamente e, dada sua relevância para a vida pessoal, alguém explicou a obrigação de prover pessoas físicas. Foi destacado que deve haver três itens de alimentos nesta obrigação, a demanda por alimentos, a probabilidade do comedouro e a proporção de alimentos fornecidos.

Entre as pessoas presas houve uma grande aflição, tendo em vista que os presídios brasileiros vivem uma grande precariedade de higiene com uma superlotação carcerária, o que seria um ambiente muito propício para a propagação do vírus rapidamente. Desse modo, o



Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 62/2020, orientou os Tribunais e magistrados a adotarem medidas preventivas à propagação do vírus da Covid-19 no sistema prisional penal e socioeducativo, como a decretação da prisão domiciliar aos devedores das pensões alimentícias.

Assim, fica constatado que a obrigação alimentar acabou ficando esvaziada, já que a prisão domiciliar, em tempos de covid-19, deixou de ser forma de forçar o devedor a pagar sua dívida alimentícia. E, apesar da atenuação da técnica pelos Poderes da República, não se pensou em política pública específica com a finalidade de proteger a parte vulnerável da demanda, o credor de alimentos, que ficou impedido de usar a sua ferramenta processual mais contundente para alcançar o pagamento da pensão alimentícia para sua sobrevivência.

Logo, algumas medidas diversas da prisão no regime fechado foram estudadas ao longo do artigo para concretizar o recebimento da dívida, dentre elas menciona-se a possibilidade da tentativa de realizar um acordo de parcelamento ou revisão dos valores devidos, em alguns casos a retirada da CNH e/ou do passaporte foram realizadas, dentre outras.

O resultado desta realidade é exigência de reinvenção e criatividade de todos os envolvidos, tanto as partes precisam se reinventar utilizando-se da criatividade para pleitear novas medidas executivas que possam satisfazer os seus direitos, quanto o próprio Poder Judiciário precisa se reinventar para prover da melhor forma a tutela do direito pleiteado ao jurisdicionado.

Devido ao avanço da vacinação no país, os governos estaduais e municipais realizaram a flexibilização das normas de isolamento social. Nesse cenário, já não se justifica a suspensão da prisão com regime fechado para os devedores de pensão alimentícia, diretriz que, no período mais grave da pandemia, impôs sacrifícios aos alimentandos que, segundo a Constituição Federal, devem ter seus interesses atendidos com prioridade.

Na atualidade, a nova recomendação do CNJ sugere aos magistrados que diante de pedidos de decretação de prisão considerem o contexto epidemiológico local, o calendário de vacinação do Município de residência do devedor de alimentos, a situação real do contágio da população carcerária local e a eventual recusa do devedor em tomar vacina, como meio de atrasar o cumprimento da obrigação alimentícia.

Conclui-se que a decretação da prisão domiciliar aos devedores de pensão alimentícia nos tempos da pandemia da Covid-19 dificultou o recebimento das prestações alimentícias, mas infelizmente foi uma medida necessária para conter o avanço da doença no país.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 21 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *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: 21 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm). Acesso em: 17 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Resolução n. 62*, de 17 de março de 2020. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em: 17 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC 561.257-SP*, Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863739852/habeas-corpus-hc-561257-sp-2020-0033400-1> Acesso em 17 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC 574.495-SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868173449/habeas-corpus-hc-574495-sp-2020-0090455-1/inteiro-teor-868173457?ref=juris-tabs>> Acesso em: 17 out. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Como fica a prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da Covid-19*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/dcae59eb2aed882ae1452bf903cb8263>>. Acesso em: 21 set. 2021.

FIGUEIREDO, Larissa de Paula Xavier de. *Prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da Covid-19*. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56119/priso-civil-do-devedor-de-alimentos-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 21 set. 2021.

TARTUCE, Fernanda. NUNES, Leonardo Silva. ROCHA, Victor Fernando Muniz. *O dilema da prisão do devedor de alimentos em tempos de Covid-19*. Acesso em: 21 set. 2021.

## A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NO CONTEXTO DA MULTIPARENTALIDADE

Juliana Soares Sobral

Graduada pela Universidade Candido Mendes- Campus Centro. Advogada.

**Resumo** – a parentalidade socioafetiva, amplamente aceita no atual ordenamento jurídico quando preserva o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, consiste na existência de vínculos parentais que extrapolam os laços sanguíneos, sendo pautados primordialmente no afeto. Em razão disso, surge o instituto da multiparentalidade, que permite a concomitância da parentalidade biológica com a socioafetiva, surgindo aqui direitos e deveres inerentes ao poder familiar. Uma das principais questões discutidas no instituto diz respeito a questão da obrigação alimentar, de modo que o presente trabalho possui como intuito principal analisar como ocorre o dever de prestar alimentos quando a criança ou adolescente encontra-se diante da dupla maternidade ou paternidade.

**Palavras chaves** – Direito de Família. Poder Familiar. Multiparentalidade. Alimentos.

**Sumário** – Introdução. 1. A multiparentalidade no âmbito da evolução social do instituto da família. 2. A repercussão patrimonial do instituto da multiparentalidade. 3. Alimentos na multiparentalidade: análise doutrinária e jurisprudencial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a questão da obrigação alimentar que os pais possuem com os filhos, nos moldes dos arts. 1.694 do Código Civil e 229 da Constituição Federal, no âmbito da multiparentalidade, que se mostra presente quando a criança ou adolescente encara mais de uma pessoa como pai ou mãe, sendo esta relação criada em decorrência de vínculos afetivos que extrapolam os laços sanguíneos. O trabalho encontra-se dividido em três capítulos para uma melhor compreensão do tema.

No primeiro capítulo do presente artigo busca-se analisar o instituto da multiparentalidade com enfoque no emblemático Recurso Extraordinário 898.060/SC, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a paternidade socioafetiva não exime a paternidade do pai biológico. O presente capítulo mostra a evolução ocorrida no Direito de Família nos últimos anos, de modo que se analisa como os novos arranjos familiares influenciaram no surgimento da parentalidade socioafetiva, os efeitos jurídicos de seu reconhecimento e se há prevalência desta em detrimento da parentalidade biológica.

Já no segundo capítulo, o trabalho mostra que a multiparentalidade não está atrelada somente ao vínculo registral, de modo que nessa oportunidade será possível observar sua



repercussão nos institutos já consagrados no Direito de Família e no Direito Sucessório, como guarda, poder familiar e herança, levando-se em consideração que a Constituição Federal de 1988 veda qualquer tipo de discriminação no âmbito da filiação.

Finalmente, no terceiro capítulo, é feita uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da obrigação alimentar no contexto da multiparentalidade. Nesse sentido, o trabalho busca esclarecer como os Tribunais Brasileiros têm decidido acerca da obrigação alimentar nos casos em que o instituto da multiparentalidade se mostra presente, de forma a tutelar o melhor interesse da criança e do adolescente. Além disso, é analisada também a possibilidade de os pais socioafetivos serem obrigados a prestar alimentos ainda que os pais biológicos não tenham sido destituídos do poder familiar. Por fim, discute-se ainda a possibilidade de aplicação do princípio da solidariedade familiar, a fim de imputar a responsabilidade de prestar alimentos a ambos os pais, biológico e socioafetivo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora elege um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para a análise do objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Dessa maneira, a pesquisa busca analisar como a obrigação alimentar vem sendo aplicada no contexto da multiparentalidade.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto a pesquisadora se vale de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa.

## 1. A MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO DA EVOLUÇÃO SOCIAL DO INSTITUTO DA FAMÍLIA

Durante muito tempo a sociedade viveu sob a égide do pátrio poder, contexto social em que o homem/pai era considerado a autoridade máxima da família, de modo que seus filhos e sua esposa estavam subordinados às suas escolhas. A relação da família era pautada no autoritarismo e no exercício unitário por parte do genitor, pois o homem era considerado o provedor da família, responsável pelo sustento e tomada de decisões desta<sup>1</sup>, a mulher ficava encarregada de todos os cuidados com a casa, marido e filhos e não existia uma lei que buscasse proteger as crianças, que

---

<sup>1</sup>ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 8.ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 485.

muitas vezes eram tratadas como objeto, não possuindo nenhum direito que as amparassem<sup>2</sup>. Nesse período, só poderiam ser reconhecidos como filhos a prole advinda do casamento entre um homem e uma mulher<sup>3</sup>, o que se mostrava bastante discriminatório para eventuais filhos concebidos em desconformidade com o padrão de família reconhecido naquela época.

Nas décadas de 1960 e 1970 a sociedade passa a experimentar mudanças sociais e legislativas que deram ensejo aos modelos familiares atuais. As mulheres passaram a utilizar métodos contraceptivos, com intuito de obter um melhor planejamento familiar, e a buscar sua autonomia financeira, para que a submissão ao marido não fosse mais algum comum no ambiente doméstico. Com relação as mudanças legislativas, que também se mostraram importantes para a emancipação feminina, foi promulgado, em 1962, o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62<sup>4</sup>, que determinou a plena capacidade da mulher casada, inclusive de gerir bens adquiridos por meio de sua força de trabalho, e em 1977, por meio da Lei nº 6.515/77<sup>5</sup>, foi aprovado o divórcio no Brasil, embora o instituto ainda encontrasse bastante resistência por parte de alguns doutrinadores e da Igreja<sup>6</sup>.

Apesar disso, as mudanças mais significativas ocorreram com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>7</sup>, que dispôs em seu art. 226, *caput*, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O referido diploma legal buscou uma valorização da pessoa humana, tendo em vista que reconheceu de maneira explícita novos modelos de famílias, como as criadas em decorrência de união estável e as monoparentais, que são as famílias em que somente um dos pais encontram-se na titularidade do vínculo familiar, trouxe a igualdade entre homens e mulheres e garantiu que os filhos advindos da adoção ou de fora do casamento teriam os mesmos direitos daqueles concebidos na constância deste. Essas mudanças influenciaram também o Código Civil de 2002<sup>8</sup>, que, nos moldes dos arts. 1.630 a 1.638, deixa de adotar a expressão “pátrio poder” e

---

<sup>2</sup>Ibid., p. 487.

<sup>3</sup>Ibid., p. 388.

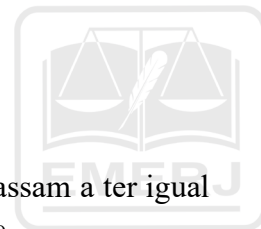
<sup>4</sup>BRASIL. *Lei nº 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/14121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2022.

<sup>5</sup>BRASIL. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2022.

<sup>6</sup>ROSA, op. cit., p. 51-54.

<sup>7</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 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 out. 2021.

<sup>8</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2022.



passa a utilizar a expressão “poder familiar”, de modo que homens e mulheres passam a ter igual responsabilidade pela educação, cuidados e desenvolvimento dos filhos menores.<sup>9</sup>

É importante mencionar que em razão da evolução social das famílias, novos modelos surgiram, sendo também reconhecidos e protegidos pela Constituição Federal, só que de maneira implícita, como é o caso da multiparentalidade<sup>10</sup>, objeto de estudo do presente trabalho.

A multiparentalidade, hoje reconhecida como uma forma de filiação, consiste no fato social em que a criança ou o adolescente encara mais de uma pessoa como pai ou mãe, sendo esta relação criada em decorrência de vínculos afetivos que extrapolam os laços sanguíneos, sendo um instituto que já se encontra consolidado na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros<sup>11</sup>. É plausível falar que se trata de um instituto que traz o afeto enquanto um valor jurídico, buscando preservar o melhor interesse da criança e do adolescente enquanto descendente. Logo, se restar comprovado que os pais buscam o reconhecimento da multiparentalidade apenas para benefício próprio, o pleito não deverá ser acolhido. Por ser mais do que um fato social e envolver afeto, cuidado e amor, o indivíduo pode requerer que em seus documentos constem os nomes de todos os pais, biológicos e socioafetivos.<sup>12</sup>

Por se tratar de um tema ainda recente, algumas questões foram incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio de decisões judiciais. Nesse sentido, mostra-se importante observar o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SC<sup>13</sup>, que se deu em sede de repercussão geral, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica”. O Ministro Relator, Luiz Fux, fundamentou sua decisão no princípio da dignidade da pessoa humana, na vedação à discriminação relativa à filiação e no princípio da paternidade responsável, trazidos, respectivamente, pelos arts. 1º, III e 227, §§ 6º e 7º, todos da Constituição Federal<sup>14</sup>.

Diante disso, surge um importante questionamento: a parentalidade socioafetiva prevalece sobre a parentalidade biológica? Conforme já explicitado, a legislação contemporânea busca

---

<sup>9</sup>ROSA, op. cit., p. 58.

<sup>10</sup>Ibid., p. 242.

<sup>11</sup>Ibid., p. 424.

<sup>12</sup>Ibid., p. 425-427.

<sup>13</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>14</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

preservar o melhor interesse da criança, logo, se ela reconhece duas pessoas na qualidade de pai ou mãe, sendo essa relação pautada no afeto, e as duas pessoas exercem legalmente os atributos inerentes ao poder familiar, não há o que se falar em prevalência, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal decidiu que a paternidade socioafetiva não exime a paternidade do pai biológico<sup>15</sup>.

Nesse sentido, importante trazer também para o presente artigo decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>16</sup>, que, em conformidade com o julgamento do STF e com o princípio do melhor interesse da criança, entendeu que não existe prevalência entre as modalidades parentais ora discutidas:

[...] 4. Aproximação entre a criança e o pai biológico - citada pela genitora e constante das razões recursais do ora apelante - que não dá azo à exclusão da paternidade registral, uma vez que destoa do conjunto probatório dos autos e, ainda, considerando-se a orientação da Suprema Corte de que, diante da presença concomitante de vínculos estabelecidos por relação afetiva e de oriundos de ascendência biológica, não se impõe a prevalência de um sobre o outro, mas o reconhecimento jurídico de ambos, seguindo a ratio essendi do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do REExt. n. 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 24/8/2017. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Desse modo, é possível concluir que a multiparentalidade surge no ordenamento jurídico brasileiro em razão da evolução social vivenciada pelo instituto da família nos últimos anos, que as legislações existentes estão aptas a ampará-la e que, estando em conformidade com o melhor interesse do descendente, os Tribunais Brasileiros já a reconhecem, motivo pelo qual não há o que se falar em prevalência da parentalidade biológica sobre a socioafetiva ou vice-versa.

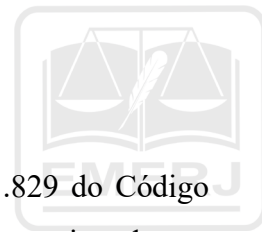
## 2. A REPERCUSSÃO PATRIMONIAL DO INSTITUTO DA MULTIPARENTALIDADE

A socioafetividade e a multiparentalidade, indiscutivelmente, são institutos pautados primordialmente no afeto. Ocorre que o reconhecimento da multiparentalidade, objeto de estudo do presente trabalho, também traz consequências patrimoniais para as relações familiares, como no âmbito sucessório e na guarda de filhos menores, por exemplo.

---

<sup>15</sup>ROSA, op. cit., p. 425.

<sup>16</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0026182-65.2014.8.19.0054*. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3926548&PageSeq=1>>. Acesso em: 10 out. 2021.



Quando alguém falece deixando herdeiros deve ser observado o art. 1.829 do Código Civil<sup>17</sup>, que dispõe a ordem da sucessão legítima, ocasião em que podem ser mencionados os descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e parentes colaterais.

Primeiramente, importa destacar que a sucessão enquanto fenômeno jurídico consiste na substituição do sujeito ou do objeto de uma relação jurídica. Sendo assim, o direito das sucessões rege as relações jurídicas que se formam em decorrência da morte de alguém.<sup>18</sup>

Nesse contexto, pode surgir o seguinte questionamento: a pessoa que possui dois pais ou duas mães, biológico(a) e socioafetivo(a), pode concorrer a herança de ambos(as) ou deve optar por apenas uma delas? Em conformidade com orientação doutrinária, em tese, os efeitos sucessórios decorreriam somente de uma delas, de modo que o indivíduo herdaria de seu pai/mãe e não de seu genitor(a), tal como ocorre no procedimento de adoção.<sup>19</sup>

Ocorre que, visando resguardar os direitos inerentes ao instituto da multiparentalidade, surge o Enunciado 632 da VII Jornada de Direito Civil<sup>20</sup>, dispondo que “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”, entendimento este que deve servir de parâmetro para os julgamentos dos Tribunais de Justiça.

Desse modo, as relações sucessórias devem ser tratadas igualmente, sejam elas decorrentes da parentalidade biológica, socioafetiva ou multiparental.

Outra questão importante que deve ser analisada no presente trabalho é que o direito sucessório no contexto da multiparentalidade não regula somente o direito que o filho socioafetivo tem de receber a herança de seu pai ou mãe falecidos, tratando também de outras questões, como por exemplo o direito de serem seus sucessores nas relações jurídicas patrimoniais, ou seja, naquelas que possuem natureza econômica, de modo que haverá uma transmissão não só dos direitos, como também das obrigações, do falecido aos seus sucessores. Importa destacar que o mesmo entendimento não se aplica na esfera das relações jurídicas personalíssimas, cujo direito se extingue com a morte de seu titular.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>18</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1967-1968.

<sup>19</sup>Ibid., p. 2047.

<sup>20</sup>BRASIL. Conselho da Justiça Federal. VII Jornada de Direito Civil. *Enunciado n° 632*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1162>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

<sup>21</sup>FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1969.

Para exemplificar a ideia exposta no último parágrafo, há decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>22</sup> no sentido de que não há óbice para que as filhas socioafetivas de autor que faleceu no trâmite do processo possam sucedê-lo em ação indenizatória, porém a parentalidade socioafetiva já deve ter sido reconhecida anteriormente, não podendo ser declarada como incidente do referido processo:

[...] A RESPEITO DA SUCESSÃO DOS DESCENDENTES, SABE-SE QUE O STF, ANALISANDO A REPERCUSSÃO GERAL SOBRE A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA FIRMOU A SEGUINTE TESE: "A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DECLARADA OU NÃO EM REGISTRO, NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO CONCOMITANTE, BASEADO NA ORIGEM BIOLÓGICA, COM EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS" (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060/SC, COM REPERCUSSÃO GERAL, RELATOR MINISTRO LUIZ FUX). O JULGAMENTO PROFERIDO PELA CORTE SUPERIOR RECONHECEU A MULTIPARENTALIDADE, ENTENDENDO A SOCIOAFETIVIDADE COMO FORMA DE PARENTESCO CIVIL EM POSIÇÃO DE IGUALDADE AO PARENTESCO BIOLÓGICO, PODENDO SER RECONHECIDO PARA FINS SUCESSÓRIOS. CONTUDO, A DECISÃO AGRAVADA NÃO MERECE REFORMA, PORQUANTO A COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO NÃO DISPENSA A PRODUÇÃO E ANÁLISE DE PROVAS, NÃO PODENDO SER DECLARADA DE FORMA INCIDENTAL NOS AUTOS PRINCIPAIS, COMO PRETENDIDO PELAS RECORRENTES. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Outra questão importante que reflete no instituto da multiparentalidade diz respeito a guarda de filhos menores. A doutrina de Conrado Paulino da Rosa<sup>23</sup> conceitua a guarda como a parcela de responsabilidade que cada um dos pais possui na vida dos filhos, independentemente de possuírem ou não uma boa relação entre si. O instituto da guarda envolve os deveres que os pais têm com os filhos, conforme pode ser observado no art. 1.634 do Código Civil<sup>24</sup>. O referido dispositivo legal, entre outras atribuições, menciona que é dever de ambos os pais a criação e a educação dos filhos e o exercício da guarda. É importante mencionar que se o exercício do poder familiar ocorrer de maneira negligente, os pais podem ser compelidos a indenizar os filhos, seja de forma pessoal ou material.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0020650-05.2019.8.19.0000*. Relatora: Des(a) Sandra Santarém Cardinali. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3897908&PageSeq=1>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

<sup>23</sup>ROSA, op. cit., p. 532.

<sup>24</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>25</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2021 p. 310.





Atualmente, por conta da Lei nº 13.058/14<sup>26</sup>, que surgiu em decorrência da evolução social dos modelos de família, alterando o Código Civil, a guarda compartilhada, situação em que ambos os pais convivem com os filhos de maneira equilibrada, sendo igualmente responsáveis pelas prerrogativas inerentes ao poder familiar, deve ser regra, tendo em vista que estas não se extinguem com o término do casamento ou da união estável<sup>27</sup>. Nesse sentido, importante observar o art. 1.584, § 2º, do Código Civil<sup>28</sup>, este que preconiza que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Embora a lei trate da guarda compartilhada exercida pelos pais da criança ou adolescente, é possível encontrar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que o instituto pode ser aplicado também para terceiros, com a presença ou não de ambos os genitores, quando restar demonstrado o respeito ao melhor interesse da criança ou adolescente. Um exemplo para a situação descrita seria um caso de guarda compartilhada entre os pais e a avó, ou até mesmo entre pai e padrasto, quando comprovado que essa situação preserva o bem-estar daquele que está sob guarda.<sup>29</sup>

Dessa forma, levando em consideração a ampla aceitação da socioafetividade no âmbito das famílias<sup>30</sup>, pode-se concluir que não há óbice para que a guarda compartilhada se mostre presente no instituto da multiparentalidade, quando tal situação estiver em consonância com o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente envolvido.

---

<sup>26</sup>BRASIL. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2022.

<sup>27</sup>DIAS, op. cit., p. 308.

<sup>28</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>29</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA-IBDFAM. *Os efeitos da guarda compartilhada com terceiros no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1702/Os+efeitos+da+guarda+compartilhada+com+terceiros+no+ordenamento+jur%C3%ADico+brasileiro>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

<sup>30</sup>DIAS, op. cit., p. 232.

### 3. ALIMENTOS NA MULTIPARENTALIDADE: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

A obrigação alimentar encontra fundamento legal no art. 1.694, *caput*, do Código Civil<sup>31</sup>, que preceitua a ideia de que os parentes podem pedir alimentos uns aos outros para manter a sua subsistência. O exercício do poder familiar traz para os pais a obrigação de sustentar os filhos, surgindo daí a obrigação da prestação de alimentos. Importante mencionar que, embora a nomenclatura utilizada seja “alimentos”, o valor também deve ser destinado para outros itens necessários para o desenvolvimento da criança ou adolescente, como vestuário, lazer e educação<sup>32</sup>, por exemplo. A obrigação em tela possui previsão legal em diversos diplomas, no art. 229 da Constituição Federal<sup>33</sup>, no art. 1.568 do Código Civil<sup>34</sup>, bem como no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>35</sup>, que, em suma, dispõem que incumbe aos pais a responsabilidade de sustento, guarda e educação dos filhos, sendo importante pontuar que as necessidades deles, enquanto crianças e adolescentes, são de caráter presumido<sup>36</sup>.

Buscando um conceito doutrinário<sup>37</sup>, pode-se falar então que a obrigação alimentar consiste na “obrigação imposta àqueles a quem a lei determina que prestem o necessário para a manutenção do outro”, de modo que se possa garantir a sobrevivência daquele que se configura como dependente, na hipótese do presente trabalho o filho criança ou adolescente.

O dever de prestar alimentos decorre dos laços de parentalidade construídos entre os membros de uma mesma família, independentemente de sua origem, se oriundos do casamento, união estável, famílias homoafetivas ou multiparentais<sup>38</sup>, esta última objeto principal de estudo do presente trabalho.

O art. 1.593 do Código Civil<sup>39</sup> dispõe que o parentesco pode ser de ordem natural ou civil, podendo resultar dos laços sanguíneos ou de outra origem, de modo que pelo termo “outra origem” é possível estabelecer que o parentesco civil também abrange as filiações que não decorrem da

<sup>31</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>32</sup>DIAS, op. cit., p. 778-779.

<sup>33</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>34</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

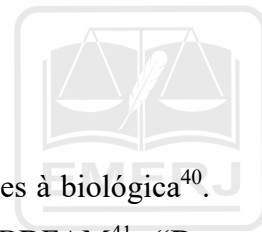
<sup>35</sup>BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2022.

<sup>36</sup>ROSA, op. cit., p. 667.

<sup>37</sup>Ibid., p. 614.

<sup>38</sup>DIAS, op. cit., p. 779.

<sup>39</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.



origem biológica, sendo atribuídas a estas todos os direitos e obrigações inerentes à biológica<sup>40</sup>. Importa mencionar que esse também é o entendimento do Enunciado 6 do IBDFAM<sup>41</sup>: “Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.” Por fim, também se mostra importante para o presente trabalho a menção ao Enunciado 341 da IV Jornada de Direito Civil<sup>42</sup>, que possui o seguinte teor: “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”. Para um melhor entendimento do tema, importante destacar que o mencionado artigo<sup>43</sup> preconiza que a obrigação alimentar deve ser recíproca entre pais e filhos, sendo extensiva a todos os descendentes, “recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Sendo assim, não restam dúvidas de que os pais socioafetivos possuem a obrigação legal de efetuar o pagamento de alimentos aos filhos, tendo em vista ser uma obrigação decorrente do poder familiar. O questionamento principal aqui é o seguinte: a criança/adolescente poderá pleitear alimentos simultaneamente ao pai/mãe socioafetivo (a) e aos biológicos? Em conformidade com a doutrina de Maria Berenice Dias<sup>44</sup>, é possível que a criança ou o adolescente pleiteie alimentos de ambos os pais, devendo ser observado o trinômio da necessidade do alimentando, a possibilidade do alimentante e a proporcionalidade entre os dois últimos requisitos, onde deve ser considerado de maneira primordial o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente envolvido. Nesse sentido, cabe mencionar também que a obrigação alimentar não possui caráter solidário, de modo que os valores estabelecidos para cada pai ou mãe podem variar, tendo como parâmetro a capacidade financeira de cada um deles.

Com relação à temática abordada no último parágrafo, há recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>45</sup> no sentido da possibilidade de cumulação do pedido de alimentos entre pai socioafetivo e biológico, mencionando inclusive a necessidade presumida de alimentos dos filhos menores:

---

<sup>40</sup>ROSA, op. cit., p. 672.

<sup>41</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA-IBDFAM. *Enunciados do IBDFAM*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>42</sup>BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 341*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>43</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>44</sup>DIAS, op. cit., p. 814.

<sup>45</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0134337-30.2014.8.19.0001*. Relatora: Des(a) Cristina Tereza Gaulia. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/VisualizaEmentas.aspx?CodDoc=4536505&PageSeq=0>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

Apelação cível. Ação de alimentos. Princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança/adolescente que devem ser preservados. Art. 227, caput, da CF/88 c/c art. 3º da Lei nº 8.069/90. Direitos dos filhos de receberem alimentos de seus pais à inteligência do art. 1694 CC. Binômio necessidade versus possibilidade. Art. 1694 §º 1 CC. Filhas crianças do alimentante que tem necessidades presumidas de alimentação, vestuário, educação e lazer. Alimentante que é pai socioafetivo de uma das filhas. Pai socioafetivo e pai biológico que devem prestar alimentos. Redução para metade dos valores fixados em relação à menor filha biológica do réu, pois conta com outros provedores inclusive a genitora e pai biológico. Redução dos valores fixados para adequar a nova situação de multiparentalidade. Reforma parcial da sentença. Recurso provido.

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina<sup>46</sup>, admitindo a viabilidade do reconhecimento da multiparentalidade e a fixação de alimentos na mesma demanda judicial:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA A GENITORA E O PAI SOCIOAFETIVO. PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA). PATERNIDADE BIOLÓGICA DO AUTOR COMPROVADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MAGISTRADO QUE ENTENDEU PELA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECURSO DO DEMANDANTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. VIABILIDADE. RECONHECIMENTO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO DA DUPLA PARENTALIDADE. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO COM A MANUTENÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE NÃO EXCLUI O BIOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE AMBOS. PREVALÊNCIA INTERESSE DA CRIANÇA. TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A PEDIDO DO AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Cabe mencionar ainda a possibilidade de os filhos serem obrigados a prestar alimentos aos pais idosos, obrigação esta que decorre dos arts. 229, já mencionado no presente capítulo, e 230, ambos da Constituição Federal<sup>47</sup>, que trazem a ideia de que os filhos possuem o dever de amparar os pais na velhice. Ocorre que, diferente do que acontece com as crianças e adolescentes, o idoso deve demonstrar que carece de recursos financeiros para que seus filhos sejam obrigados a lhe prestar alimentos<sup>48</sup>. Levando em consideração que a declaração da multiparentalidade acarreta o reconhecimento de todos os direitos e deveres inerentes a filiação, não há óbice em falar que os filhos socioafetivos podem ser compelidos ao pagamento de alimentos aos seus pais, independentemente da existência concomitante da filiação biológica.

<sup>46</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 0302674-93.2015.8.24.0037*. Relator: Des. Saul Steil. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569422736/apelacao-civel-ac-3026749320158240037-joacaba-0302674-9320158240037/inteiro-teor-569422758>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

<sup>47</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>48</sup>ROSA, op. cit., p. 679.



Desse modo, é possível concluir que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Brasileiros se mostram favoráveis a aplicação da obrigação alimentar no contexto da multiparentalidade, desde que preservado o melhor interesse dos indivíduos envolvidos.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, analisar como se dá a obrigação alimentar, que possui fundamento legal no art. 1.694 do Código Civil, no contexto da multiparentalidade, que ocorre quando a pessoa reconhece mais de uma pessoa na qualidade de pai ou mãe, sendo essa relação criada em decorrência de vínculos afetivos.

Primeiramente, foi realizada uma análise histórica acerca do instituto da família, que sofreu mudanças significativas ao longo das últimas décadas. Durante muito tempo a sociedade viveu sob a égide do pátrio poder, contexto social em que o homem era o único responsável por prover as despesas da casa, bem como por decidir as questões relacionadas a seus filhos e sua esposa. Na década de 1970 já foi possível observar pequenas mudanças no âmbito familiar, tendo em vista a aprovação do Estatuto da Mulher Casada e da Lei do Divórcio. Porém, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 foi reconhecida legalmente a igualdade entre homens e mulheres no tocante a criação dos filhos. Buscando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, o referido diploma legal também trouxe proteção jurídica para os novos modelos de família e para os filhos advindos de fora do casamento. Ainda dentro da questão legislativa, é importante falar do Código Civil de 2002, que abandona o uso da expressão “pátrio poder”, passando a adotar o termo “poder familiar”.

Em decorrência da evolução dos modelos de família, surge a parentalidade socioafetiva, que dá ensejo ao instituto da multiparentalidade. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SC, firmou entendimento em tese de repercussão geral no sentido de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica”. Desse modo, concluiu-se que, preservado o melhor interesse dos envolvidos, não há óbice para o reconhecimento da multiparentalidade, bem como não há o que se falar em prevalência da parentalidade biológica sobre a socioafetiva ou vice-versa.



O trabalho em tela buscou analisar também a repercussão patrimonial do instituto da multiparentalidade. Embora a parentalidade socioafetiva seja pautada primordialmente no afeto, é importante mencionar que ela traz direitos e obrigações inerentes ao poder familiar. Desse modo, é possível falar, por exemplo, que os filhos socioafetivos possuem o direito de receber herança de seus pais, sendo vedado que ocorra qualquer espécie de discriminação entre os filhos socioafetivos e biológicos. Os filhos socioafetivos também podem figurar como sucessores de seus pais em ações judiciais que não possuam natureza personalíssima, logo, mostra-se viável que figurem como sucessores em uma ação indenizatória, por exemplo. Já no que diz respeito a obrigação que os pais possuem com os filhos enquanto crianças e adolescentes, é importante pontuar que, visando o melhor interesse de todos os envolvidos, não há óbice para que o instituto da guarda compartilhada se mostre presente nos casos de multiparentalidade.

Finalmente, no terceiro capítulo do trabalho, pontuou-se que embora o termo utilizado seja “alimentos”, a obrigação alimentar abrange outras despesas inerentes à criança e ao adolescente, como lazer, educação e vestuário. Por intermédio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais restou comprovado que ambos os pais, biológico e socioafetivo, podem ser compelidos simultaneamente a efetuar o pagamento de alimentos em favor dos filhos, devendo ser respeitado o trinômio da necessidade do alimentando, da possibilidade do alimentante e da proporcionalidade entre os dois últimos requisitos, sempre em prol do melhor interesse da criança ou adolescente envolvido. Consoante entendimento jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros, concluiu-se também que em uma mesma ação judicial pode ser reconhecida a parentalidade socioafetiva e desde logo ser determinada a obrigação de prestar alimentos. Cabe mencionar ainda que em decorrência da multiparentalidade, é viável que os filhos possuam a obrigação de amparar seus pais na velhice, independentemente da existência concomitante da filiação biológica.

Desse modo, é possível concluir que, embora não exista uma legislação específica que trate acerca da obrigação alimentar na multiparentalidade, a doutrina e os Tribunais Brasileiros entendem que a parentalidade socioafetiva enseja o pagamento de alimentos, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, ainda que concomitantemente esteja presente a filiação biológica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 05 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 341*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. VII Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 632*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1162>. Acesso em: 07 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 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 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/14121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm). Acesso em: 12 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm). Acesso em: 12 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 12 jun. 2022.

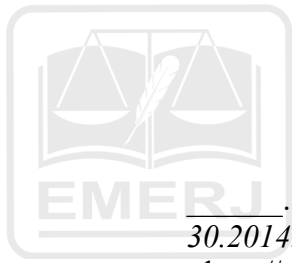
\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm). Acesso em: 12 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 10 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 0302674-93.2015.8.24.0037*. Relator: Des. Saul Steil. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569422736/apelacao-civel-ac-3026749320158240037-joacaba-0302674-9320158240037/inteiro-teor-569422758>. Acesso em: 16 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0020650-05.2019.8.19.0000*. Relatora: Des(a) Sandra Santarém Cardinali. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3897908&PageSeq=1>. Acesso em: 07 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0026182-65.2014.8.19.0054*. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3926548&PageSeq=1>. Acesso em: 10 out. 2021.



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0134337-30.2014.8.19.0001*. Relatora: Des(a) Cristina Tereza Gaulia. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/VisualizaEmentas.aspx?CodDoc=4536505&PageSeq=0>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA-IBDFAM. *Enunciados do IBDFAM*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Os efeitos da guarda compartilhada com terceiros no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1702/Os+efeitos+da+guarda+compartilhada+com+terceiros+no+ordenamento+jur%C3%ADico+brasileiro>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 8.ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.



## O DOLO EVENTUAL E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Júlio César Silva Irias

Graduado pelo Centro Universitário Ibmecc RJ.  
Advogado.

**Resumo** - A Teoria da Cegueira Deliberada, com origem no ordenamento jurídico americano, foi criada com o intuito de tratar sobre os casos em que um indivíduo escolhe, de forma deliberada, se manter em estado de ignorância sobre as nuances ilícitas de sua conduta. Essa teoria tem íntima relação com o instituto do dolo eventual no direito brasileiro, o que vem permitindo a sua utilização de forma frequente, principalmente nos casos de crimes financeiros. A pesquisa tem como objetivo analisar os elementos essenciais do dolo eventual e como esse instituto guarda relação com a teoria estadunidense e seus requisitos, possibilitando o entendimento de como os dois objetos estão sendo utilizados na jurisprudência.

**Palavras-chave** - Direito Penal. Teoria do Dolo. Dolo Eventual. Teoria da Cegueira Deliberada.

**Sumário** - Introdução. 1. Os elementos essenciais do dolo eventual. 2. A origem da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Estadunidense. 3. A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica relaciona a Teoria da Cegueira Deliberada, fundada no ordenamento jurídico Americano e conhecida como *Willfull Blindness Doctrine* ou *Conscious Avoidance Doctrine*, e o instituto do Dolo Eventual, disposto no art. 15 do Código Penal brasileiro.

É importante salientar, de início, que os dois institutos têm se entrelaçado com bastante frequência no ordenamento jurídico pátrio. Alguns exemplos da aplicação do instituto americano supracitado, conjugado com o Dolo Eventual, são vistos em julgamentos como o da Ação Penal 470, popularmente conhecido como “Mensalão”, e na Operação Lava-Jato.

Nesse sentido, o primeiro capítulo analisa a teoria e os elementos essenciais do dolo, com ênfase em sua espécie mais fundamental e objeto do trabalho, que é o dolo eventual, para assim definir o conteúdo cognitivo e volitivo do dolo a serem considerados nos casos em que se pretende a conjugação desse instituto com a Teoria da Cegueira Deliberada.

Após, no segundo capítulo, se apresenta Teoria da Cegueira Deliberada, com uma breve exposição da origem desse instituto nos sistemas jurídicos-penais do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, e como esse instituto se materializa com a aplicação em casos correspondentes, como o *leading case US v. Jewell*.



O terceiro capítulo apresenta uma breve exposição do tratamento tema no Brasil, tanto do ponto de vista teórico como no jurisprudencial, confrontando os dois institutos objetos da pesquisa, quais sejam o Dolo Eventual, utilizado pela doutrina e jurisprudência pátria e, a Teoria da Cegueira Deliberada, de origem estadunidense.

O resultado da conjugação desses institutos é organizado na conclusão. Para isso, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, analisando hipótese que é discutida na forma de argumentação. Além, tendo como premissa uma abordagem qualitativa, é feito uma análise da doutrina, legislação e jurisprudência relacionada ao tema.

## 1. OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO DOLO EVENTUAL

Uma das convicções teóricas mais fundamentais e gerais do conteúdo formador do dolo, que é a ação ou omissão a fim de causar dano, reside em delimitar que seus elementos constitutivos seriam a consciência e a vontade de realização de um fato típico<sup>1</sup>. Assim, esse binômio define o objeto do dolo direto de primeiro grau, correspondente ao propósito.

Salienta-se que os casos de imprudência e de ignorância deliberada não são classificados mediante essa ótica. Nesse sentido, segundo Galvão<sup>2</sup>, a diferença entre dolo e intenção pode ser delimitada da seguinte forma:

Assim, o dolo pode ser entendido como o conceito jurídico que define a intenção que é necessária à adequação típica. O dolo não é um elemento descritivo de objetos apreensíveis da realidade naturalística. O dolo não existe na realidade natural: é criação abstrata do gênio humano, que só existe no mundo jurídico e visa a instrumentalizar a interpretação da realidade natural. Dolo é conceito técnico-jurídico que se refere a um dado da realidade natural que é a intenção, e somente pode ser compreendido no contexto normativo do juízo da tipicidade. (...) Em uma expressão vulgar, pode-se dizer que o dolo (como conceito) está na cabeça do juiz, enquanto a intenção (como dado da realidade natural) está na cabeça do réu.

Por isso, ao incluir o instituto do Dolo Eventual na estrutura do tipo doloso, o Código Penal brasileiro guarda uma definição sintética do aspecto que deveria caracterizar a espécie de dolo supracitado, ao explicitar em seu art. 18, inciso I<sup>3</sup> que o crime é considerado doloso quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado.

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. 1.19.ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 316.

<sup>2</sup> GALVAO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196-197.

<sup>3</sup> BRASIL. *Código Penal*. Art. 18. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. 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: 3 mar. 2022.



De acordo com esta definição legal, o elemento essencial para definir a modalidade de dolo eventual seria apenas a assunção do risco de produzir o resultado, o que se mostra raso e incompleto, na medida em que é necessário um maior aprimoramento técnico, para definir o que seria a assunção desse risco e os elementos essenciais para delimitar quais as condutas devem ser classificadas na modalidade dolosa.

Sobre os elementos essenciais, é importante salientar a existência de dois dos mais fundamentais para o preenchimento dos requisitos a serem satisfeitos por uma conduta para que ela seja classificada na modalidade típica dolosa. O primeiro deles é o aspecto cognitivo, ou seja, a consciência do sujeito.

A concepção legal geral do aspecto cognitivo do dolo define seu conteúdo como a consciência subjetiva dos aspectos fáticos que correspondam à uma hipótese típica. Ou seja, para que uma conduta seja nomeada como dolosa, o sujeito deve, obrigatoriamente, imaginar quais serão os desdobramentos na medida em que o mesmo execute uma ação ou omissão delituosa.

Assim, para que determinado sujeito pratique uma conduta com a finalidade de formar um resultado, ele deve saber que seu comportamento pode causar o efeito pretendido. Ao definir o aspecto cognitivo do dolo Frisch<sup>4</sup> especifica que deve saber que seu comportamento é objetivamente adequado para que um determinado risco leve a um resultado.

Um exemplo de como o próprio Código Penal brasileiro estipula e regulamenta os efeitos da intenção formada com base neste aspecto cognitivo<sup>5</sup>, ao dispor sobre o erro em relação à pessoa contra a qual o sujeito pratica a conduta. Se o sujeito planeja praticar uma conduta delituosa contra determinada pessoa e, por qualquer motivo, vier a lesar pessoa diversa por equívoco na identificação da vítima, a legislação atribui ao fato as mesmas consequências jurídicas que seriam devidas caso a vítima fosse a planejada.

De fato, o parágrafo terceiro do artigo 20 do Código Penal dispõe que não se consideram, neste caso, as condições ou qualidade da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime, sendo certo que o elemento cognitivo do dolo considerado é o conteúdo da representação do sujeito, o conhecimento da possibilidade de implementação do fato típico, e não a realidade dos fatos.

<sup>4</sup> FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Berlin: Heymann, 1983, p. 101.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 3. Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Isto é esclarecido por Puppe<sup>6</sup> da seguinte forma:

Qualquer representação de um perigo não permitido é igualmente adequada para fundamentar, tanto o dolo eventual, como a culpa consciente [...]. O sujeito precisa, na verdade, estar consciente, de modo geral, que existe um perigo de realização do tipo.

O segundo elemento que compõe os requisitos a serem preenchidos para que uma conduta seja classificada na modalidade típica dolosa é o aspecto volitivo do comportamento do sujeito. Nos casos de dolo indireto, ou eventual, o aspecto volitivo é mais sutil e indeterminado, quando comparado ao dolo de primeiro grau, se caracterizando pela assunção do risco.

O comportamento do sujeito perante o risco é o que distingue o dolo eventual da culpa consciente, podendo o elemento cognitivo ser o mesmo nos dois casos. Assim, o que distingue a atuação mediante os dois institutos é o aspecto volitivo da conduta. A posição majoritária da doutrina define esse elemento como uma consideração, pelo sujeito, do grau de risco de realização do fato típico.

Mesmo Roxin<sup>7</sup>, que considera como elemento essencial do dolo a “decisão do sujeito pela possível lesão do bem jurídico”, reconhece que para isto, o sujeito deve “contar seriamente com a possibilidade” da realização da conduta. Nesse sentido, reconhecendo o risco e atuando apesar desse reconhecimento, o sujeito adotará a chamada assunção do risco e sua conduta poderá ser classificada na modalidade de dolo eventual.

De outra parte, existem casos que também se encaixam na definição do aspecto volitivo, sem que haja o tal reconhecimento risco, ou seja, quando o sujeito identifica o perigo, mas não considera que ele seja “sério” o suficiente para efetivamente produzir efeitos na situação concreta, não admitirá o risco.

Dessa forma, agindo o sujeito com o conhecimento da seriedade do risco e não se importando com os possíveis efeitos que ele possa produzir, estaremos diante de um caso de indiferença. Se, por outro lado, o sujeito atue com a consciência da seriedade e, apesar de não desejar que os efeitos do risco não se concretizem, saiba que não tem o controle da situação fática, adotará uma atitude de admissão de risco.

Por fim, é importante trazer a lume que tanto o elemento cognitivo quanto o elemento volitivo do dolo eventual estão intimamente ligados com os casos de cegueira deliberada, teoria

---

<sup>6</sup> PUPPE, Ingeborg. *Strafgesetzbuch – Nommos Kommentar*. Band 1. 3. Auflage, Baden Baden: Nomos, 2010, p. 610.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 1. Band. 4. Auflage. Munique: Beck, 2006, p. 445.

esta que será exposta no capítulo seguinte. No caso do elemento cognitivo, têm-se a consciência da possibilidade da existência de um determinado aspecto na situação fática em que a conduta é realizada.

Segundo Greco<sup>8</sup>, esta consciência da possibilidade de um risco é suficiente para satisfazer o requisito cognitivo do dolo. Isto porque, o sujeito pode tomar uma decisão no sentido da séria possibilidade de realização de um fato típico, não apenas com base no conhecimento da situação, mas também a partir de uma dúvida sobre essa existência.

Por isso, Bottini<sup>9</sup>, ao comentar sobre o crime de lavagem de dinheiro, admite que:

A falta de informações sobre a fonte do dinheiro pode gerar desconfiança. [...] e tal dúvida poderá, em um campo semântico alargado, indicar a suspeita. [...] Tem dolo eventual o agente que suspeita da origem ilícita dos bens com os quais trabalha, mas não tem certeza sobre tal fato.

Sobre o segundo elemento, a atitude do sujeito mediante a possibilidade do risco é o que identifica o aspecto volitivo do dolo nos casos de atuação mediante cegueira deliberada. Um exemplo acontece quando o sujeito deixa verificar algum aspecto do fato para evitar ter que decidir pela prática ou abstenção da conduta, evitando conferir na mera “esperança” de que o aspecto não exista, assumindo assim o risco de uma possível conduta ilícita.

Essa situação é classificada por Cabral<sup>10</sup> como uma forma de assunção de um compromisso:

Nas situações de cegueira deliberada, é perfeitamente possível afirmar que havia um contexto de prognóstico positivo intersubjetivo e duvidoso, que gerava uma desconfiança de que determinado elemento do tipo objetivo se fazia presente, diante do que é possível constatar um compromisso do agente com o resultado significativo, caracterizando, pois, um caso de dolo eventual.

Assim, a atitude do sujeito perante o risco pode ser demonstrada pelos motivos e pela finalidade em decorrência das quais o sujeito ignorou propositalmente ao aspecto de fato que atribui significado à situação fática. Devido a identificação da “seriedade do risco”, uma atuação nesse contexto implica uma atitude de tolerância ou indiferença em relação ao risco, ou seja, uma forma de assunção do risco.

---

<sup>8</sup> GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Raguès. In Discusiones XIII – Ignorancia Deliberada y Derecho Penal*. Bahía Blanca: EdiUNS, 2013, p. 68.

<sup>9</sup> BOTTINI, Pierpalo Cruz. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*. São Paulo: Conjur, 2013, p. 2.

<sup>10</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Pereira. *Dolo e linguagem*. São Paulo: Tirant Blanch, 2020, p. 238.

## 2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO AMERICANO

A teoria da cegueira deliberada, ou *willful blindness doctrine*, tem sua origem na doutrina e jurisprudência estadunidense, quando o judiciário percebeu a necessidade de punição nos casos em que o sujeito tenha “deliberadamente fechado seus olhos” para deixar de constatar uma característica relevante da situação e que configura o caráter delitivo do fato, na intenção de se defender da imputação dele.

O primeiro momento em que é possível perceber a sua aplicação foi na argumentação apresentada no julgamento do caso *Regina v. Sleep* (1861)<sup>11</sup>. No caso, um homem foi acusado de ter comercializado bens pertencentes ao Estado, tendo sido absolvido da acusação mediante a argumentação apresentada pela defesa de que não havia sido identificado que o acusado soubesse da propriedade pública dos bens, nem que ele tivesse “deliberadamente fechado seus olhos”.

Assim, com base no fundamento da decisão, passou a se considerar a possibilidade de responsabilização do sujeito pela ignorância deliberada do fato, haja vista que caso o sujeito tivesse se absterido intencionalmente de adquirir o conhecimento da propriedade dos bens comercializados, ele deveria ter sido condenado. Segundo Ragués I Valles<sup>12</sup>, a ignorância deliberada se caracteriza quando:

Todo aquele que podendo e devendo conhecer determinadas circunstâncias penalmente relevante de sua conduta, toma deliberada ou conscientemente a decisão de manter-se na ignorância com relação a elas.

Portanto, a ignorância deliberada, objeto principal da teoria, não é a projeção intelectual de uma possibilidade futura (um eventual resultado decorrente de fatores implementados pela conduta), mas a constatação da existência de um aspecto de fato no contexto da prática do delito.

---

<sup>11</sup> RAGUÉS I Vallés, Ramón. *Lla ignorância deliberada em Derecho Penal*. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2007, p. 13.

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 25.



Desde a sua origem em 1861, o caso mais conhecido e que solidificou a aplicação da Teoria no ordenamento jurídico americano, foi o *Jewell v. United States* (1976)<sup>13</sup>. Quanto ao caso, explica Robbins<sup>14</sup>:

No caso, ficou provado que o réu estava num bar no México quando um terceiro, após lhe oferecer maconha, ofereceu US\$ 100 para que dirigisse um carro pela fronteira e o deixasse num endereço predeterminado. Também ficou provado que o réu sabia de um compartimento secreto no carro, mas não averiguou sobre o que havia dentro. O réu acabou sendo parado na fronteira e foram descobertos 110 quilos de maconha no compartimento, que acabou acarretando sua condenação. Ao apelar da sentença para a Ninth Circuit Court, o réu se insurgiu contra as instruções dadas pelo juiz ao júri, que determinava que mesmo que o réu não soubesse das drogas no carro, a ignorância dele de seu exclusivamente por sua vontade para evitar saber o que tinha no veículo. Para o réu, tal instrução foi equivocada e permitiu a condenação sem que o réu agisse propositadamente ou conscientemente sobre os elementos que compunham o tipo penal, como determina a lei. A condenação foi mantida.

Para a condenação, foi utilizado como fundamento o dispositivo da Seção 2.02 do Model Penal Code – MPC, que não é uma lei, mas uma referência técnica desenvolvida para orientar a elaboração legislativa e a atividade judicial. Tal dispositivo tem o seguinte conteúdo<sup>15</sup>:

(7) Requisito do conhecimento satisfeito pelo conhecimento da alta probabilidade. Quando o conhecimento da existência de um fato específico for um elemento de um delito, esse conhecimento é determinado se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, salvo se ela realmente acreditar que ele não existia

Nesse contexto, foi decidido que a conduta classificável na modalidade de culpabilidade denominada “conhecimento” (*knowledge*) não necessariamente exige o conhecimento efetivo do fato, sendo suficiente a consciência da alta probabilidade de sua existência. Sobre a importância do instituto e sua utilização no ordenamento jurídico americano, Lucchesi<sup>16</sup> sustenta que:

A regra jurisprudencialmente estabelecida sobre a cegueira deliberada nos Estados Unidos permite a satisfação do requisito mental dos crimes que exigem *knowledge* mesmo quando o conhecimento de fato não está presente [...] A cegueira deliberada

<sup>13</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US v. Jewell*, 532 F.2d 697. 9<sup>th</sup> Circ. 1976. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

<sup>14</sup> ROBBINS, Ira. P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 J. Crim. L. & Criminology, 1990, p. 203.

<sup>15</sup> Model Penal Code. Disponível em: <[https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc\\_provisions/model\\_penal\\_code\\_default\\_rules.htm](https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc_provisions/model_penal_code_default_rules.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>16</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. Acertando por acaso: Uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro da Ministra Rosa Weber na APN 470. In *Jornal de Ciências Criminais*. Vol. 1. São Paulo: IBCCrim, 2018, p. 154.

tem por função na *common law* permitir a expansão da punibilidade nos crimes que têm requisito subjetivo o elemento conhecimento para situações em que o autor não tem o saber efetivo das circunstâncias elementares do crime.

A partir deste caso, este entendimento passou a ser adotado por todos os tribunais federais norte americanos, embora com algumas variações de conteúdo, requisitos e formulações. Por fim, de maneira mais recente, no caso *Global-Tech Appliances, Inc v. Seb S.A* (2011)<sup>17</sup>, a Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu sua primeira decisão utilizando a Teoria da Cegueira Deliberada.

Neste caso, firmou-se o entendimento de que, para que a aplicação da referida teoria tenha amparo constitucional, deveriam ser preenchidos pressupostos mínimos para a sua utilização. Tais requisitos podem ser resumidas da seguinte maneira: a) o réu deve acreditar subjetivamente que haja uma alta probabilidade de existir um fato e; b) o réu deve tomar medidas deliberadas para evitar a aprendizagem desse mesmo fato.<sup>18</sup>

É possível notar que o objetivo da Suprema Corte, segundo Callegari<sup>19</sup>, ao estabelecer tais requisitos, é de que a Teoria da Cegueira Deliberada rompa as barreiras da imprudência e negligência, de forma que não devem ser fixadas condenações sob *mentes reas* inferiores ao conhecimento. Ao mesmo tempo, prevê o requisito da criação deliberada de obstáculos como uma forma de se manter ignorante diante de algo, afastando-se da ultrapassa referência ao mero ato de fechar os olhos.

Ainda sobre o caso, o juiz Antony Kennedy foi o único a dar voto contrário a decisão, sob o fundamento de que seria inadequado comparar a conduta daquele que se encontra em ignorância deliberada e aquele que efetivamente tinha conhecimento de toda a circunstância relacionada ao ilícito. Sobre o voto, retira-se o seguinte trecho<sup>20</sup>:

---

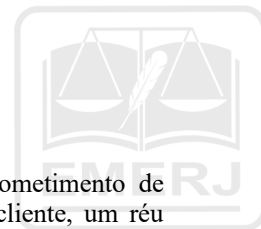
<sup>17</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Global-Tech Appliances, INC v. SEB S.A* (2011). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>18</sup> Ibid. "First, the defendant must subjectively believe that there is a high probability that a fact exists. Second, the defendant must take deliberate actions to avoid learning of that fact. These requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence". Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/754/>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>19</sup> CALLEGARI, André Luis. *O que é a teoria da cegueira deliberada? Equipara-se ao dolo eventual?* Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scariot-teoria-cegueira-deliberada#\\_ftnref16](https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scariot-teoria-cegueira-deliberada#_ftnref16)>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>20</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, op. cit. Is it true that the lawyer who knowingly suborns perjury is no more culpable than the lawyer who avoids learning that his client, a criminal defendant, lies when he testifies that he was not the shooter? The answer is not obvious. Perhaps the culpability of willful blindness depends on a person's reasons for remaining blind. Or perhaps only the person's justification for his conduct is relevant. This is a question of morality and of policy best left to the political branches.





É verdade que um advogado o qual conscientemente instiga o cometimento de perjúrio seja tão culpado quanto aquele que evitar saber que seu cliente, um réu criminal, mentiu quando testemunho não ser o atirador? A resposta não é óbvia. Talvez o elemento subjetivo da cegueira deliberada dependa dos motivos pelos quais a pessoa decidiu se manter cego ou talvez apenas justificção pessoal para a sua conduta. Essa é uma questão de moralidade política criminal que deve ser deixada aos Poderes Políticos.

Nesse sentido, mesmo que sem nenhuma previsão legislativa que adote a Teoria da Cegueira Deliberada, tanto a doutrina como os tribunais (apesar da falta de unanimidade, como exemplificada acima), entenderam pela necessidade da existência de um instituto, no plano teórico, que pudesse fundamentar a criminalização das condutas de ignorância deliberada, usando de analogia em relação aos casos em que o individuo realmente sabia de toda a circunstancia ilícita, a partir do preenchimento de alguns requisitos mínimos.

### 3. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mesmo com a Teoria da Cegueira Deliberada tendo sido desenvolvida mediante a atividade jurisprudencial no sistema jurídico do *common law*, seus fundamentos podem ser perfeitamente utilizados em outros ordenamentos jurídicos, haja vista que a estrutura da hipótese fática denominada ignorância deliberada é a mesma, independente do contexto social que ocorra e da classificação jurídica atribuída pelo sistema que a regulamente.

Nesse sentido, a teoria foi implementada em outros países, como é o caso do Brasil. No âmbito doutrinário, é difícil especificar qual foi, de fato, o primeiro texto a tratar do tema, mas certo é que no ano de 2007, Moro<sup>21</sup>, abordou sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro, no qual o autor realiza uma comparação entre o direito brasileiro e o norte americano.

Outras obras, como em 2009 com Laufer e Galvão da Silva<sup>22</sup>, comentam o grau de conhecimento necessário para a caracterização do dolo eventual nos casos de atuação mediante cegueira deliberada e a “representação de indícios.” De forma mais recente, mais precisamente

---

<sup>21</sup>BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.11.

<sup>22</sup>LAUFER, Christian; GALVÃO DA SILVA, Robson A. *A teoria da cegueira deliberada e o Direito Penal Brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas. Vol. 24. São Paulo: IBCCrim, 2009, p.17.

no ano de 2018 e 2019, Lucchesi<sup>23</sup> e Pardini<sup>24</sup> tratam do tema, onde o primeiro critica a consideração da indiferença para a classificação da conduta de quem atua mediante ignorância deliberada na modalidade dolosa eventual.

O segundo a tentar aperfeiçoar o conceito de cegueira deliberada, introduzindo algumas propostas de classificação, como no caso de cegueira deliberada passiva e ativa/parcial e absoluta. Além disso, sobrevoa pela suficiência da suspeita para a configuração do elemento cognitivo do dolo eventual, devido ao controle do indivíduo sobre a situação em que decide fazer “vista grossa”.

Passando da doutrina para a jurisprudência, pode-se adotar como principais referências da utilização da teoria objeto do estudo, duas decisões que carregam maior repercussão na atividade judicial brasileira, que são os casos do “Assalto ao Banco Central”<sup>25</sup> e o “Mensalão”<sup>26</sup>. No primeiro caso, em 06/08/2005, foram furtados R\$ 167.755.150,00 do Banco Central de Fortaleza, sendo necessário a utilização de diversos veículos para o transporte de quase 3,5 toneladas de notas de R\$50,00. Um dos integrantes do grupo criminoso se dirigiu a uma loja de veículos e efetuou a compra de 11 veículos, totalizando o valor de R\$691.000,00. O pagamento foi feito em espécie, por meio de dois sacos de nylon brancos utilizados para embalar cereais<sup>27</sup>.

Os proprietários da loja foram condenados pela prática do crime de lavagem de dinheiro tipificado no art. 1º, V e VII, §1º, I e §2º, I e II da Lei 9.613/98<sup>28</sup>.

A premissa utilizada na decisão foi que, admitindo o dolo eventual, o crime de lavagem de dinheiro do art. 1º restaria configurado ainda que o agente não tivesse o conhecimento pleno

---

<sup>23</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. Acertando por acaso: Uma análise da cegueira deliberada como fundamento para condenação por lavagem de dinheiro no voto da Ministra Rosa Weber na APN 470. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, p. 32-35, 2018.

<sup>24</sup> PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 157-171.

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. *Processo nº 2005.81.00.014586-0*. Juiz Danilo Fontenelle Sampaio. Disponível em: <<https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/02/Senten%C3%A7a-Final.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *APN nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei nº 9.613*, de 03 de março de 1998. Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: (...) V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VII - praticado por organização criminosa. (...) §1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I - os converte em ativos lícitos; (...) § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2022.

da origem ou natureza criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, bastando que tivesse conhecimento da probabilidade desse fato, agindo de forma indiferente quanto à ocorrência do resultado.

Como parte da fundamentação, retira-se o seguinte trecho:

*A willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas, quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento. (...) Tais construções, em uma ou outra forma, assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso e considerando a previsão genérica do art. 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para a nossa prática jurídica.

Posteriormente, a sentença foi reformada pela 2ª Turma do TRF-5, em 09/09/2018, ao julgar a ACR n. 5520-CE<sup>29</sup>, sob o fundamento de que não houve prova do elemento subjetivo da conduta, a partir da premissa de que para a figuração do delito é necessário que o agente saiba da procedência ilícita do dinheiro, e, no caso, não houve prova segura de que efetivamente soubessem ou desconfiassem da providência criminosa do dinheiro.

No caso do “Mensalão”, que foi um sistema de compra de votos de parlamentares, Deputados Federais recebiam pagamentos mensais em troca de apoio político prestado mediante votos favoráveis a projetos de interesse do governo. Os pagamentos foram realizados entre 2003 e 2005, e operacionalizados por um administrador de agências de publicidade que prestava serviços para empresas estatais e órgãos da Administração Pública<sup>30</sup>.

Os envolvidos foram denunciados pela prática do crime de lavagem de dinheiro, fatos que foram objeto na Ação Penal 470/MG<sup>31</sup>, julgada pelo Pleno do STF em 17/12/2012, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa. O voto que se utiliza da teoria objeto deste trabalho foi o da Ministra Rosa Weber, que fez alusão a cegueira deliberada e considerou que a ciência da elevada probabilidade da origem criminosa dos recursos seria suficiente para a caracterização do aspecto subjetivo do dolo eventual.

Na fundamentação, a Ministra salientou que:

Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii)

<sup>29</sup> Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Criminal ACR5520-CE*. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-acr-5520-ce-0014586-4020054058100/inteiro-teor-15197854>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 26.

<sup>31</sup> Ibid.

o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. Nesse sentido, há vários precedentes, como *US vs. Campbell*, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, *US vs. Rivera Rodriguez*, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, *US vs. Cunan*, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito. Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na Sentença 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro.

Por fim, cabe trazer à lume um caso de menor repercussão, mas que contém interessante semelhança com o caso paradigma norte-americano *US v. Jewell*. Trata-se da apelação criminal n. 5009722-81.2011.4.04.7002/PR<sup>32</sup>, sobre caso de crime de contrabando, tipificado no art. 334, §1º, b,<sup>33</sup> do Código Penal, onde o acusado transportava 62.690 maços de cigarros importados em um compartimento secreto no baú de cargas de um furgão, alegando que foi contratado para fazer um frete e que desconhecia a existência do compartimento, exatamente como no caso americano, que carregava 110 quilos de entorpecente no mesmo tipo de compartimento.

Na fundamentação, foram utilizados os preceitos da Cegueira Deliberada, salientando que restou demonstrada a conduta dolosa do réu, o qual possuía plena ciência de que estava iludindo o pagamento de tributos ao transportar as mercadorias internalizadas de forma irregular.

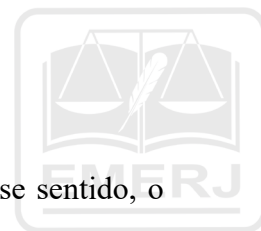
Conclui-se, portanto, que o emprego da teoria no ordenamento jurídico brasileiro é presente e possível, haja vista que independente do contexto em que a mesma surgiu (*commom law*), sua utilização é plausível na medida em que as situações fáticas ocorridas são idênticas, principalmente no que se refere a atitude perante o risco de existência de elevada probabilidade ilícita de fato que envolva a conduta delituosa.

## CONCLUSÃO

Resta evidente que mesmo com a existência do dolo direto e eventual como institutos de imputação para condutas, a noção de consciência do indivíduo segue excessivamente

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *ACR 5006137-11.2017.4.04.7002*. Relator: Desembargador Leandro Paulsen. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643915704/apelacao-criminal-acr-50061371120174047002-pr-5006137-1120174047002>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>33</sup> BRASIL. *Código Penal*. Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem: I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho. 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: 13 jun. 2022.



abstrata, apresentando dificuldades para que se encarrega de comprová-las. Nesse sentido, o advento da Teoria da Cegueira Deliberada veio para tentar sanar tal lacuna, evitando qualquer argumento que permitisse a não responsabilização penal por ignorância.

Conforme demonstrado, essa teoria trata da situação em que o sujeito, diante de um contexto no qual seja identificada a possibilidade da existência de algum aspecto relevante do fato, decida não confirmar sua efetiva existência e atue assumindo o risco de que qual aspecto possa existir. Essa atitude diante do risco é onde reside a dificuldade do acusador, podendo ser identificada pelos motivos que orientaram a decisão de não constatação do fato, e pela finalidade pretendida mediante a omissão.

O seu surgimento no ordenamento jurídico americano se deu justamente pelo fato de que o judiciário percebeu a necessidade de punição nos casos em que o sujeito tenha “deliberadamente fechado seus olhos” para deixar de constatar uma característica relevante da situação e que configura o caráter delitivo do fato, na intenção de se defender da imputação do mesmo.

Apesar da diferença entre os sistemas penais, *commom law* e *civil law*, foi demonstrado, mediante a reunião de alguns casos, de que é perfeitamente possível a utilização dessa Teoria no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o dolo eventual é composto, de forma semelhante, por aspectos cognitivos e volitivos da conduta. No âmbito cognitivo, a identificação da possibilidade de existência ou implementação de um aspecto que confira significado à conduta ou à situação fática, ou seja, o conhecimento de um risco.

No aspecto volitivo, a atitude do sujeito perante o risco identificado. Para a classificação da conduta dolosa, o sujeito deve assumir o risco, atuando com indiferença em relação ao potencial resultado e produção de efeitos, ou atuar em um contexto em que o mesmo não tenha esse controle. Assim, é perceptível que a estrutura do comportamento nos casos de cegueira deliberada é similar à estrutura do dolo eventual.

Assim, a conduta realizada mediante o recurso da cegueira deliberada de características do fato, devido ao risco de configuração de circunstâncias que configurem uma determinada hipótese típica, pode ser classificada na modalidade de imputação típica denominada dolo eventual, possibilitando que a justiça brasileira se utilize da teoria quando se tem clara percepção das circunstâncias, uma compreensão consciente dos elementos objetivos que justifiquem a dúvida, criando assim conscientemente barreiras ou obstáculos ao seu conhecimento pleno.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOTTINI, Pierpalo Cruz. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*. São Paulo: Conjur, 2013.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.613*, de 03 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *APN nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Ceará. *Processo nº 2005.81.00.014586-0*. Juiz Danilo Fontenelle Sampaio. Disponível em: <<https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/02/Senten%C3%A7a-Final.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *ACR 5006137-11.2017.4.04.7002*. Relator: Desembargador Leandro Paulsen. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643915704/apelacao-criminal-acr-50061371120174047002-pr-5006137-1120174047002>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Criminal ACR5520-CE*. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-acr-5520-ce-0014586-4020054058100/inteiro-teor-15197854>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Pereira. *Dolo e linguagem*. São Paulo: Tirant Blanch, 2020.

CALLEGARI, André Luis. *O que é a teoria da cegueira deliberada? Equipara-se ao dolo eventual?* Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scarriot-teoria-cegueira-deliberada#\\_ftnref16](https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scarriot-teoria-cegueira-deliberada#_ftnref16)>. Acesso em: 13 jun. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Global-Tech Appliances, INC v. SEB S.A* (2011). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. *US v. Jewell*, 532 F.2d 697. 9<sup>th</sup> Circ. 1976. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Berlin: Heymann, 1983.

GALVAO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.



GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Ragués. In Discusiones XIII – Ignorancia Deliberada y Derecho Penal*. Bahía Blanca: EdiUNS, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. 1.19.ed. Niterói: Impetus, 2017.

LAUFER, Christian; GALVAO DA SILVA, Robson A. *A teoria da cegueira deliberada e o Direito Penal Brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Vol. 24. São Paulo: IBCCrim, 2009.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Acertando por acaso: Uma análise da cegueira deliberada como fundamento para condenação por lavagem de dinheiro no voto da Ministra Rosa Weber na APN 470. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, p. 32-35, 2018.

MODEL Penal Code. Disponível em: [https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc\\_provisions/model\\_penal\\_code\\_default\\_rules.htm](https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc_provisions/model_penal_code_default_rules.htm). Acesso em: 13 jun. 2022.

PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 157-171.

PUPPE, Ingeborg. *Strafgesetzbuch – Nommos Kommentar*. Band 1. 3. Auflage, Baden Baden: Nomos, 2010.

RAGUÉS I Vallés, Ramón. *Lla ignorància deliberada em Derecho Penal*. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2007.

ROBBINS, Ira. P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 J. Crim. L. & Criminology, 1990.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 1. Band. 4. Auflage. Munique: Beck, 2006.



## O NEOESCRAVISMO NAS INDÚSTRIAS TÊXTEIS: UMA PRÁTICA DE GESTÃO

Laíse Kopke de Melo Corrêa

Graduada pela Faculdade de Ciências  
Aplicadas/IBMEC

**Resumo** – o trabalho análogo ao de escravo é uma realidade que assola a indústria têxtil, sendo necessário uma análise do sistema brasileiro para enfrentar os mecanismos para a responsabilização civil das empresas que afrontam os direitos humanos. A partir do conceito da escravidão contemporânea são observados os agentes responsáveis pela sua manutenção, demonstrando o papel da indústria têxtil para o cenário atual do neoescravismo. Assim, o objetivo desse artigo científico é discutir a efetividade dos mecanismos jurídicos de repressão e prevenção ao trabalho análogo ao escravo, sendo relevante o debate em busca da conscientização do consumo no mundo contemporâneo e suas consequências diretas nas relações de trabalho e para com a sociedade.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direitos humanos. Trabalho análogo ao de escravo. Escravidão contemporânea. Sociedade de Consumo. Indústria têxtil. Responsabilidade social.

**Sumário** – Introdução. 1. Teoria da escravidão contemporânea como prática de gestão: grave violação aos Direitos Humanos. 2. Mecanismos jurídicos para a responsabilização das empresas diante das práticas abusivas. 3. Mecanismos de repressão e prevenção ao neoescravismo e sua efetividade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo enfrentar os aspectos jurídicos da responsabilização civil em empresas da indústria têxtil, que submetem os seus funcionários ao neoescravismo. Em especial, busca-se abordar a repercussão da violação dos direitos humanos e fundamentais, analisando as políticas públicas destinadas ao combate a escravidão e sua efetividade.

Deve-se apontar que no Brasil, o trabalho escravo existiu legalmente até a época do Brasil Império, ocorrendo a abolição da escravidão por meio da Lei Áurea de 1888. Entretanto, não houve medidas para integrá-los economicamente na sociedade, perpetuando a condição frágil desse setor social. Por isso, pode-se dizer que o neoescravismo atual está atrelado à herança histórica deixada pelos antepassados.

A indústria têxtil é um dos setores em que esta prática ilegal ainda é encontrada. Com o seu desenvolvimento, a moda se tornou acessível e este crescimento desencadeou uma popularização do consumo. Com isso, para a produção em massa e para o maior lucro das empresas, foi restringida a efetividade do direito, que é um dos principais elementos da segurança jurídica. O cenário encontrado é o do descaso e fomentação do lucro sem





consequências, como práticas ilegítimas para diminuir custos e violando os direitos humanos.

Assim, o presente trabalho se justifica pela necessidade de analisar os instrumentos jurídicos ligados a regulamentação e possível responsabilização das empresas por negligenciarem os direitos humanos. Sendo relevante mediante a extrema necessidade do debate em busca da conscientização do consumo no mundo contemporâneo, as suas consequências diretas com a sociedade e a importância dos direitos humanos e constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Objetiva-se discutir como as empresas, com o objetivo de reduzir seus custos e maximizar seus lucros, valem-se de mão de obra análoga à escrava, ocultando suas responsabilidades perante sua cadeia produtiva, desvinculando-se de toda a responsabilidade pelas ilegalidades e violações aos direitos fundamentais. Sendo necessário analisar os mecanismos existentes para a responsabilização das empresas pelas violações de direitos humanos cometidas no âmbito de suas cadeias de produção e sua efetividade.

No primeiro capítulo, busca abordar o desenvolvimento do neoescravidão dentro da indústria têxtil brasileira e a grave violação aos direitos humanos. Para tanto, pretende-se conceituar a escravidão contemporânea de acordo com a legislação vigente e investigar os agentes responsáveis pela perpetuação do neoescravidão dentro desta indústria.

No segundo capítulo, explora-se os principais mecanismos do direito brasileiro para a responsabilização das empresas diante da violação aos direitos humanos. A partir de tal análise é possível perceber desafios e impasses para a responsabilidade das empresas, principalmente diante das cadeias de produção.

Por fim, no terceiro capítulo, explora-se a efetividade dos mecanismos de repressão e prevenção ao trabalho análogo ao escravo. Verificando-se limitação das ações de fiscalização dos órgãos governamentais e políticas públicas. Demonstra-se não ser suficientes para evitar os abusos aos direitos fundamentais nesse setor.

A pesquisa é desenvolvida com a abordagem qualitativa-quantitativa, pois, para a análise deste tema, são necessárias interpretações subjetivas e objetivas, teóricas e concretas. Assim, a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, com auxílio da legislação, da jurisprudência, doutrina e de dados estatísticos. Do ponto de vista dos objetivos, é utilizado o método exploratório, a fim de validar as conclusões do presente artigo, sustentando fundamentadamente a hipótese defendida.



## 1. TEORIA DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA COMO PRÁTICA DE GESTÃO: GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A escravidão ainda é vivenciada em organizações globais na forma de condições degradantes de trabalho, em casos de extrema exploração social e econômica. Apesar de o sistema escravocrata ser abolido perante o ordenamento brasileiro com a proclamação da Lei Áurea, em 13 de m

de 1888, esta não trouxe nenhum tipo de regulamentação a fim de inseri-los na sociedade. Como isso, o trabalho escravo é perpetuado até os dias atuais de forma ilegal, abrangendo práticas de gestão que afrontam os direitos humanos, aproveitando das lacunas legislativas e da escassa fiscalização.

Dentro da indústria têxtil e de vestuário é de extrema relevância analisar o neoescravismo, posto que é um empregador relevante na economia brasileira, uma vez que é uma das mais completas do mundo, visto que ela se faz presente desde a produção de fibras e plantação de algodão, até a confecção e varejo em larga escala<sup>1</sup>.

Entre os fatores que promoveram o desenvolvimento do setor nos últimos anos, um dos principais é o desenvolvimento do modelo “*fast fashion*”, especialmente a entrada de empresas multinacionais no varejo brasileiro<sup>2</sup>. A pioneira deste novo modelo de negócio é a espanhola Zara, em que já ocorreu flagrante de trabalho em condições desumanas em suas confecções<sup>3</sup>.

A introdução da moda rápida no Brasil abriu um modelo de negócios caracterizado pela vitalidade, velocidade e diversidade, que pode atender às mudanças na demanda do mercado em um curto espaço de tempo<sup>4</sup>. A oferta passa a ser de peças descartáveis, vendidas a preços baixos e baseadas nas últimas tendências da moda<sup>5</sup>.

Com o sistema *fast fashion*, os processos de pesquisa de tendências e criação de empresas são bastante reduzidos, para satisfazer o desejo imediato do consumidor<sup>6</sup>. No entanto,

---

<sup>1</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA TÊXTIL E DE CONFECÇÃO (ABIT). *Perfil do setor*. 2017. Disponível em: <<https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>>. Acesso em: 07 out. 2021.

<sup>2</sup> REPÓRTER BRASIL; SOMO. *Da responsabilização moral à responsabilização jurídica?* As condições de escravidão moderna na cadeia global de suprimentos da indústria do vestuário e a necessidade de fortalecer os marcos regulatórios: o caso da Inditex-Zara no Brasil. São Paulo: Repórter Brasil & SOMO. 2015.

<sup>3</sup> INDITEX. *Quiénes somos*. Website. 2017. Disponível em: <https://www.inditex.com/web/guest/quienes-somos/inditex-en-el-mundo#continent/000>. Acesso em: 07 out. 2021.

<sup>4</sup> ČIARNIENĖ, R; VIENAŽINDIENĖ, M. Management of contemporary fashion industry: characteristics and challenges. *Procedia- Social and Behavioral Sciences*, V. 150, p. 1012-1019, 2014.

<sup>5</sup> REPÓRTER BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>6</sup> MORO, Rita de Cássia Lopes. *Responsabilidade social na cadeia de fornecedores do varejo de vestuário de moda: estudo de múltiplos casos*. Dissertação (Mestrado em Ciências). São Paulo: Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, p. 55, 2016.



se este modelo por um lado promove aos consumidores as tendências globais, por outro lado ele agrava os problemas sociais e ambientais significativos na indústria têxtil<sup>7</sup>. Assim, percebe-se que a ineficácia do combate ao neoescravidão está ligada ao consumo em massa, atrelado a “cegueira deliberada” do futuro consumidor e aos altos lucros da indústria têxtil a nível mundial.

Para melhor compreensão do conceito de escravidão contemporânea, faz-se necessário primeiramente analisar a legislação, a Constituição Federal de 1988, limita a vedar a pena de trabalhos forçados em seu art. 5º, XLVII<sup>8</sup>, bem como, há previsão no art. 243<sup>9</sup> de expropriação de caráter sancionatório, em casos de constatação de trabalho escravo.

Contudo, o Código Penal<sup>10</sup> trata da matéria de maneira mais específica, tipificando como crime a redução a condição análoga à de escravo, *in verbis*:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:  
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Desprende-se a partir de uma breve análise, que para ser caracterizado o trabalho análogo a escravo, é necessário que se enquadre em situações de restrições de locomoção, trabalho forçado, jornada exaustiva ou trabalho degradante. Os trabalhadores do setor têxtil, que tem os costureiros a maior categoria profissional na indústria, a maioria dos trabalhadores são mulheres<sup>11</sup>, que ficam sentadas costurando com barulho de máquinas, muitas vezes dormindo no mesmo local de trabalho, sendo perceptível a coerção física e moral para a realização de jornada excessiva, contraprestação pecuniária ínfima ou inexistente e proibição de deslocamento.

De acordo com dados divulgados pelo MPT<sup>12</sup> em abril de 2018, 166 empregadores constavam na listagem de Cadastro de Empregadores que submetiam trabalhadores à condições

---

<sup>7</sup> TURKER, D; ALTUNTAS, C. Sustainable supply chain management in the fast fashion industry: An analysis of corporate reports. *European Management Journal*, v. 32, n. 5, p. 837-849, 2014.

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2022.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2022.

<sup>11</sup> O recorte de gênero nas discussões sobre direitos humanos e empresas é de extrema relevância. Nesse sentido, vide: CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e na emancipação da mulher pelas empresas transnacionais*. Dissertação. São Paulo: PUC, 2014.

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. *Radar SIT: foram realizadas 234 ações fiscais até setembro de 2021*. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/trabalho/2021/outubro/radar-sit-foram-realizadas-234-acoes-fiscais-ate-setembro-de-2021>>. Acesso em 07 out. 2021.



análogas a de escravo, dentre eles cinco são oficinas de costura. Na mesma lista, divulgada em abril de 2019, pelo Ministério da Economia, a atualização conta com 187 empregadores, registrando um aumento em relação à constatação anterior. Já nos dados divulgados em relação a janeiro à setembro de 2021, foram realizadas 234 ações fiscais, sendo 102 empresas autuadas por praticas análogas à escravidão, submetendo 1.015 trabalhadores à condição degradante.

A indústria têxtil, muitas vezes se utiliza da cadeia produtiva, modificando o sistema produtivo de forma que dificulte o trabalho de erradicação dos órgãos públicos. Em grande parte, essa produção é terceirizada e as empresas acabam se isentando de qualquer responsabilidade, utilizando o trabalho em condições precárias a partir da vulnerabilidade de uma classe social e no anseio de lucro desenfreado<sup>13</sup>.

Os fatores imprescindíveis para a permanência do trabalho escravo no país, são definidos em um tripé: impunidade, pobreza e lucro, segundo Monteiro<sup>14</sup>. Para a autora, a pobreza é a principal responsável por fazer com que muitos trabalhadores se submetam a trabalho com condições análogas à de escravo, haja vista que acreditam ser a única maneira de saírem da extrema pobreza e sustentar suas famílias. Já o lucro, remete-se aos beneficiários que utilizam está prática ilícita de maneira de obter lucros altos.

A desigualdade social e a baixa escolaridade estão diretamente relacionadas ao neoescravismo<sup>15</sup>. Muitas das ocorrências de trabalho análogo ao escravo estão ligadas a contratação de imigrantes advindos de outros países da América Latina, para trabalhar nas periferias de maneira desumana<sup>16</sup>. Inicialmente os imigrantes entendem como uma oportunidade econômica, diante a realidade vivenciada em seus países de origem. A grande maioria, em situação irregular desempenha o trabalho sem denunciar os seus empregadores por medo de serem deportados.

O perfil dos agentes que mantém o trabalho escravo contemporâneo é o do empregador que sobrepõe o lucro em detrimento dos direitos humanos, contratam intermediários para aliciar, arregimentar e controlar os trabalhadores que são vítimas da desigualdade social e da

---

<sup>13</sup> FIDELIS, Samira Pessoa. *A terceirização do sistema de produção têxtil como ferramenta para a dissimulação as exploração de trabalho análogo ao de escravo na cadeia produtiva: um estudo do caso Zara (Inditex)*. 2014. 97 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, p. 24-27, 2014.

<sup>14</sup> MONTEIRO, Lilian A. *Políticas públicas para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil: Um estudo sobre a dinâmica das relações entre os atores governamentais e não-governamentais*. 2011. 184p. (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro RJ.

<sup>15</sup> SANTOS, Priscila Cardoso dos. *Baixa escolaridade torna trabalhadores mais vulneráveis à escravidão*. Disponível em: <<https://portal.aprendiz.uol.com.br/arquivo/2012/03/23/baixa-escolaridade-torna-trabalhadores-mais-vulneraveis-a-escravidao/>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

<sup>16</sup> REPÓRTER BRASIL. *O trabalho escravo no Brasil*. Disponível em: <<https://escravonempensar.org.br/o-trabalho-escravo-no-brasil/>>. Acesso em: 18 mar. 2022.



falta de atuação do Estado. Segundo Silva<sup>17</sup>, não há na legislação pena rigorosa para punir os responsáveis pela exploração de trabalho análogo a escravo.

## 2. MECANISMOS JURÍDICOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS DIANTE DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Apesar do acesso à justiça ser uma garantia constitucional, inúmeros são os obstáculos enfrentados, como a falta de informação. Muitos trabalhadores nesta condição, desconhecem a legislação ou não sabem que a situação em que se encontram é ilegal ou até mesmo conhecendo a ilegalidade, não sabem a quem recorrer. Sendo fundamental para o combate a escravidão a fiscalização, a punição dos empregadores, o acesso à informação e o reconhecimento dos direitos por parte dos trabalhadores<sup>18</sup>.

O Brasil reconheceu a existência do trabalho escravo em seu território em 1995, através da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>19</sup>. Sendo reconhecido internacionalmente pelo empenho em combater a escravidão contemporânea.

Em 2003, foi introduzido o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, possuindo como objetivo principal integrar e coordenar as ações de diferentes órgãos públicos e da sociedade, o que permitiu uma atuação mais articulada e integrada entre eles<sup>20</sup>. Em 2008 foi lançada uma segunda edição do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, em que mostrou ser necessário avanços, para diminuir a impunidade. O segundo plano foi referência nacional para a erradicação do trabalho escravo no Brasil<sup>21</sup>.

Conforme os Princípios Orientadores da ONU<sup>22</sup>, a responsabilização das empresas

---

<sup>17</sup> SILVA, J. B. D. *Trabalho escravo rural no brasil contemporâneo – uma ofensa à dignidade humana*. 2009. 45p. (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília DF.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Tamiris. *A educação é a principal política de prevenção ao “trabalho escravo”*. Disponível em: <<https://www.futura.org.br/a-educacao-e-a-principal-politica-de-prevencao-ao-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>19</sup> REPÓRTER BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>20</sup> Para as organizações de direitos humanos, o primeiro Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo foi extremamente importante para a promoção e fortalecimento de programas governamentais voltados à proteção da liberdade e integridade física de trabalhadores vulneráveis. Antes de sua adoção, as ações eram muito genéricas e ineficazes, sem propostas efetivas de ação por meio de instrumentos de planejamento e orçamento governamentais. CASTILHO, Ea Wiecko V. Os Planos Nacionais de Combate ao Trabalho Escravo. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz (org.). *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTr, 2017, p. 114.

<sup>21</sup> BRASIL. Governo Federal. *Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/combate-ao-trabalho-escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>22</sup> BRASIL. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. Tradução: Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha\\_verseoimpresso.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_verseoimpresso.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2022. Título original: *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*.



depende de meios judiciais e extrajudiciais existentes na legislação do país. No direito brasileiro é possível a responsabilização das empresas por violações aos direitos humanos na esfera cível, penal e administrativa.

Os mecanismos judiciais e extrajudiciais apresentam um papel primordial para a erradicação, sendo cada vez mais aprimorados. Na esfera civil, as penalidades estão previstas no art. 5º, V e X da CRFB/88<sup>23</sup>, art. 927 do CC<sup>24</sup>, na Lei nº 7.347/1985<sup>25</sup> e na Lei nº 8.078/1990<sup>26</sup>. Na esfera penal as penas estão previstas nos arts. 149, 203 e 207 do CP<sup>27</sup> a fim de não deixar impunes os crimes contra a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Já na esfera administrativa, as punições estão previstas na Consolidação de Leis trabalhistas (CLT) e na Portaria nº 86/2005<sup>28</sup> do Ministério de Estado do Trabalho e Emprego (MTE), que preveem multas administrativas.

O Inquérito Civil, previsto na Lei nº 7.347/1985<sup>29</sup>, tem como competência institucional o Ministério Público<sup>30</sup>. Seu objetivo é recolher elementos de prova que ensejem o ajuizamento da ação civil pública, sendo um procedimento administrativo de natureza inquisitiva. Portanto, é um meio para que o Ministério Público tenha subsídios para que possa formar seu convencimento sobre a ocorrência ou não da lesão e confirmada a lesão, decidir quais meios judiciais ou extrajudiciais são mais pertinentes ao caso.

Uma vez verificado a veracidade dos fatos lesivos aos interesses transindividuais, pode ser proposto o Termo de Ajuste de Conduta (TAC), que é considerado título executivo extrajudicial, em que é celebrado um acordo visando a reparação integral do *status quo ante* o evento danoso. Reforça as consequências do descumprimento aos direitos fundamentais, resguardando os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Objetiva-se defender os interesses da sociedade, sendo uma solução mais rápida e eficaz do que se levasse a juízo, uma vez que sua maior vantagem é a celeridade com que os conflitos podem ser solucionados<sup>31</sup>.

---

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>24</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2022.

<sup>25</sup> BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2022.

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2022.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>28</sup> BRASIL. *Portaria nº 86*, de 03 de março de 2005. Disponível em: <[http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/documentos/pagina/nr\\_31.pdf](http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/documentos/pagina/nr_31.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2022.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>30</sup> Conforme art. 129, III, da CRFB/88 e art. 84, II da Lei Complementar nº 075/1993.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Diego Marcel F. de. O TAC como instrumento de negociação nos inquéritos sobre denúncia de trabalho escravo. *Revista Jus Navigandi*, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74004/o-tac-como-instrumento-de-negociacao-nos-inqueritos-sobre-denuncia-de-trabalho-escravo>>. Acesso em: 16 fev. 2022.



O TAC interrompe imediatamente o comportamento ilegal, libera os trabalhadores e regulariza os contratos de emprego. Por ser uma medida imediata, é um mecanismo de combate ao trabalho escravo muito eficiente, e caso ocorra o descumprimento do acordo, como é um título executivo extrajudicial, é garantida a celeridade dos atos processuais, podendo ainda ser estipulado indenizações e multas.

A Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/1985<sup>32</sup>, é instrumento essencial para combater o trabalho análogo ao escravo, uma vez que faz cessar a situação de ilegalidade do empregado, condenando o empregador a obrigações de fazer ou não fazer, podendo ainda conceder indenização por danos materiais e morais, resguardando ainda os interesses difusos, coletivos e os individuais homogêneos. Sendo relevante ao combate a escravidão visto que impede a continuidade da prática ilegal, libera os trabalhadores e garante os seus direitos constitucionais.

A Ação Civil Coletiva, regulada pelo art. 81 e 82 da Lei nº 8.078/1990<sup>33</sup>, tem o fim de proteger os interesses individuais homogêneos conexos às relações trabalhistas, nos casos em que se verifica o trabalho análogo ao escravo. Nota-se que os direitos dos trabalhadores são indisponíveis, ou seja, seus interesses ensejam o motivo da coletividade<sup>34</sup>.

Outra via, é a Tutela Penal, com o objetivo de tutelar os interesses juridicamente relevantes, fundamentais para a sobrevivência da sociedade, se utilizando de sanções para penalizar os indivíduos infratores. As penas estão previstas nos artigos 149, 203 e 207 do Código Penal<sup>35</sup>, em que visam buscar proteção das vítimas e punir os infratores.

Foi necessário a criação de mecanismos extrajudiciais para uma melhor efetividade ao combate ao trabalho análogo ao escravo. A criação de Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) de iniciativa do MTE, teve um papel importante, visto que desde a sua criação mais de 54 mil pessoas foram regatas<sup>36</sup>. Além disso, o GEFM promove diagnóstico da situação, colhe provas necessárias e realiza a supervisão dos casos fiscalizados. Recentemente, criou um sistema de denúncias, o Sistema Ipê<sup>37</sup>.

A criação da Lista Suja, abrange o cadastro de empregadores que tiveram registros de empregados em condições análogas ao de escravo, fazendo com que esses empregadores

---

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 26.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, op. cit., nota 31.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>36</sup> BRASIL. Governo Federal. *Aos 25 anos, Grupo Especial de Fiscalização Móvel do trabalho lança novo sistema para denúncias*. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/aos-25-anos-grupo-especial-de-fiscalizacao-movel-do-trabalho-lanca-novo-sistema-para-denuncias>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>37</sup> Ibid.



fiquem impedidos de terem incentivos fiscais, como também encontram dificuldades na concessão de créditos<sup>38</sup>. É um mecanismo público de transparência, o consumidor final consegue verificar as empresas que utilizam estas práticas e assim podem optar em não consumirem os produtos ou serviços fornecidos por elas. Conforme Figueira<sup>39</sup>, a lista suja tem natureza econômica, uma vez que impacta negativamente na imagem da empresa.

A mídia tem um papel fundamental para fazer com que a sociedade se mobilize, e com isso a Organização Não-Governamental Repórter Brasil fez o mapeamento de cadeias produtivas de várias empresas atuantes no Brasil. Outra iniciativa da ONG foi a criação do aplicativo Moda livre, em que combate o trabalho escravo na indústria têxtil.

Concluindo que os mecanismos abordados não totalizam a atuação que busca o combate ao trabalho análogo ao escravo no Brasil. Existem outros meios, como a responsabilização na cadeia produtiva, a atuação do Ministério do Trabalho e Emprego, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). O imprescindível é expor que, a escravidão é corriqueira no país, devendo ocorrer conscientização da existência da prática e assim garantir efetividade na erradicação.

### 3. MECANISMOS DE REPRESSÃO E PREVENÇÃO AO NEOESCRAVISMO E SUA EFETIVIDADE

Como discorrido nos capítulos anteriores, o trabalho análogo ao escravo no Brasil é um problema social, de modo que os dispositivos legais procuram obter avanços na efetividade da proteção dos direitos humanos. O sistema eficaz para erradicação é aquele que efetiva a punição, que devolve a cidadania e reinsere as vítimas no mercado de trabalho, e que previne o aliciamento de novos trabalhadores<sup>40</sup>.

Entretanto, muitos são os obstáculos enfrentados para erradicação e a prevenção a escravidão contemporânea, sendo indispensável ressaltar alguns retrocessos que sucederam nos últimos anos. Como a conduta do Poder Executivo Federal, em que propôs uma ação judicial contra o MPT com o intuito de não ser possível a divulgação do cadastro de empregadores

---

<sup>38</sup> ZOCCHINO, Guilherme. Repórter Brasil. *Como prevenir e punir violações em cadeias produtivas: 2021*. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2021/08/como-prevenir-e-punir-violacoes-em-cadeias-produtivas/>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>39</sup> FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, A. A. (Org.); Oliveira, Edna Maria Galvão (Org.). *Estudos sobre as formas contemporâneas de trabalho escravo*. V. 1. Rio de Janeiro: Maud X, 2018, p. 94.

<sup>40</sup> PORTELA, Mariana de Almeida. *Trabalho em condições análogas às de escravo no Brasil: a eficácia do sistema jurídico de controle*. 2015. 64 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015, p. 40.





flagrados com mão de obra análoga à de escravo. Contudo o STF<sup>41</sup> entendeu pela constitucionalidade da divulgação da lista suja, conforme segue:

O diploma tem por princípio a chamada “transparência ativa”, incumbindo aos órgãos e entidades o dever de promover a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação. (...) Com o Cadastro, visou-se conferir publicidade a decisões definitivas, formalizadas em processos administrativos referentes a autos de infração, lavrados em ações fiscais nas quais constatada relação abusiva de emprego, a envolver situação similar à de escravidão.

Descabe articular com a natureza sancionatória do Cadastro, considerada a finalidade precípua de atendimento ao princípio da publicidade de atos administrativos de inequívoco interesse público – artigo 37 da Constituição Federal e Lei de Acesso à Informação

As dificuldades do sistema punitivo na conjuntura brasileira residem em diversos setores, desde a efetivação do processo legislativo até o cumprimento das leis pelo poder judiciário. Contribuindo com a impunidade dos infratores e a perpetuação do trabalho escravo o poder político dos empregadores, às comedidas penalidades previstas e à reconhecida morosidade do processo judicial<sup>42</sup>.

Os problemas orçamentários e operacionais do MTE, também contribuem para a diminuição considerável nas operações de resgate aos trabalhadores em situações precárias<sup>43</sup>.

A sofisticação dos métodos utilizados pelos empregadores, assim como a existência de cadeias produtivas complexas que são muito comuns na indústria têxtil<sup>44</sup> também são obstáculo presentes para a eficácia da repressão e prevenção do trabalho análogo ao escravo.

Conforme Ruggie, a separação legal das empresas e a responsabilidade limitada são barreiras para efetivação dos remédios constitucionais<sup>45</sup>, devendo a legislação brasileira estabelecer parâmetros para que as empresas atendam os direitos humanos. Sendo também um empecilho, as limitadas possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica.

Verifica-se que muitos mecanismos de repressão acabam não tendo sua eficácia plena,

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 509*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 16 set. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754002533>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

<sup>42</sup> COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*. Brasília: OIT, 2010, p. 121.

<sup>43</sup> FLEURY, Ronaldo Curado. Prefácio. In: Paixão, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz (org). *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTr, 2017, p. 21.

<sup>44</sup> Verifica-se que a estrutura da cadeia produtiva têxtil é formada por diversos segmentos autônomos. Sendo destacadas 4 etapas, que são: fiação, tecelagem, acabamento e confecção. O produto de cada uma dessas fases é a matéria-prima da fase seguinte. HIRATUKA, Célio. *Relatório de acompanhamento setorial têxtil e confecção*. Unicamp, v. 1, p. 4, 2008. Disponível em: <[https://www.eco.unicamp.br/neit/images/stories/arquivos/RelatorioABDI/textil-e-confeccao\\_vol-I\\_junho2008.pdf](https://www.eco.unicamp.br/neit/images/stories/arquivos/RelatorioABDI/textil-e-confeccao_vol-I_junho2008.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>45</sup> MARES, Radu. Responsibility to respect: why the core company should act when affiliates infringe human rights. In: *The un guiding principles on business and human rights – Foundations and implementation*. Boston: Martin Nijhoff Publishers, 2012, p. 6.



visto que o Judiciário acaba beneficiando os violadores dos direitos humanos com a morosidade do processo, diversidade de recursos que retardamento de soluções jurisdicionais definitivas e a insegurança jurídica<sup>46</sup>.

O TAC apesar de possuir inúmeras vantagens, tem efetividade parcial no combate ao trabalho análogo ao escravo, visto que pode ser assinado sem o reconhecimento de qualquer responsabilidade, uma vez que a assinatura não significa sempre o reconhecimento da irregularidade denunciada ao órgão público. O que faz ser criticado, visto que as pessoas afetadas merecem além da reparação pelo dano sofrido, a responsabilização do violador.

Ademais, para sua realização deve haver a concordância do infrator e, caso não ocorra, deve ser utilizada a ação civil pública. Outro fator negativo, é a dificuldade em fiscalizar se os termos firmados foram cumpridos no âmbito administrativo<sup>47</sup>.

Os Planos Nacionais para Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil foram marcos na prevenção e repressão do combate ao escravo, entretanto, apresentam problemas estruturais que afetam à eficácia, como órgãos externos de monitoramento e avaliação, ausência de indicadores para a avaliação dos processos e dos resultados comerciais<sup>48</sup>.

O Grupo Especial de Fiscalização Móvel, apesar de ser muito relevante, não é suficientemente utilizado, onde sua atuação poderia obter maior efetividade lhes fossem conferidos meios que possibilitem uma maior estrutura de atuação, partindo de uma divulgação mais ampla e parcerias com outros grupos e órgãos atuantes na área. As fiscalizações do GEFM são afetadas pela falta de recursos e impasses operacionais, como os impasses para o acesso em lugares isolados, até mesmo falta recursos para a compra de passagens aéreas<sup>49</sup>.

Já a utilização da lista suja é um meio bastante efetivo para a repressão e prevenção, visto que gera um desconforto para as empresas, traz dificuldades na concessão de créditos, bem como impedimento das instituições financeiras em renovar ou conceder financiamento para os listados<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> HOMA, Centro de Direitos Humanos e Empresas (Org.). *Direitos humanos e empresas: o estado da arte do direito brasileiro*. Juiz de Fora: Editar Associada Ltda, 2016, p. 39

<sup>47</sup> HANNEMANN, Roberta Castro. *O enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo no Pará e a efetividade dos termos de ajustamento de conduta*. CONPEDI, 2017, p. 23. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/pi88duoz/2c58gdus/m7EtQhWuI0d79nWY.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022, p. 23.

<sup>48</sup> CASTILHO, Eva Wiecko V. Os planos nacionais de combate ao trabalho escravo. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz (org.). *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTr, 2017, p. 127.

<sup>49</sup> SUDRÉ, Lu. *Combate ao trabalho escravo sofre corte orçamentário no Brasil; 369 mil são afetados*. Brasil de fato. São Paulo. 2018. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/08/05/combate-ao-trabalho-escravo-sofre-corte-orcamentario-no-brasil-369-mil-sao-afetados>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

<sup>50</sup> ZOCCHINO, op. cit., nota 38.



A ação civil pública tem demonstrado efetividade para o combate da escravidão, uma vez que evidenciada no intuito de impedir a continuidade da prática, libertando os trabalhadores e garantindo seus direitos trabalhistas, além de trazer a condenação dos empregadores a indenização pelos danos causados aos trabalhadores<sup>51</sup>.

Conclui-se que os meios judiciais e extrajudiciais impactam positivamente na mão de obra escrava, mas é necessário aperfeiçoar as medidas protetivas. Devendo aumentar os recursos financeiros, para uma maior efetividade na fiscalização. A lista suja e os programas da Organização Não-Governamental Repórter Brasil são muito efetivos pela publicidade e por impactarem na imagem da empresa. Além disso, falta planos nacionais para geração de emprego e renda, o que acaba acarretando o empregado a se sujeitar a trabalhos indignos.

## CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou demonstrar o desafio para a erradicação do trabalho análogo ao escravo na indústria têxtil brasileira, além de apresentar os mecanismos jurídicos para a repressão e prevenção mais utilizados para reprimir esta prática ilícita e sua efetividade.

Inicialmente fez necessária a análise do conceito da escravidão contemporânea de acordo com a legislação vigente, vendo o aspecto relevante na previsão do artigo 149 do Código Penal Brasileiro, relatando que apesar da proclamação da Lei Áurea, em 1888, não teve o condão de reinserir esses indivíduos na sociedade.

A indústria têxtil se beneficia com crescimento do setor e do anseio por tendências efêmeras trazidas pelo consumo em massa para explorar uma mão de obra que não possui as condições mínimas e básicas de saúde, segurança e dignidade. Desse modo, a pesquisa possibilitou uma análise de como se comporta a sociedade de consumo e quais os reflexos do consumo em massa atrelado a “cegueira deliberada” do consumidor nas relações do trabalho análogo ao escravo. Também explicou os principais fatores para a presença do trabalho escravo na atualidade, sendo definidos pelo tripé: imunidade, pobreza e lucro.

Da análise dos principais mecanismos judiciais e extrajudiciais para a responsabilização das empresas, percebeu-se que o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo teve um impacto positivo, porém não foi suficiente para acabar com a violação aos direitos humanos.

O inquérito civil é o meio para apurar a possível ocorrência da lesão, quando

---

<sup>51</sup> GUIMARÃES, Kamila Amaro. *Trabalho análogo ao escravo na indústria têxtil brasileira e os mecanismos de combate no país*. 2018. 28 f. Artigo Científico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, 2018, p. 22.



comprovada, pode seguir com o Termo de Ajuste e Conduta, que é uma via célere para negociar com as empresas, possibilitando que as causas de grupos vulneráveis sejam atendidas mais rapidamente. Entretanto, o TAC recebe críticas pela possibilidade da assinatura sem reconhecimento de responsabilidade da empresa, bem como, pela falta de fiscalização. Já a Ação Civil, desempenha um papel importante, impedindo a continuidade da prática ilícita.

A criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel, que promove ações de fiscalizações a partir de denúncias ao MTE foi de suma importância, conseguindo o resgate de milhares de trabalhadores. Assim como, a lista suja, é um dos instrumentos mais efetivos de repressão a essa prática. A Organização Não-Governamental Repórter Brasil também tem um papel fundamental, fazendo com que a sociedade se mobilize.

O que se observa da legislação brasileira, é que a principal ferramenta judicial para responsabilizar as empresas por trabalho em condição análoga à escravidão é a Ação Civil Pública. Entretanto, são nítidos os obstáculos para a sua aplicação, com a morosidade do Judiciário, as sucessivas possibilidades recursais que beneficiam as grandes empresas. Já no tocante aos mecanismos extrajudiciais, os principais são o inquérito civil, o TAC e a lista suja.

Portanto, mesmo com os problemas identificados os desafios ainda são muitos, especialmente em relação à falta de recursos e impasses operacionais, a desinformação, aos valores das multas, à não reinserção do trabalhador resgatado no mercado de trabalho e a fiscalização efetiva dos órgãos responsáveis. Apesar dos avanços na legislação, os textos normativos ainda se mostram insuficientes, necessitando de penas mais severas e mais facilmente aplicáveis ao Judiciário.

Sendo necessário promover a discussão acerca da escravidão contemporânea pela sociedade civil, para que cada indivíduo reflita sobre a origem das mercadorias que consomem e acabam indiretamente corroborando com o descaso ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tamiris. *A educação é a principal política de prevenção ao “trabalho escravo”*. Disponível em: <<https://www.futura.org.br/a-educacao-e-a-principal-politica-de-prevencao-ao-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA TÊXTIL E DE CONFECÇÃO (ABIT). *Perfil do setor*. 2017. Disponível em: <<https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>>. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 09 set. 2021.



\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. *Aos 25 anos, Grupo Especial de Fiscalização Móvel do trabalho lança novo sistema para denúncias*. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/aos-25-anos-grupo-especial-de-fiscalizacao-movel-do-trabalho-lanca-novo-sistema-para-denuncias>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. *Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/combate-ao-trabalho-escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. Tradução: Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha\\_versoimpresso.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2022. Título original: *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 509*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 16 set. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754002533>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Previdência. *Radar SIT: foram realizadas 234 ações fiscais até setembro de 2021*. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/trabalho/2021/outubro/radar-sit-foram-realizadas-234-acoes-fiscais-ate-setembro-de-2021>>. Acesso em: 07 out. 2021.

CASTILHO, Ea Wiecko V. Os Planos Nacionais de Combate ao Trabalho Escravo. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz (org.). *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTr, 2017.

ČIARNIENĖ, R; VIENAŽINDIENĖ, M. Management of contemporary fashion industry: characteristics and challenges. *Procedia- Social and Behavioral Sciences*, V. 150, 2014.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*. Brasília: OIT, 2010.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, A. A. (Org.); Oliveira, Edna Maria Galvão (Org.). *Estudos sobre as formas contemporâneas de trabalho escravo*. V.1. Rio de Janeiro: Maud X, 2018.

FIGUEIREDO DANTAS, Paulo Roberto de. *Direito processual constitucional*. 10. ed. São Paulo: Foco, 2021.

FLEURY, Ronaldo Curado. Prefácio. In: Paixão, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz (org). *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTr, 2017.

HANNEMANN, Roberta Castro. *O enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo no Pará e a efetividade dos termos de ajustamento de conduta*. CONPEDI, 2017, p. 23. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/pi88duoz/2c58gdus/m7EtQhWuI0d79nWY.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

HOMA, Centro de Direitos Humanos e Empresas (Org.). *Direitos humanos e empresas: o estado da arte do direito brasileiro*. Juiz de Fora: Editar Ltda, 2016.

INDITEX. *Quiénes somos*. Website. 2017. Disponível em: <https://www.inditex.com/web/guest/quienes-somos/inditex-en-el-mundo#continent/000>. Acesso em: 07 out. 2021.

MARES, Radu. Responsibility to respect: why the core company should act when affiliates infringe human rights. In: *The un guiding principles on business and human rights – Foundations and implementation*. Boston: Martin Nijhoff Publishers, 2012.

MONTEIRO, Lilian A. *Políticas públicas para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil: Um estudo sobre a dinâmica das relações entre os atores governamentais e não-governamentais*. 2011. 184p. (Mestrado). Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro RJ.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORO, Rita de Cássia Lopes. *Responsabilidade social na cadeia de fornecedores do varejo de vestuário de moda: estudo de múltiplos casos*. Dissertação (Mestrado em Ciências). São Paulo: Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, 2016.

PORTELA, Mariana de Almeida. *Trabalho em condições análogas às de escravo no Brasil: a eficácia do sistema jurídico de controle*. 2015. 64 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.

REPÓRTER BRASIL. *O Trabalho Escravo no Brasil*. Disponível em: <<https://escravonempensar.org.br/o-trabalho-escravo-no-brasil/#:~:text=O%20governo%20federal%20brasileiro%20assumiu,do%20problema%20em%20seu%20territ%C3%B3rio>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Da responsabilização moral à responsabilização jurídica? As condições de escravidão moderna na cadeia global de suprimentos da indústria do vestuário e a necessidade de fortalecer os marcos regulatórios: o caso da Inditex-Zara no Brasil*. São Paulo: Repórter Brasil & SOMO. 2015.

SILVA, J. B. D. *Trabalho escravo rural no brasil contemporâneo – uma ofensa à dignidade humana*. 2009. 45p. (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília DF.

TURKER, D; ALTUNTAS, C. Sustainable supply chain management in the fast fashion industry: An analysis of corporate reports. *European Management Journal*, v. 32, n. 5, 2014.

ZOCCHINO, Guilherme. Repórter Brasil. *Como prevenir e punir violações em cadeias produtivas: 2021*. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2021/08/como-prevenir-e-punir-violacoes-em-cadeias-produtivas/>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

## A LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO PARA PLEITEAR REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS TITULARIZADOS PELO FALECIDO

Laura Alves Lagrota

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

**Resumo** – o presente artigo tem por objetivo o estudo acerca da legitimidade ativa do espólio para o ajuizamento de ação de reparação por danos morais titularizados pelo falecido, após a edição do Enunciado da Súmula nº 642 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, em um primeiro momento, traça-se a distinção entre o dano moral como direito do próprio falecido e o dano moral titularizado pelos seus familiares. No segundo capítulo, expõe-se a controvérsia doutrinária sobre a transmissibilidade da reparação advinda da violação a direitos personalíssimos. Por fim, com base na jurisprudência histórica do Superior Tribunal de Justiça e na contribuição doutrinária, debate-se sobre a manutenção da legitimidade ativa do espólio para o ajuizamento de ação para reparação por danos morais, não obstante não haver menção expressa no enunciado da súmula.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito Processual Civil. Dano moral. Transmissibilidade da repercussão patrimonial. Legitimidade. Espólio.

**Sumário** – Introdução. 1. A distinção entre o dano moral como direito do próprio falecido e o dano moral titularizado pelos seus familiares. 2. Controvérsias acerca da transmissibilidade da reparação advinda da violação a direitos personalíssimos. 3. A legitimidade do espólio para ajuizar ação de reparação por danos morais sofridos pelo falecido. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da legitimidade do espólio para o ajuizamento de ação de reparação por danos morais sofridos pelo falecido. O objetivo do presente estudo é, a partir da necessária diferenciação entre o dano moral titularizado pelos próprios herdeiros e aquele titularizado pelo falecido, bem como da discussão acerca da transmissibilidade da reparação advinda da violação a direitos personalíssimos, enfrentar a questão acerca da legitimidade do espólio para o ajuizamento de ação pleiteando a reparação por danos morais de titularidade do falecido.

A legitimidade ativa para pleitear danos morais de titular falecido sempre foi objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência. O STJ editou, em dezembro de 2020, o enunciado da Súmula nº 642, no qual dispôs expressamente sobre a transmissibilidade do direito à indenização por danos morais com o falecimento do titular e a legitimidade dos herdeiros para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória. Por não ter explicitado a figura do espólio no enunciado da súmula, surge a dúvida – aqui enfrentada - se seria uma vedação ou se a legitimidade do espólio se mantém.

Nesta temática, existe uma interseccionalidade entre o direito material e o direito processual. Além da importância teórica de se definir a legitimidade *ad causam* para pleitear o direito material, que pode levar à extinção do processo sem resolução do mérito, há importância prática e social do tema, pois o ajuizamento da ação pelo espólio e não pelos herdeiros pode ser uma estratégia que atende ao melhor interesse das partes, além de evitar possíveis abusos.

No primeiro capítulo, traça-se a necessária distinção entre o dano moral titularizado pelos herdeiros e o titularizado pelo próprio falecido. Quanto aos herdeiros, não há dúvidas que possuem legitimidade para ajuizar ação em nome próprio. Com relação ao falecido, além dos danos sofridos ainda em vida, cogita-se a possibilidade de sofrer danos morais mesmo após a morte. Em ambas as hipóteses, discute-se a legitimidade para o ajuizamento ou prosseguimento da ação.

No segundo capítulo, apresenta-se a controvérsia existente sobre a transmissibilidade da repercussão patrimonial advinda do dano moral. Prevalece o entendimento de que esta repercussão é transmissível. Ademais, a transmissibilidade do direito material repercute diretamente no aspecto processual da legitimidade ativa.

Com a edição do enunciado da Súmula nº 642 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual não explicitou a figura do espólio, surge a dúvida se seria uma vedação ou se a legitimidade do espólio se mantém. É preciso refletir, com base na doutrina e na jurisprudência histórica do STJ, a possibilidade de o espólio figurar no polo ativo das ações de reparação por danos morais sofridos pelo falecido. Para tanto, no terceiro capítulo, analisam-se os possíveis argumentos favoráveis e os contrários à legitimidade ativa do espólio nesse tipo de ação.

A pesquisa é desenvolvida pelo método indutivo, uma vez que, a partir de posições doutrinárias e das decisões do STJ que deram origem à edição do Enunciado de Súmula 642, analisa-se o objeto da pesquisa, com a finalidade de aceitar ou rejeitar argumentativamente a possibilidade de se conferir legitimidade ao espólio em todas as ações que se busque reparação por danos morais titularizados pelo falecido.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, com base em revisão bibliográfica e, principalmente, análise jurisprudencial, para se chegar a uma conclusão sobre a temática em foco.



## 1. A DISTINÇÃO ENTRE O DANO MORAL COMO DIREITO DO PRÓPRIO FALECIDO E O DANO MORAL TITULARIZADO PELOS SEUS FAMILIARES

O direito à reparação por dano moral é inquestionável e constitui o fundamento jurídico de grande parte das demandas que chegam ao Judiciário brasileiro. Contudo, alguns aspectos referentes ao direito, como a amplitude da proteção, a legitimidade para pleitear reparação, a função e até o próprio conceito não são consenso na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Inicialmente, a doutrina conceituava o dano moral por exclusão, em contraponto ao dano material ou patrimonial<sup>1</sup>. Com a devida *vênia*, trata-se de conceito insuficiente, que não adentra propriamente o conteúdo dos danos morais. Nessa perspectiva, a doutrina passou a conceituar o dano moral sob dois aspectos.

Para alguns autores, o dano moral seria a lesão a sentimentos, que causa dor, vexame, humilhação<sup>2</sup>. Observa-se que o conceito parte da consequência, da repercussão do dano moral, sem defini-lo propriamente. Sendo assim, o melhor conceito é aquele que define o dano moral como lesão a direitos da personalidade.

Na lição de Yussef Said Cahali<sup>3</sup>, citando Dalmartello:

[...] parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’

Os direitos da personalidade formam uma categoria de direitos que protege o ser humano no âmbito existencial, refletindo o próprio valor de dignidade, eleito como fundamento da República no artigo 1º da Constituição Federal (CRFB/88)<sup>4</sup>.

Segundo o conceito de Francesco Degni<sup>5</sup>, os direitos da personalidade visam a “garantir à pessoa o gozo das faculdades do corpo e do espírito, atributos essenciais da própria natureza humana, condições fundamentais da sua existência e da sua atividade”.

<sup>1</sup> Nesse sentido: DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 4; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 30; SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e a sua Reparação*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1.

<sup>2</sup> Nesse sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 206; CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 607.

<sup>3</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2021.

<sup>5</sup> DEGNI, Francesco. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*. In: VASSALI, Filippo. *Tratatto di Diritto Civile Italiano*. V. II, T. I, Torino: UTET, 1939, p. 162.

Adriano de Cupis<sup>6</sup> afirma que são direitos essenciais, sem os quais os outros direitos objetivos perderiam o interesse para o indivíduo, constituem a medula da personalidade. Na perspectiva do autor, o objeto se confunde com o próprio sujeito, afinal, o objeto dos direitos da personalidade é o próprio “ser”, e não o “ter”.

Partindo-se do conceito de dano moral como lesão a direitos da personalidade, o titular do direito material – cujo dano será objeto de reparação no campo processual - é aquele que teve algum dos aspectos de sua personalidade atingidos.

A situação mais corriqueira é quando alguém, em vida, é vítima de violação a direitos da personalidade. Quanto à titularidade do direito material, não há dúvidas de que o titular é o próprio lesado. As discussões se colocam no âmbito do direito processual, no que diz respeito à legitimidade ativa para se buscar a reparação, quando esse titular falece, o que será discutido mais à frente.

Também pode se delinear a situação em que um mesmo dano causa lesão a direitos da personalidade de uma vítima direta e atinge a esfera jurídica de terceiros, normalmente parentes daquela. Trata-se do dano reflexo ou em ricochete, conceituado como:

[...] o prejuízo que pode ser observado sempre em uma relação triangular em que o agente prejudica uma vítima direta que, em sua esfera jurídica própria, sofre um prejuízo que resultará em um segundo dano, próprio e independente, observado na esfera jurídica da vítima reflexa ou por ricochete.<sup>7</sup>

O dano em ricochete está positivado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 948, II do Código Civil<sup>8</sup>. Em que pese mencionado dispositivo se referir ao caso de falecimento da vítima, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é ampliativa e o reconhece mesmo em situações em que a vítima direta está viva<sup>9</sup>. Nessas hipóteses, a vítima direta titulariza direito personalíssimo, ao passo que a vítima reflexa titulariza direito autônomo, que não se confunde com o daquela.

Em sendo a vítima falecida, e configurado o dano em ricochete, a legitimidade dos herdeiros é ordinária: pleiteiam em nome próprio a reparação pela violação de direito material próprio. Quanto a isso, não há controvérsias.

<sup>6</sup> CUPIS, Adriano de. *Direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

<sup>7</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de justiça, função social do contrato e indenização do dano reflexo ou por ricochete. *Revista Sequência*, v. 32, n. 63, p. 354-355, dez. 2011.

<sup>8</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 out. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.734.536*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201734536>>. Acesso em: 07 out. 2021.



Por fim, uma terceira situação - e a mais tormentosa - é se poderia haver violação a direito da personalidade, apta a ensejar a reparação por danos morais, surgida após a morte do *de cuius*. Tendo em vista o conceito aqui utilizado de dano moral como lesão a direitos da personalidade, a um primeiro momento poderia se pensar que ao fim da personalidade não haveria mais tal possibilidade. Contudo, adota-se a visão de San Tiago Dantas<sup>10</sup>, para quem a personalidade possui mais de um sentido, o que permite chegar-se a conclusão diversa.

Segundo o autor, a personalidade pode ser percebida como capacidade de direito (perspectiva rigorosamente técnico-jurídica) e como conjunto de atributos inerentes à condição humana (perspectiva natural).

A perspectiva técnico-jurídica consubstancia-se na capacidade de direito e é limitada ao nascimento com vida, conforme artigo 2º do Código Civil Brasileiro<sup>11</sup> e o evento morte, conforme artigo 6º do mesmo código<sup>12</sup>.

Já a perspectiva natural consubstancia-se no valor da dignidade inerente ao ser humano. Segundo Immanuel Kant<sup>13</sup>, as noções de pessoas e coisas vieram da filosofia; a pessoa é um fim em si mesmo, possui valor absoluto e intangível, ao passo que as coisas são um meio, possuem valor relativo.

Considerando-se a personalidade inerente à própria condição humana, pode-se afirmar que ela sempre está presente no âmbito do sentido natural ou ético-substancial, mesmo após a morte. Um bom exemplo da adoção desta perspectiva seria a proteção conferida pelos direitos autorais: não se pode usurpar autoria de um livro ou de uma partitura porque a pessoa faleceu.

Contudo, a questão está longe de ser pacífica na doutrina. Paulo Lôbo<sup>14</sup> sustenta que os direitos da personalidade se extinguem com a morte, mas haveria uma transeficácia *post mortem*, de modo que no caso da lesão à honra do morto a defesa seja atribuída a familiares. Segundo Diogo Leite de Campos<sup>15</sup>, a personalidade jurídica se estenderia para depois de sua morte, prolongando-se no tempo. Desta forma, os sucessores não estariam zelando por um interesse próprio, mas sim por um interesse do falecido. Por fim, cumpre ressaltar o entendimento de Gustavo Tepedino<sup>16</sup> que, mesmo considerando que os direitos da

<sup>10</sup> DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Parte Geral. V.1. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 191.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> KANT. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 84.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo. *Danos morais e direitos da personalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-edireitos-da-personalidade>>. Acesso em: 03 out. 2021.

<sup>15</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 67, 1991, p. 129-223.

<sup>16</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

personalidade se extinguem com a morte, sustenta que alguns interesses permanecem resguardados sob sua tutela, como por exemplo interesses relativos à imagem, ao nome, à autoria, à sepultura e ao cadáver do falecido.

Tendo em vista o conceito de danos morais como lesão aos direitos da personalidade e considerando as duas acepções da personalidade – sentido técnico-formal e natural –, sendo que está permanece presente mesmo após a morte, conclui-se que atos de violação dos direitos da personalidade de alguém após sua morte configuram dano moral de titularidade do próprio falecido.

Por todo o exposto, há de se distinguir a ocorrência de três situações: (i) dano moral causado à pessoa durante sua vida; (ii) dano moral reflexo sofrido pelos familiares da vítima de um dano, esteja viva ou morta; (iii) dano moral causado à pessoa após a sua morte.

A segunda situação trata de legitimidade ordinária, que não gera controvérsias e não será aqui tratada. O objeto do presente estudo é a primeira situação, quando ocorre o falecimento da vítima antes ou durante a ação judicial, e a terceira situação. Em ambos os casos, o falecido é o titular do direito da personalidade violado, razão pela qual é preciso se perquirir a possibilidade de sua transmissibilidade.

## 2. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA TRANSMISSIBILIDADE DA REPARAÇÃO ADVINDA DA VIOLAÇÃO A DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e, como tal, não se transmitem. Por outro lado, uma vez violados, dão ensejo à reparação por sua violação, que assume caráter patrimonial. Desta forma, à medida em que integra o patrimônio da vítima, defende-se a transmissibilidade do direito à reparação pelo dano moral causado ao *de cuius*, tanto em vida quanto *post mortem*.

Contudo, não se trata de conclusão pacífica na doutrina. Acerca da questão, três correntes se formaram.

Segundo Wilson Melo da Silva<sup>17</sup>, o dano moral possui caráter eminentemente subjetivo, de forma que jamais se transferiria a terceiros; eles próprios sentiriam suas angústias, mas não aquelas transferidas pela vítima. Nesse sentido, e invocando os entendimentos de Demogue e Ripert, o autor conclui pela intransmissibilidade por morte do direito indenizatório ao dano

---

<sup>17</sup> SILVA apud ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral. *Revista da EMERJ*, v.7, n.28, 2004, p. 100.

moral. Na mesma linha de entendimento, Patrice Jourdain<sup>18</sup> argumenta que a indenização aos herdeiros não traz nenhum alívio aos sofrimentos experimentados pela vítima.

Para uma corrente intermediária<sup>19</sup>, o dano moral é inerente à pessoa do lesado, portanto, a ação reparatória é de natureza personalíssima. A pretensão indenizatória é intransmissível, contudo, assume feição patrimonial após o ajuizamento da ação, quando poderia ser transmitida aos herdeiros.

No Direito comparado, a posição da transmissibilidade condicionada ao ajuizamento da ação em vida pelo falecido é a adotada pelo Código Civil argentino em seu artigo 1.099<sup>20</sup>.

O entendimento é defensável a partir de algumas conjecturas acerca do motivo da falta de ajuizamento da ação, como a renúncia à pretensão, o perdão dado pela vítima ao ofensor, o fato de a vítima não ter se sentido lesada. Nesses casos, de fato, a transmissibilidade incondicionada não se mostraria razoável, por ir de encontro à vontade do lesado. A dificuldade empírica que se coloca é saber qual seria de fato a vontade do lesado, pois não raras vezes pode não ter ajuizado a ação indenizatória em vida por outros motivos, como a impossibilidade em razão de doença, por encontrar-se em idade avançada ou até mesmo por ter a pretensão em seu íntimo, mas não conseguir exercê-la antes de seu falecimento.

Superadas as conjecturas, fato é que, caso a vítima tenha ajuizado a ação em vida, dúvidas não haverá acerca do seu desejo de instaurar o litígio. Conforme ressaltado por Savatier<sup>21</sup>, a vítima poderia transmitir seu direito de indenização por dano moral por convenção ou por sucessão.

Neste ponto, a partir da doutrina do autor, pode-se extrair uma ideia interessante para os dias atuais: se a vítima pode transmitir seu direito de indenização por dano moral por convenção, é defensável a possibilidade de cessão onerosa do direito à reparação a um terceiro, que compraria referido direito do lesado, o qual receberia sua compensação pelo cessionário e este, em juízo, poderia, a depender do resultado da demanda, receber uma indenização em razão do dano causado pelo ofensor à vítima/ cedente.

Em continuação, pondera Savatier que se a vítima não propusesse a demanda, não haveria transmissão hereditária, sob o fundamento de que os herdeiros não conseguiriam quantificar a dor moral do *de cuius*. De fato, a dificuldade probatória é inegável, diante da

<sup>18</sup> VINEY; JOURDAIN apud ibid.

<sup>19</sup> ORGAZ, Alfredo. *El dano resarcible: actos ilicitos*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1952, p. 223.

<sup>20</sup> ARGENTINA; *Código Civil*. “Art.1099.- Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_civil\\_de\\_la\\_republica\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2022.

<sup>21</sup> SAVATIER, apud ANDRADE, op. cit., p. 102.

ausência da figura principal. Inclusive, esta dificuldade manifesta-se também no caso de cessão onerosa do direito à reparação. Contudo, é necessário pontuar que a dificuldade probatória diz respeito ao mérito da demanda, não às condições da ação – ou pressupostos processuais. Desta forma, entende-se que a dificuldade probatória dos herdeiros ou cessionários de quantificar a dor moral do *de cujus* não implica em ilegitimidade ativa. Conforme o princípio da primazia do mérito, a ação deverá ser julgada em seu mérito, e eventual dificuldade probatória deverá ser considerada para fins de quantificação da indenização ou, caso a dificuldade seja extrema a ponto de não se conseguir provar o dano, ensejará a improcedência da ação, mas não a sua extinção sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa.

Por fim, para uma terceira corrente<sup>22</sup>, à qual se filia, o direito de reparação por dano moral não se confunde com o direito da personalidade. Enquanto este tem característica personalíssima, portanto, é intransmissível; aquele possui caráter patrimonial e, como tal, transmite-se aos herdeiros do falecido.

Com a devida *vênia*, a primeira corrente considera tão somente o caráter compensatório do dano moral, e não seu caráter punitivo, que tem importante função de moldar comportamentos a evitar danos futuros. Já a segunda corrente desconsidera situações de ordem prática, como vítimas enfermas, muito idosas ou que, por qualquer outro motivo, não ajuizaram ação reparatória em vida, o que não significa que o dano sofrido possa ficar sem reparação.

Agrava-se ainda mais a celeuma quando se cogita a situação de ofensa a direitos à personalidade do falecido perpetrada após sua morte. Caso se defenda a intransmissibilidade do direito à reparação ou a reparação condicionada ao ajuizamento da ação em vida, estar-se-ia permitindo que se pratiquem lesões de mais variadas ordens à memória do falecido, sem qualquer sanção.

Nesse norte, em defesa da transmissibilidade da reparação pelo dano moral causado ao falecido, equipara-se o direito à reparação a um crédito que, portanto, pode ser objeto de cessão por ato *inter vivos* ou de transmissão *causa mortis*.

No Direito comparado, países como Itália, Alemanha, França e Portugal adotam este posicionamento. No Brasil, o ordenamento jurídico positivou a transmissibilidade do direito à indenização por dano moral. Nesse sentido, dispõe o artigo 943 do Código Civil Brasileiro<sup>23</sup> que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança. Em complemento o Enunciado nº 454 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal

<sup>22</sup> PORTO, Mário Moacyr. Dano por Ricochete. *Revista dos Tribunais*, v. 79, n. 661, 1990, p. 7/10.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

dispõe que: “O direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 do Código Civil<sup>24</sup> abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima”<sup>25</sup>.

Como bem pontuado por Mário Moacyr Porto<sup>26</sup>:

O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é 'bem' que componha o patrimônio transmissível do de cujus. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é de natureza patrimonial. Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, pág. 46, esclarece: 'O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores'.

Com a edição do enunciado da Súmula nº 642 do STJ<sup>27</sup>, parece que, ao menos em nível jurisprudencial, pacificou-se o entendimento pela transmissibilidade da reparação pelos danos morais.

Para se discutir acerca da legitimidade do espólio para pleitear a reparação pelos danos morais causados à pessoa durante sua vida ou após a sua morte, tem-se como pressuposto a transmissibilidade do direito à reparação pelo dano. Assentada a premissa da possibilidade de transmissão, passa-se à análise da legitimidade (ou não) do espólio para ajuizar a ação.

### 3. A LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO PARA AJUIZAR AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS PELO FALECIDO

O Superior Tribunal de Justiça, ao editar o enunciado de Súmula nº 642<sup>28</sup>, deixou claro sua posição acerca da transmissibilidade do direito à reparação civil advindo da lesão a direitos extrapatrimoniais do falecido. Contudo, mencionou como legitimados ativos apenas os herdeiros: “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 454*. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/398>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

<sup>26</sup> PORTO, op. cit., p. 7/10.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 642*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/11573/11697#:~:text=O%20direito%20%C3%A0%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por,ou%20prosseguir%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20indenizat%C3%B3ria>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

<sup>28</sup> Ibid.

Questiona-se: teria também o espólio legitimidade ativa para ajuizar a competente ação indenizatória?

Como bem conceitua Cândido Rangel Dinamarco:

A legitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo como demandante ou demandado em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma concreta relação entre o sujeito e a causa e se traduz na relevância que o resultado desta virá a ter sobre a esfera de direitos do autor, seja para favorecê-la ou para restringi-la<sup>29</sup>.

Com o falecimento do *de cuius*, forma-se a herança – conjunto de seus bens. A herança, por sua vez, forma o espólio, que constitui um ente despersonalizado ou despersonificado, e não uma pessoa jurídica, havendo uma universalidade jurídica, criada por ficção legal<sup>30</sup>.

Enquanto não ultimada a partilha, o espólio, devidamente representado pelo inventariante, assume, por expressa determinação legal, a legitimidade *ad causam* para demandar e ser demandado em todas as ações em que o *de cuius* integraria o polo ativo ou passivo se vivo fosse<sup>31</sup>.

No caso de ação indenizatória, para a aferição da legitimidade do espólio, a investigação que se mostra relevante é saber se o bem jurídico litigioso era de titularidade originária do falecido e foi transmitido por efeito hereditário, ou se, ao reverso, debatem as partes em torno de bens cuja titularidade é dos herdeiros por direito próprio.

Na ação indenizatória por dano moral, o bem jurídico litigioso é algum dos direitos da personalidade da vítima, ou seja, do falecido. O direito à indenização existe em potencial, porém, nos casos em que o falecido não ajuizou a ação em vida, ainda não foi constituído. O direito, ainda que em potencial, compõe a herança transmitida com a sucessão (artigo 1.572 do Código Civil<sup>32</sup>).

Assim, considerando que, enquanto não há partilha, a herança responde por eventual obrigação deixada pelo *de cuius* e é do espólio a legitimidade passiva *ad causam* para integrar a lide, por uma questão de simetria e coerência lógica, defende-se que, também no caso em que o falecido possui um crédito a receber, ainda que não constituído em vida, também teria o

<sup>29</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 116.

<sup>30</sup> Nesse sentido: TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 2.179; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.270; VENOSA, Sílvio. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.624; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das Sucessões. 4. ed. V.7. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

<sup>31</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 07 out. 2021.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.





espólio legitimidade para buscá-lo em juízo. Se é o espólio quem responde pelas dívidas do falecido enquanto não ultimada a partilha, não se vislumbram óbices para que esta universalidade jurídica também possua legitimidade ativa para ajuizar as ações em que se pleiteiam créditos.

Em sentido oposto, poder-se-ia cogitar que a atribuição de legitimidade ativa ao espólio para este tipo de ação possivelmente configuraria uma mercantilização do dano moral, desnaturando-se o instituto. Com o devido respeito, não se compactua com esta ideia, pois não se trata de uma “patrimonialização” do dano moral, distinguindo-se o direito personalíssimo de sua repercussão econômica, conforme salientado no capítulo anterior. O que se transmite aos herdeiros é a repercussão econômica do dano causado ao falecido. Não se trata de um direito próprio de cada herdeiro, e sim um direito que lhes foi transmitido com a morte. Assentada esta premissa no campo do direito material, no âmbito do direito processual o espólio teria a legitimidade para buscar a reparação, assim como qualquer outro crédito que ao *de cujus* pertencesse.

Na esteira da doutrina de Alexandre Freitas Câmara<sup>33</sup>, ao se aplicar um enunciado de súmula, não basta mencionar a tese, é preciso identificar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem ao enunciado e cotejar o caso concreto aos fundamentos. De acordo com o autor, na aplicação dos padrões decisórios, deve-se considerar a “história institucional da matéria a ser decidida”, atendendo-se, assim, aos deveres de integridade e coerência.

Observa-se que, nos julgados que embasaram a edição da súmula, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que o direito à indenização por danos morais “transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cujus*”<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p.142-172.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1446353/SP*. Relator: Min. Sérgio Kukina. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900343958&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

No mesmo sentido, a título exemplificativo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EREsp 978651 SP*. Relator: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602352387&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 fev. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1567104/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902449450&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 fev. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1446353/SP*. Relator: Min. Sérgio Kukina. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900343958&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

O entendimento foi expresso inclusive na Edição nº 125 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça: “Embora a violação moral atinja apenas os direitos subjetivos do falecido, o espólio e os herdeiros têm legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a reparação dos danos morais suportados pelo de cujus”<sup>35</sup>.

Em que pese o enunciado da Súmula nº 642 do Superior Tribunal de Justiça<sup>36</sup> não mencionar expressamente a legitimidade do espólio, considerando a jurisprudência histórica do Tribunal, entende-se que ela se mantém.

Além disso, não obstante o referido enunciado sumular não trazer essa exigência, entende-se que, ao mencionar a legitimidade ativa dos herdeiros para a ação indenizatória fundada em dano moral titularizado pelo falecido, deveria haver um litisconsórcio necessário entre todos os herdeiros, a fim de que não haja o inconveniente de apenas um ou alguns dos herdeiros ajuizarem ações indenizatórias em detrimento dos demais<sup>37</sup>.

Nesse norte, sustenta-se que seria até mesmo preferencial o ajuizamento da ação indenizatória pelo espólio quando ainda não ultimada a partilha.

Situação diversa, mas que se chega à mesma conclusão, é quando a violação aos direitos da personalidade do *de cujus* ocorre após a sua morte. Conforme defendido no primeiro capítulo, compactua-se com a doutrina que entende pela eficácia *post mortem* dos direitos da personalidade, a qual encontra respaldo também em nosso ordenamento jurídico (artigo 12, parágrafo único e artigo 20, parágrafo único do Código Civil<sup>38</sup>).

No caso de uma ofensa perpetrada após a morte, a vítima não sofrerá o dano moral na perspectiva subjetiva, compreendido como dor, tristeza, sofrimento e humilhação causados injustamente a alguém. Mas certamente haverá um dano moral objetivo, entendido como a lesão a direitos da personalidade ou a um “direito subjetivo à dignidade”<sup>39</sup> da pessoa que não mais se encontra entre nós.

Trata-se de direito próprio do falecido, nas hipóteses em que sua imagem, honra ou outro aspecto da personalidade é violado, e não se confunde com o dano indireto causado aos herdeiros – que pode inclusive ocorrer, mas não está sendo aqui discutido, pois será o caso de

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses – n. 125*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11383/11512>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 27.

<sup>37</sup> Na apelação cível nº 0120173-21.2018.8.19.0001, julgada em 23/09/2021, a 23ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro extinguiu o processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa em razão de ter sido ajuizado por somente uma das herdeiras.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>39</sup> CAVALIERI apud MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito, função e quantificação do dano moral. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v.1/2019, n.1, p. 01/24, nov.-fev./2019.



legitimidade ordinária dos herdeiros que, em nome próprio, poderão buscar eventual direito próprio.

Há variadas posições acerca da função da indenização por dano moral.

De acordo com o jurista francês Jean Carbonnier<sup>40</sup>, o dano moral teria apenas natureza punitiva, ou seja, leva em consideração apenas o dano cometido pelo autor do ato lesivo. Trata-se de corrente com poucos adeptos em nosso país.

Por outro lado, na lição de Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze, a indenização por dano moral teria caráter meramente compensatório, com o escopo de conceder satisfação à vítima pelo dano causado<sup>41</sup>.

Ademais, vem sendo amplamente aceita em nosso ordenamento jurídico, a dupla função indenizatória do dano moral, como meio de compensação à vítima e de punição ao ofensor. Nesse sentido, o escólio do jurista Caio Mário<sup>42</sup>, ao destacar os dois motivos da reparação: “I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma como meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação”.

Por fim, Yussef Said Cahali<sup>43</sup> defende ainda uma função tríplice da indenização do dano moral: “A indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir e prevenir”.

Filia-se ao último entendimento, no sentido de que a condenação à indenização, além da função de compensar a vítima pelo dano sofrido, desempenha importante papel de punir o ofensor pela sua conduta, bem como prevenir que ela se repita.

Nesse norte, reconhece-se que, em caso de lesão a direitos da personalidade do falecido após sua morte, a função compensatória ficará prejudicada, em razão da ausência do beneficiário. Por outro lado, em que pese as críticas à função punitiva e pedagógica do dano moral, entende-se, na esteira da doutrina americana dos *punitive damages*, que a conduta insultuosa e ultrajante do ofensor deve ser repudiada, como forma de desestímulo e também como uma resposta à sociedade.

<sup>40</sup> CARBONNIER apud CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33-34.

<sup>41</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 10. ed. V. III. São Paulo: Saraiva, 2012, p.123.

<sup>42</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.338.

<sup>43</sup> CAHALI, op. cit., p.175.

Entendimento em sentido contrário levaria a uma legitimação de toda e qualquer conduta ofensiva contra pessoas falecidas, deixando de se proteger direitos existenciais, como se espera numa perspectiva do Direito Civil-Constitucional.

Decerto, o espólio não pode sofrer dano moral, pois constitui uma universalidade de bens e direitos, representado pelo inventariante nas ações judiciais e demais questões relativas ao patrimônio do *de cujus*. No entanto, considerando que se está a tratar da repercussão patrimonial do dano moral, que integra o patrimônio do falecido, entende-se pela legitimidade ativa do espólio para buscar o ressarcimento, caso o faça enquanto ainda não ultimada a partilha.

## CONCLUSÃO

O dano moral não é um conceito unívoco. Entre suas diversas definições, entende-se que a mais adequada seria a de “lesão a direitos da personalidade”. Questão longe de ser pacífica na doutrina é o alcance da personalidade. San Tiago Dantas defende que a personalidade possui mais de um sentido: a perspectiva técnico-jurídica consubstancia-se na capacidade de direito e é limitada ao nascimento com vida e o evento morte; já a perspectiva natural consubstancia-se no valor da dignidade inerente ao ser humano, a qual permanece mesmo após a morte.

Adotando-se o conceito de danos morais como lesão aos direitos da personalidade e considerando as duas acepções da personalidade – sentido técnico-formal e natural – conclui-se que atos de violação dos direitos da personalidade de alguém após sua morte configuram dano moral de titularidade do próprio falecido.

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e, como tal, não se transmitem. Por outro lado, uma vez violados, dão ensejo à reparação por sua violação, que assume caráter patrimonial. Desta forma, à medida em que integra o patrimônio da vítima, defende-se a transmissibilidade do direito à reparação pelo dano moral causado ao *de cujus*, tanto em vida quanto *post mortem*.

Parece ter sido esta a conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça ao editar o Enunciado de Súmula nº 642. Em que pese ter pacificado a questão acerca da transmissibilidade, deixou dúvidas acerca da legitimidade ativa para pleitear a reparação por danos morais titularizados pelo *de cujus*, ao mencionar apenas os herdeiros, e não o espólio.

No presente artigo, perquiriu-se os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem ao mencionado enunciado de súmula. Com base na jurisprudência histórica do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se que a legitimidade do espólio se mantém.

Distingue-se o dano moral, sentido pela vítima, da sua repercussão econômica, que se transmite aos herdeiros com a morte. A reparação, neste modelo, não pode ser entendida como mercantilização do instituto. Numa ponderação de princípios, há de prevalecer a dignidade da pessoa humana, um supraprincípio presente na Constituição Federal, cujo núcleo essencial jamais pode ser violado. A lesão a direitos da personalidade do *de cuius* representa violação à sua personalidade, o que deve ser objeto de reparação, ainda que não diretamente à vítima, mas a seu espólio, como desestímulo ao ofensor à prática de condutas semelhantes, além de atender à função punitiva do dano moral.

Pelo exposto, o espólio não pode sofrer dano moral, pois constitui uma universalidade de bens e direitos, representado pelo inventariante nas ações judiciais e demais questões relativas ao patrimônio do *de cuius*. No entanto, considerando que se está a tratar da repercussão patrimonial do dano moral, que integra o patrimônio do falecido, entende-se pela legitimidade ativa do espólio para buscar o ressarcimento, caso o faça enquanto ainda não ultimada a partilha.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral. *Revista da EMERJ*, v.7, n.28, 2004.

ARGENTINA; *Código Civil*. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_civil\\_de\\_la\\_republica\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 07 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 454*. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/398>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1446353/SP*. Relator: Min. Sérgio Kukina. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900343958&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1567104/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902449450&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900343958&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> >. Acesso em: 23 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EREsp 978651 SP*. Relator: Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602352387&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> >. Acesso em: 23 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses – n. 125*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11383/11512> >. Acesso em: 23 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.734.536*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201734536> >. Acesso em: 07 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 642*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/11573/11697#:~:text=O%20direito%20%C3%A0%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por,ou%20prosseguir%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20indenizat%C3%B3ria> >. Acesso em: 22 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0120173-21.2018.8.19.0001*. Relatora: Des. Cintia Santarem Cardinali. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.17.0> >. Acesso em: 23 fev. 2022.

CAHALI, Youssef Said. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, n. 67, p. 129-223, 1991.

CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CUPIS, Adriano de. *Direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Parte Geral. V.1. Rio de Janeiro: Rio, 1979.



DEGNI, Francesco. Le persone fisiche e i diritti della personalità. In: VASSALI, Filippo. *Tratatto di Diritto Civile Italiano*. V. II, T. I, Torino: UTET.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 10. ed. V. III. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das Sucessões. 4, ed. V.7. São Paulo: Saraiva, 2010.

KANT. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

LÔBO, Paulo. *Danos morais e direitos da personalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-edireitos-da-personalidade>>. Acesso em: 03 out. 2021.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito, função e quantificação do dano moral. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v.1/2019.

ORGAZ, Alfredo. *El dano resarcible: actos ilicitos*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1952.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PORTO, Mário Moacyr. Dano por Ricochete. *Revista dos Tribunais*, v. 79, n. 661, 1990.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1989.

SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de justiça, função social do contrato e indenização do dano reflexo ou por ricochete. *Revista Sequência*, v. 32, n. 63, p. 354-355, dez. 2011.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e a sua Reparação*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense 1999.

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

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.



## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: ANÁLISE ACERCA DA SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Leticia dos Santos Vieira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).  
Advogada.

**Resumo** – recentes decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal trouxeram ao debate uma possível superação de sua Súmula nº 347. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias quanto ao fenômeno da concentração do controle de constitucionalidade ao longo da história da jurisdição constitucional brasileira e de uma possível usurpação de competência por parte do Tribunal de Contas. No presente trabalho, busca-se analisar esses posicionamentos divergentes à luz do método da dupla coerência, usado pela doutrina para aferir a legitimidade do *overruling*, como uma forma de lançar luz à segurança e higidez da Súmula nº 347 nos dias atuais.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Tribunais de Contas. Controle de Constitucionalidade. Enunciado da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal.

**Sumário** – Introdução. 1. O controle de constitucionalidade no âmbito do Tribunal de Contas: uma discussão pautada no desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil. 2. O fenômeno do *overruling*: o valor do precedente no ordenamento jurídico e a sua adequada superação através do método da dupla coerência. 3. As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise dos argumentos contrários ao controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca analisar a validade do Enunciado da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal frente à evolução jurisprudencial experimentada na Corte Suprema nos últimos anos, com o objetivo de investigar a ocorrência do fenômeno do *overruling*.

Para tanto, volta sua atenção, no capítulo 1, aos fundamentos que levaram à edição da Súmula no ano de 1963 a partir de uma perspectiva do que é o controle de constitucionalidade e qual o papel do Tribunal de Contas no ordenamento pátrio.

Nesse sentido, são apresentados os sistemas globais de controle de constitucionalidade como uma forma de compreender o modelo pátrio, criado a partir da influência da jurisdição constitucional norte-americana e germânica.

Fixa-se, desse modo, o contexto que levou ao reconhecimento da legitimidade do Tribunal de Contas para afastar a aplicação de normas tidas como inconstitucionais ao realizar sua atividade fim.

Em seguida, no capítulo 2, são apresentadas as bases teóricas que permitem ao operador do direito avaliar a legitimidade do fenômeno do *overruling*, esclarecendo a relevância que o precedente



ganhou no ordenamento pátrio, especialmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, bem como a forma como é feito o método da dupla coerência.

Fornecidos estes elementos, passa o presente trabalho, em seu capítulo 3, a avaliar os argumentos que estão sendo suscitados por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal para defender a superação da Súmula nº 347, criando um quadro geral que permite compreender o movimento doutrinário por trás dos posicionamentos.

Ao final, a conclusão analisa se o movimento de superação do precedente manifestado por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal passa pelo controle do método da dupla coerência, como uma forma de reconhecer a legitimidade ou a ilegitimidade do *overruling*.

O trabalho tem apresenta natureza exploratória, explicitando o problema trazido e investigando suas causas. Já a metodologia baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com análise documento consultando artigos, livros e documentos.

## 1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O controle de constitucionalidade pode ser compreendido, de forma sintética, como a atividade de apurar a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição, tendo como premissas básicas a supremacia e a rigidez do texto constitucional.

Trata-se, em realidade, de uma forma de exercício da jurisdição constitucional indireta, quando juízes e tribunais utilizam a Constituição como referência para atribuir sentido a uma norma constitucional ou como parâmetro para sua validade<sup>1</sup>.

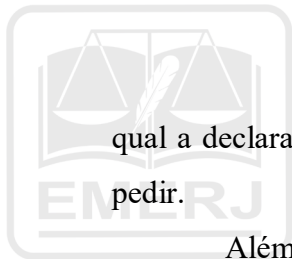
O modelo como o dito controle é realizado permite classifica-lo dentro daquilo que a doutrina denomina de sistemas, sendo os principais sistemas globais o americano e o austríaco<sup>2</sup>.

O modelo americano, pioneiro no exercício do controle de constitucionalidade<sup>3</sup>, é incidental e concreto, pois realizado no bojo de uma lide concreta que se apresente ao órgão jurisdicional, na

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25.

<sup>2</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136)>. Acesso em 22 mar. 2022.

<sup>3</sup> O caso “Marbury v. Madison” julgado pela Suprema Corte americana é apontado como marco inaugural do controle de constitucionalidade. Nesse sentido: “Marbury v. Madison (...) foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenha” BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 32.



qual a declaração de inconstitucionalidade da norma não é o pedido principal, mas mera causa de pedir.

Além disso, o sistema americano tem caráter difuso, pois a competência para realizar o controle de constitucionalidade é conferida a todos os juízes e tribunais no exercício da jurisdição.

O sistema austríaco, por seu turno, é concentrado, já que realizado por um único órgão, a Corte Constitucional Federal, e abstrato, pois o pedido apresentado ao órgão é exatamente para que se verifique a compatibilidade da norma ou ato normativo impugnado frente ao texto constitucional, visando a produção de efeitos erga omnes.

O Brasil, ao longo dos anos, recebeu influência de ambos os sistemas, resultando em um modelo próprio de controle, marcado pela possibilidade concomitante do exercício de controle difuso, incidental e concreto, e do exercício concentrado e abstrato feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Há, no entanto, peculiaridades próprias da ordem constitucional pátria, que impedem reconhecer uma total identidade com os sistemas alienígenas. Quanto ao controle difuso, observa-se que não foi importado o modelo americano da *stare decisis*, que traz eficácia *erga omnes* às decisões dos tribunais, restando a decisão sobre a inconstitucionalidade da norma limitada às partes.

Inicialmente, a única forma de dar eficácia *erga omnes* para as decisões proferidas em sede de controle difuso no Brasil era através do poder conferido ao Senado Federal de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tal como estabelece o atual art. 52 X, CRFB/88<sup>4</sup>.

Posteriormente, o ordenamento pátrio, influenciado pelo modelo da *common law*, incorporou outros institutos que permitiram atribuir caráter vinculante para decisões proferidas pelos Tribunais, por meio de institutos como a Repercussão Geral e o Incidente de Resolução de Demandas Resolutivas, introduzidos pelo Código de Processo Civil de 2015<sup>5</sup> (art. 927).

No que toca ao sistema austríaco, a grande diferença observada no Brasil reside na concentração da atividade de controle no Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário, enquanto no país europeu a Corte Constitucional Federal não é parte do Poder Judiciário, o que lhe confere maior afastamento dos juízes e tribunais no exercício do controle de constitucionalidade.

Em 1963, quando a Corte Constitucional editou o enunciado da Súmula nº 347<sup>6</sup>, redigida nos seguintes termos: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a

<sup>4</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 23 mar. 2022.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 347*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula347/false>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, voltava-se exclusivamente para o controle difuso, concreto e incidental, desprovido de caráter erga omnes.

Para compreender o raciocínio adotado no RMS nº 8.372-Ceará<sup>7</sup>, de relatoria do Min. Pedro Chaves, que culminou na edição da súmula em destaque, é preciso compreender o papel do Tribunal de Contas como órgão responsável pelo controle externo e auxiliar do Poder Legislativo na “missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade”<sup>8</sup>.

Previsto dentro do Capítulo I Do Poder Legislativo, discute-se na doutrina e na jurisprudência a independência do órgão <sup>9</sup>, sendo certo concluir que lhe foram conferidas competências exclusivas no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da Administração direta e indireta.

A Constituição Federal, no seu art. 70<sup>10</sup>, apontou como vetor do controle realizado pelo Tribunal de Contas a legalidade, interpretada pela doutrina de forma ampla, sob o prisma da juridicidade, que, conforme explica Alexandre Santos de Aragão<sup>11</sup>:

trata-se, na verdade, de uma expressão ampliada do princípio da legalidade, consequência de uma visão neoconstitucionalista do Direito, onde os princípios jurídicos, as finalidades públicas e os valores e direitos fundamentais constituem, juntamente com as regras constitucionais e legais o “bloco de legalidade” que, ao mesmo tempo, legitima e impõe limites à ação administrativa.

Assim, é inafastável a conclusão de que o Tribunal de Contas está direta ou indiretamente vinculado, no seu atuar, à Constituição Federal, e não apenas à lei em sentido estrito, de modo que lhe recairia um verdadeiro dever de afastar a aplicação de leis inconstitucionais no caso concreto. Foi justamente esse o raciocínio desenvolvido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no RMS nº 8.372-Ceará<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 8.372/CE*. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>>. Acesso em: 22, mar. 2022.

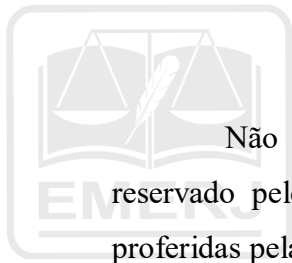
<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal De Contas Da União. *Portal TCU*. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/tcu-e-as-constituicoes.htm>>. Acesso em 20 fev. 2022.

<sup>9</sup> O Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI nº 4.190 Rio de Janeiro, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 10 março de 2010, defendeu que: “[...] a identidade do Ministério Público com o Poder Legislativo, e daí a inserção topográfica é idêntica, é porque no plano das funções eles cumprem a mesma função: controle externo, mas no plano anatômico da estruturação de um e de outro há absoluta autonomia, apenas a Constituição topograficamente, para cuidar melhor da função do controle externo, juntou os dois órgãos, mas são dois órgãos autônomos desempenhando uma mesma função de controle externo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.190*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>>. Acesso em: 22. mar. 2022.

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

<sup>11</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. – 2 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 58.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.



Não há, portanto, exercício de controle concentrado de constitucionalidade, o qual foi reservado pelo ordenamento pátrio ao Supremo Tribunal Federal, sendo certo que as decisões proferidas pela Corte de Contas restam adstritas às partes.

Para afastar qualquer dúvida nesse sentido, o Pretório Excelso, no julgamento do RMS nº 8.372-Ceará<sup>13</sup> explicou que não se confundem “os fenômenos da declaração de inconstitucionalidade e da não aplicação de leis inconstitucionais, tendo sido esta última considerada obrigação de qualquer Tribunal”<sup>14</sup>.

À título de exemplo, pode-se imaginar a hipótese em que o Tribunal de Contas, ao analisar o ato de aposentadoria de certo servidor público, nega seu registro com fundamento na inconstitucionalidade da lei que amparou o ato, sem que esta decisão implique em negativa de vigência da lei inconstitucional para fora do processo.

## 2. O FENÔMENO DO *OVERRULING*: O VALOR DO PRECEDENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E A SUA ADEQUADA SUPERAÇÃO ATRAVÉS DO MÉTODO DA DUPLA COERÊNCIA

Antes de adentrar na análise das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da superação do Enunciado da súmula nº 347<sup>15</sup>, é preciso compreender no que consiste o fenômeno de superação do precedente, o que dará bases para verificar a legitimidade e pertinência do movimento realizado pelo Pretório Excelso.

Como adiantado, o ordenamento pátrio experimenta uma ampliação da influência do sistema da *common law*. Dentro desse movimento, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) foi responsável por consolidar um sistema de precedentes amplo, visando atrair maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

Em seu artigo 927, o CPC/15<sup>16</sup> previu uma série de institutos que vincularão juízes e tribunais na sua atuação, dentre eles está o enunciado das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, justamente o caso da súmula nº 347<sup>17</sup>.

O mesmo dispositivo, em seus parágrafos, cuidou da superação dos precedentes, estabelecendo a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

---

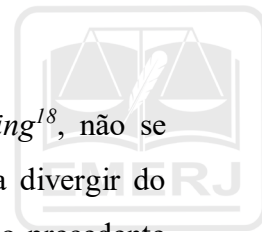
<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> WILLEMANN, Mariana Montebello. Controle de constitucionalidade por órgão não jurisdicionais. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, p. 56-75, set. 2012. p. 32.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.



Importante frisar que a superação do precedente, conhecido como *overruling*<sup>18</sup>, não se confunde com o fenômeno do *distinguishing*<sup>19</sup>, embora ambos sejam técnicas para divergir do precedente. Este é, em realidade, uma técnica de diferenciação para deixar de aplicar o precedente em virtude de particularidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Não se está negando a validade e eficácia vinculante do precedente, mas apenas reconhecendo sua inaplicabilidade na demanda.

O *overruling*, por seu turno, é a superação total do precedente em razão de modificações supervenientes no plano fático, econômico, social ou jurídico, que aniquilam a manutenção do precedente, sem prejuízo da possível modulação de efeitos<sup>20</sup>.

Na doutrina, é possível encontrar também o termo *overrinding*, quando a superação do precedente é parcial, “limitada a situações específicas”<sup>21</sup>, e o termo *signaling*, que consiste em uma técnica preparatória para revogação do precedente, em que se anuncia possível alteração ante a desatualização do entendimento judicial<sup>22</sup>.

Como esclarecido, o *overruling* pressupõe uma modificação superveniente enfrentada no bojo da sociedade, o que demanda cotejo analítico com as circunstâncias vivenciadas à época da construção do precedente com aquelas experimentadas no presente.

Nesse sentido<sup>23</sup>:

para que se proceda com a superação do precedente judicial, é necessário que as razões para a mudança sejam mais fortes do que as razões para a continuidade. É dizer, não é suficiente o entendimento dos magistrados de que uma nova norma seria mais conveniente ou oportuna do que a consagrada no precedente, ou ainda que o precedente esteja fundado em um erro. A inadequação da *ratio decidendi* a proposições sociais e ao sistema jurídico é um argumento essencial, mas, imprescindível reconhecer, não constitui fundamento suficiente para a superação.

<sup>18</sup>ROCHA, L. B. da. A teoria do *overruling* à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 110, n. 1, p. 77–89, 2019. DOI: 10.22477/rdj.v110i1.340. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/340>. Acesso em: 22 mar. 2022.

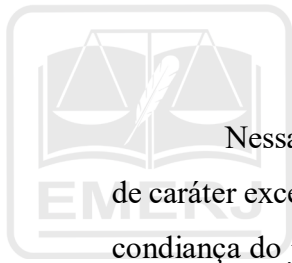
<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. *Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, vi, do CPC/2015*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.252.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.17.PDF). Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>21</sup> GOMES, R. P. *Superação prospectiva (prospective overruling) como regra - (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial*. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/535>. Acesso em: 22 mar. 2022.

<sup>22</sup> MACÊDO, Lucas Buriel. *Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RProComp\\_n.3.06.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.06.PDF)> Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>23</sup> *Ibid.*



Nessa perspectiva, é preciso reconhecer que o *overruling* representa uma resposta judicial de caráter excepcional, apenas invocada diante do desgaste do precedente, desgaste esse suficiente “a condiança do jurisdicionado na solução determinada pelo precedente ilegítima”<sup>24</sup>.

Como uma forma de trazer um método ao processo do *overruling*, a doutrina trabalha com a ideia de aferição do desgaste da dupla coerência do precedente, a qual consistiria na congruência social e na consistência sistêmica, através da realização do teste da dupla coerência, considerado a norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*)<sup>25</sup>.

Quando o precedente carece da dupla coerência, ele viola os princípios básicos que sustentam o próprio precedente, qual seja, a segurança jurídica e a igualdade, de modo que sua replicação deixa de ser autorizada.

Quanto a congruência social, ela seria perdida na hipótese em que o precedente firmado passasse a negar preposições morais, que determinam uma conduta como certa ou errada a partir de um consenso geral existente naquela comunidade, políticas, que permitem reconhecer uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral, e de experiência, que dizem respeito ao modo como o mundo funciona<sup>26</sup>.

Para tornar mais clara a compreensão, Wagner Arnold Fensterseifer<sup>27</sup> cita como exemplo o caso do pai que possui dois filhos, tendo autorizado que eles, ao atingirem a maioridade, utilizem o veículo da família para passear.

Ocorre que o filho mais velho, ao atingir 18 anos, utiliza o veículo embriagado e causa um acidente. Dois anos depois, quando o filho mais novo completa 18 anos e pleiteia o uso do veículo, tendo como precedente aberto pelo pai para o seu irmão, é surpreendido pela negativa de seu pai.

O doutrinador afirma que haveria na hipótese um *overruling* legítimo, baseado na experiência anterior que revelou a ausência de maturidade dos filhos para dirigir o veículo ao atingir 18 anos, diante da ausência de congruência social capaz de sustentar o precedente.

A consistência sistêmica, por seu turno, é perdida quando há uma nova concepção o precedente se torna incoerente em comparação com outras decisões da Corte, ou seja, quando “os fundamentos do precedente a ser superado passam a ser incompatíveis com os fundamentos afirmados em outros precedentes do mesmo tribunal ou dos tribunais superiores”<sup>28</sup>.

---

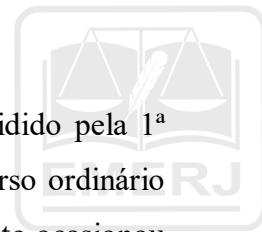
<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> GOLDZVEIG, Gustavo. Os Honorários Advocáticos da Defensoria Pública e a superação da Súmula 421 Do STJ. *RCI Revista Científica Integrada*. Vol. 4, Edição 1, Guarujá, Janeiro, 2019. p. 11

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 252

<sup>27</sup> FENSTERSEIFER, op. cit., nota 19.

<sup>28</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232 p. 321, jun. 2014.



Como exemplo, Wagner Arnold Fensterseifer aponta um caso concreto decidido pela 1ª Turma do STF<sup>29</sup>, que admitia a utilização do habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional, em razão do trâmite prioritário do habeas corpus. Contudo, o precedente ocasionou grande quantidade de habeas corpus, inviabilizando a tramitação célere, revelando um prejuízo sistêmico maior que o benefício trazido pelo precedente. Como consequência, o Ministro Marco Aurélio sustentou que o precedente deveria ser superado, pois esbarraria no requisito da consistência sistêmica.

A superação do precedente, portanto, é fenômeno que demanda uma análise técnica pelos tribunais, afim de preservar a segurança jurídica que ensejou sua criação. Nessa perspectiva surge o fenômeno chamado de sinalização (*signaling*), usado pelos tribunais como mecanismos de transição para o *overruling*.

A *signaling* está caracterizada quando o tribunal segue utilizando o precedente, porém, faz considerações, no bojo da fundamentação, que revelem considerá-lo impertinente no sistema jurídico, sinalizando para a superação do precedente. Com isso, os sujeitos já estão cientes de que aquele precedente não é confiável, de modo que não restará surpresa quando houver *overruling*<sup>30</sup>.

### 3. AS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Recentemente, ganhou voz no Supremo Tribunal Federal um posicionamento contrário à manutenção do Enunciado nº 347<sup>31</sup>. Desse modo, passa a ser necessário explorar os argumentos suscitados por essa nova corrente para analisar a ocorrência do fenômeno do *overruling*.

Em 2006, no bojo do MS nº 25.888<sup>32</sup>, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, deferiu pedido liminar à impetrante Petróleo Brasileiro S/A para suspender os efeitos de uma decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União que afastava a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional.

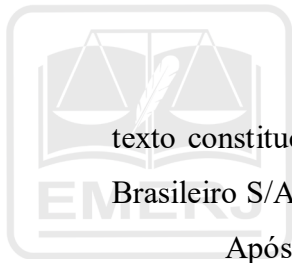
Em sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes começa discordando da posição adotada pelo Tribunal de Contas da União no bojo processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria) quanto à inconstitucionalidade da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745, defendendo a conformidade com o

<sup>29</sup> FENSTERSEIFER, op. cit., nota 19.

<sup>30</sup> GOMES, op. cit., p. 38

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 5

<sup>32</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 25888 MC / DF. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho38026/false>>. Acesso em: 23 mar. 2022.



texto constitucional e a consequente possibilidade de aplicação dos diplomas legais pela Petróleo Brasileiro S/A.

Após tais ponderações, o Relator começou a apresentar seu raciocínio contrário à manutenção da súmula nº 347. Em primeiro lugar, ele ressaltou o fato do contexto constitucional existente em 1963, ano da edição do verbete, ser totalmente diverso daquele experimentado após a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, responsável por introduzir ao sistema constitucional brasileiro o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

Adiante, o Ministro fala em uma mudança radical trazida pela Constituição Federal de 1988. Em sua visão, a ampliação do rol de legitimados para propor ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, deixando de ser o Procurador Geral da República o único possuidor de legitimidade *ad causam*, representou, na realidade, uma espécie de esvaziamento do controle de constitucionalidade difuso.<sup>33</sup>

Portanto, o cerne da argumentação contrária ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas estava justamente na chamada tendência de concentração do controle. O raciocínio consiste em analisar essa tendência como um instrumento de gradual substituição do controle difuso pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Esmiuçando a doutrina de Gilmar Mendes, em busca de uma maior compreensão sobre sua posição adotada no MS nº 25.888, de pronto se constata a nítida influência do direito alemão em sua formação. Mestre e Doutor pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster, RFA, o Ministro dedicou-se aos estudos da Corte Constitucional Alemã e é autor de textos voltados à análise do controle de constitucionalidade no país germânico<sup>34</sup>.

Ainda em 1995, o Ministro já escrevia em seus artigos sobre uma “tendência – ainda que fragmentária – à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade”<sup>35</sup>.

Nessa linha de reflexão, Gilmar Mendes coloca o Supremo Tribunal Federal como verdadeiro protagonista do controle de constitucionalidade. Inclusive, o Ministro é defensor da ideia de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CRFB/88<sup>36</sup>, dispositivo que reconhece ao Senado

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MENDES, Gilmar. *Curriculo Biografia*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=GilmarMendesCurriculoBiografia>>. Acesso em 19 jun. 2022.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar. *Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei*. Disponível em < <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/EVOLU%C3%87%C3%83O-DO-DIREITO-CONSTITUCIONAL-BRASILEIRO-E-O-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-DA-LEI.pdf> >. Acesso em 23 mar. 2022.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.



Federal o poder de suspender a eficácia de normas que fossem declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal<sup>37</sup>.

Percebe-se, portanto, que, por trás da decisão proferida no MS nº 25.888, existe um forte arcabouço doutrinário em defesa da releitura de alguns institutos que fazem parte do controle de constitucionalidade brasileiro, a fim de torná-lo um sistema mais uniforme e aproximado ao modelo das Cortes Constitucionais europeias.

Adiante, torna-se necessário fazer ponderações quanto ao caráter paradigmático do voto do Min. Gilmar Mendes no MS nº 25.888<sup>38</sup>, o qual foi amplamente reproduzido em decisões monocráticas proferidas por outros Ministros no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em pesquisa detalhada, observou-se que essas decisões, em regra, foram exaradas em idêntico contexto fático de aplicação da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745 pela Petróleo Brasileiro S/A.

Inclusive, em alguns desses julgados, como nos MS 28.745<sup>39</sup>, de relatoria da Min. Ellen Gracie, no MS 27.742<sup>40</sup>, de relatoria da Min. Carmen Lúcia, e no MS 25.986/DF<sup>41</sup>, de relatoria do Min. Celso de Mello, chama atenção que os Ministros, ao copiarem *ipsis litteris* a decisão do Min. Gilmar Mendes, só incluíram o trecho que trata sobre a conformidade do Decreto nº 2.745 com a Ordem Constitucional, deixando de fora a passagem da decisão que suscita a superação do Enunciado nº 347.

Além disso, observa-se que, mesmo nas decisões que reproduziram a integralidade da liminar concedida no MS nº 25.888, como é o caso do MS 26.410/DF<sup>42</sup>, de relatoria do Min. Relator Ricardo Lewandoswki, e do MS 27.232/DF<sup>43</sup>, de relatoria do Min. Eros Grau, os julgadores não apresentaram com suas próprias palavras e argumentos a defesa da superação do Enunciado.

<sup>37</sup> O Ministro Gilmar Mendes escreveu “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso”. MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. P. 165. Disponível em < <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/O-PAPEL-DO-SENADO-FEDERAL-NO-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-UM-CASO-CLASSICO-DE-MUTAÇÃO-CONSTITUCIONAL.pdf> > Acesso em 23 mar. 2022.

<sup>38</sup> Op. cit., nota 31.

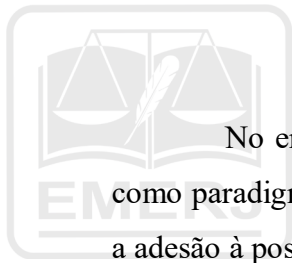
<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28.745 MC. Relator: Ministra ELLEN GRACIE. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho206386/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27.743 MC. Relator: Ministra CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho107401/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 25.986-MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho35254/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.410-MC/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandoswki. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120884/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27.232-MC/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho109037/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.



No entanto, foi localizada uma decisão que, de modo excepcional, utiliza o MS nº 25.888 como paradigma em contexto totalmente diverso e que, além disso, reforça em seus próprios termos a adesão à posição de superação do Enunciado nº 347.

Trata-se do julgamento do MS 35.410/DF<sup>44</sup>, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, que, alegando a tutela do papel do Supremo Tribunal Federal como “guardião da Constituição”, afastou, por maioria, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes argumentou que o controle de constitucionalidade exercido pela Corte de Contas representaria um “atentado tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema”<sup>45</sup>.

Ressaltou ainda que a possibilidade de controle difuso pela Corte de Contas não estaria, na maior parte das vezes, limitada ao caso concreto, mas, em realidade, implicaria em determinar aos órgãos da administração que deixasses, de aplicar essa mesma lei para todos os casos, o que tonaria a decisão *erga omnes*.

Como consequência, entende o Ministro que haveria uma usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade, bem como do Senado Federal, que detém o mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, tal como previsto no art. 52, X, CRFB/88<sup>46</sup>.

Manifestou-se, assim, expressamente pela superação da súmula nº 347<sup>47</sup>, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Os Ministros Roberto Barroso e Edison Fachin, por seu turno, expressamente defenderam sua manutenção.

O Ministro Roberto Barroso expressou<sup>48</sup>:

ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto. No presente caso, considerando que tal restrição de efeitos não foi observada, voto igualmente pelo afastamento.

O Ministro Edson Fachin<sup>49</sup>, por seu turno, fez importante menção a um precedente do Supremo Tribunal Federal, exarado no ano de 2016, em que se reconheceu a competência do Conselho Nacional de Justiça para, uma vez concluída pela inconstitucionalidade de determinado

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 35410/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 15 de dezembro de 2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho821865/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>47</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>48</sup> BRASIL, op. cit., nota 43.

<sup>49</sup> BRASIL, op. cit., nota 43.

díploma normativo, determinar a inaplicabilidade de ato administrativo regulamentador de lei inconstitucional.

A Ministra Rosa Weber, embora não tenha defendido expressamente a manutenção da súmula, reconheceu que a Constituição Federal possibilita que o Tribunal de Contas da União, “pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte.”<sup>50</sup>

## CONCLUSÃO

A partir da análise feita na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, restou evidente a existência de um movimento no sentido de superação da Súmula nº 347. No entanto, a pesquisa revelou que apenas dois Ministros, Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, expressamente se posicionaram no sentido de defender o *overruling*.

Para embasar sua posição, os argumentos centrais residem no reconhecimento de uma tendência de concentração do exercício de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em prejuízo do controle difuso feito por todos os juízes e tribunais, e em uma possível usurpação de competência da Corte Suprema por parte do Tribunal de Contas.

O *overruling*, no entanto, é um processo marcado pelo método e pela técnica. Assim, a legitimidade dos argumentos suscitados pelos supramencionados ministros só seria reconhecida caso observado o desgaste da dupla coerência em relação ao precedente.

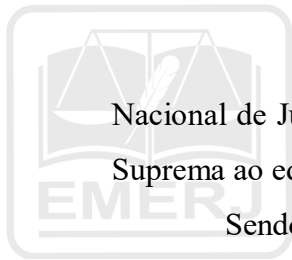
Primeiro, quanto à congruência social, é certo que a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas não passou a negar proposições morais, bem como não representa conduta tida como errada ou ruim pela comunidade.

Pelo contrário, o artigo demonstra que a doutrina avança no sentido de entender que o Tribunal de Contas não está sujeito à mera legalidade, mas sim à juridicidade, que lhe impõe o dever de tomar decisões em conformidade com todo ordenamento, especialmente com a Constituição Federal, que ocupa seu vértice.

No que toca à consistência sistêmica, o trabalho permitiu observar que o precedente não se tornou incoerente em comparação com outras decisões da Corte. Pelo contrário, como mencionado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto no MS 35.410/DF, está em consonância com a posição da Suprema Corte no julgamento da PET 4.656/PB, que reconheceu a possibilidade do Conselho

---

<sup>50</sup> BRASIL, op. cit., nota 43.



Nacional de Justiça deixar de aplicar leis inconstitucional, realizando o mesmo raciocínio da Corte Suprema ao editar a Súmula nº 347.

Sendo assim, o cenário atual não permite concluir pela ocorrência de *overruling*, mas, cria um alerta ao operador do direito, que precisará manter atualizada a realização do teste da dupla coerência para aferir a validade do precedente em questão.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 22 de mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.190*, Relator: Ministro Celso de Mello, Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MENDES, Gilmar. *Curriculo Biografia*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=GilmarMendesCurriculoBiografia>>. Acesso em 19 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS 25888 MC/DF*. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho38026/false>>. Acesso em: 23, mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RMS 8.372/CE*. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>>. Acesso em: 22, mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal De Contas Da União. *Portal TCU*. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/tcu-e-as-constituicoes.htm>>. Acesso em 20 fev. 2022.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. *Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, vi, do CPC/2015*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.252.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.17.PDF). Acesso em: 24 mar. 2022.

GOMES, R. P. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra - (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. *Revista de Doutrina Jurídica, Brasília*, DF, v. 111, n. 1, p. 28–45. DOI: 10.22477/rdj.v111i1.535. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/535>. Acesso em: 22 mar. 2022.

MACÊDO, Lucas Buril. *Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao*



sistema de precedentes brasileiro. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RProComp\\_n.3.06.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.06.PDF)> Acesso em: 24 mar. 2022.

MENDES, Gilmar. *Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei*. Disponível em < <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/EVOLU%C3%87%C3%83O-DO-DIREITO-CONSTITUCIONAL-BRASILEIRO-E-O-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-DA-LEI.pdf> >. Acesso em 23 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. P. 165. Disponível em < <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/O-PAPEL-DO-SENADO-FEDERAL-NO-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-UM-CASO-CLASSICO-DE-MUTAÇÃO-CONSTITUCIONAL.pdf> > Acesso em 23 mar. 2022.

ROCHA, L. B. da. *A teoria do overruling à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente*. Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, DF, v. 110, n. 1, p. 77–89, 2019. DOI: 10.22477/rdj.v110i1.340. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdf.jus.br/index.php/rdj/article/view/340>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em < [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136) >. Acesso em 02 de jun. 2019. 28 p.

WILLEMAN, Mariana Montebello. *Controle de constitucionalidade por órgão não jurisdicionais*. Fórum Administrativo – FA, Belho Horizonte, ano 12, n. 139, p. 56-75, set. 2012.



## ADOLESCENTES NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO DE INTERNAÇÃO: VULNERABILIDADE SOCIAL E OS REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19

Letícia Fidalgo da Silva

Bacharel em direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada e Residente Jurídico na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPGERJ).

**Resumo** – o Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado um marco na tutela de direitos da criança e do adolescente, ao consubstanciar a ruptura normativa do antigo Código de Menores. Surgiram, contudo, relevantes dissidências no seio jurídico e social acerca da completa compreensão de seus axiomas, em especial no âmbito do sistema socioeducativo de internação. O presente trabalho se propôs a analisar os elementos de vulnerabilização de jovens em conflito com o ordenamento jurídico, partindo da compreensão de suas trajetórias de vida, até a resposta conferida pelo Poder Público no momento posterior à prática da conduta desviante. Além disso, também são levantados os reflexos provocados pelas medidas empregadas no cenário pandêmico decorrente da Covid-19, momento histórico que encontrou convergência com os 30 anos de vigência do maior marco de proteção da infância e juventude no Brasil. Defende-se, a partir do presente estudo, a releitura do sistema socioeducativo, e da visão estigmatizadora imposta a crianças e adolescentes no cenário carioca, como recurso indispensável à superação do estágio de violação reiterada de direitos fundamentais.

**Palavras-chave** – Direito da Criança e do Adolescente. Sistema Socioeducativo. Medida de Internação. Vulnerabilidade. Covid-19.

**Sumário** – Introdução. 1. A estigmatização do adolescente em conflito com a lei. 2. Etiologia da violência infanto-juvenil: vitimização e vulnerabilidades. 3. Vulnerabilidade dos jovens nas unidades de internação do Rio de Janeiro e os Impactos da pandemia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discute a situação dos adolescentes submetidos à privação de liberdade e os impactos decorrentes da pandemia do Covid-19. Procura-se demonstrar que, apesar de toda proteção conferida pelo ordenamento jurídico à criança e ao adolescente, especialmente em um cenário pós-1988, não é essa a realidade que se apresenta nos institutos integrantes do sistema socioeducativo fluminense, que, em sentido contrário, ampliam a vulnerabilidade infantojuvenil.

São abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a debater como a Doutrina da Proteção Integral é observada quando se está diante de adolescentes em conflito com a lei, o cenário de violação estrutural de direitos fundamentais no sistema de

internação e ainda a contribuição dos discursos sociais, políticos e midiáticos no processo de estigmatização desses adolescentes.

Há muito se vem discutindo acerca do atendimento ao objetivo ressocializador e educacional da medida socioeducativa de internação, tendo em mente as denúncias de violação generalizada de direitos fundamentais nas instalações localizadas no Estado do Rio de Janeiro, o que foi intensificado em função da adoção de medidas de contenção no cenário pandêmico decorrente da Covid-19.

A problemática ganhou ainda mais repercussão quando, às vésperas de completar 31 anos da edição do diploma normativo nacional considerado um marco na proteção da integridade da infância e da juventude, vieram à tona uma série de denúncias acerca de abusos sexuais cometidos por agentes do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Degase) nas instalações do Estado do Rio de Janeiro.

À vista desse encadeamento, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como se opera o processo de estigmatização social de adolescentes em conflito com a lei, e em que medida os discursos midiáticos, políticos e sociais auxiliam na incitação desse cenário.

Em continuidade, questiona-se no segundo capítulo, a etiologia do ato infracional, a partir do enfrentamento dos dados levantados pelo Departamento Geral de Ações Socioeducativas do Rio de Janeiro (Degase) em parceria interinstitucional com a Universidade Federal Fluminense (UFF), que buscou aprofundar a análise do aludido fato social com base na trajetória de vida de jovens em situação de privação de liberdade, considerando suas percepções, e empreendendo uma reflexão acerca do processo de vitimização e das vulnerabilidades experimentadas ao longo de toda a vida desses adolescentes.

O terceiro capítulo tem como espectro de análise a dupla vulnerabilização infantojuvenil a partir dos institutos de internação do Estado do Rio de Janeiro, ao passo em que se discute como o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo tem apresentado falhas estruturais na qualidade de instrumento de tutela da dignidade humana. Também são abordados os reflexos das medidas de contenção empregadas em função do avanço da pandemia do Covid-19, de modo a evidenciar como elas se mostraram extremamente gravosas aos adolescentes inseridos no contexto de pessoas sob privação de liberdade, enunciando os danos experimentados, e pondo em questionamento a urgência na necessária releitura do modelo institucional vigente.

A pesquisa científica em apreço é desenvolvida segundo o método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais se acredita serem efetivas e adequadas para examinar o objeto proposto na pesquisa, com o fim de

comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Para tanto, se utiliza do método qualitativo de abordagem, e parcialmente exploratório, ao passo que se pretende valer da bibliografia pertinente acerca do tema, analisado e fichado na fase exploratória da pesquisa, de modo a sustentar a tese levantada.

## 1. A ESTIGMATIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

A Constituição Federal de 1988 é tida como um marco do processo de redemocratização do Brasil. Isso porque, além de consistir em um instrumento de reafirmação de valores caros à sociedade, extirpados durante o regime militar, também se fez um mecanismo de tutela das relações privadas, ante o atendimento aos anseios por uma sociedade mais justa e fraterna.

No âmbito do sistema jurídico da criança e do adolescente, a Constituição Cidadã<sup>1</sup> inovou o ordenamento jurídico nacional ao ratificar uma tendência há muito reconhecida no cenário internacional, visualizado na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959)<sup>2</sup>, no Pacto de São José da Costa Rica (1969)<sup>3</sup>, nas Regras Mínimas de Beijing (1985)<sup>4</sup> e na Convenção dos Direitos da Criança (1989)<sup>5</sup>, de proteção à criança e ao adolescente, introduzindo no ordenamento interno, a Doutrina da Proteção Integral que também veio a ser regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa linha, a criança e o adolescente receberam uma tratativa específica pelo ordenamento jurídico na condição de pessoas em desenvolvimento, partindo-se da compreensão de seu “espírito maleável”<sup>6</sup>, e sujeito a intervenções sociais, de modo a demandar uma proteção especial a ser outorgada pela família, em conjunto com sociedade e o poder público, com o fim de que se garanta o seu desenvolvimento pleno e sadio.

O Ato Infracional, nos termos do que dispõe o Art. 103 do Estatuto da Criança e do

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 set. 2021.

<sup>2</sup>ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1386 (XIV)*, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/1-declaration-rights-child-1959>>. Acesso em: 17 set. 2022.

<sup>3</sup>BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 02 set. 2022.

<sup>4</sup>ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 40/33*, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: < [http://www.cidh.org/nine\\_z/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf](http://www.cidh.org/nine_z/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2022.

<sup>5</sup>BRASIL. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em 02 set. 2022.

<sup>6</sup>SANTOS, Angela Maria Silveira dos. Prevenção. In: AMIM, Andrea Rodrigues et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, [e-book].





Adolescente<sup>7</sup>, é visualizado como a conduta praticada pela criança ou adolescente descrita na legislação penal como crime ou contravenção penal. Assim, a partir da execução de uma figura típica penalmente, configurou-se uma abordagem socioeducativa consistente na aplicação de medidas de proteção à criança, e de medidas socioeducativas ao adolescente, dentre as quais se insere a mais grave delas, consistente na internação em estabelecimento educacional.

Em princípio, a medida de internação, por configurar uma resposta do poder público de privação da liberdade do adolescente, que o retira de seu convívio social, é regida pelos princípios da brevidade e excepcionalidade, e pelo respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. No entanto, em que pese a finalidade eminentemente pedagógica-punitiva da medida, ao passo em que além de conferir uma resposta à conduta desabonadora, também se propõe a reintegrar o jovem que praticou um ato em conflito com a lei ao convívio em sociedade, o que se visualiza, na realidade, é que a partir da sua aplicação se inicia um processo de estigmatização desse adolescente, que é fomentado por discursos de ordem depreciativa, nos âmbitos social, político e midiático.

A crise do sistema de produção capitalista é apontada como fonte causadora da intensificação de disfunções sociais como a desigualdade social e as tensões que dela resultam. No cenário brasileiro, essa crise é marcada pela expansão de ideias conservadoras, e ainda pela “criminalização da pobreza e dos movimentos sociais”, instalando-se, nas palavras de Loïc Wacquant<sup>8</sup>, um verdadeiro “Estado Penal”.

Nessa conjuntura, ganha espaço o debate acerca do aumento do índice de violência em decorrência de atos praticados por adolescentes, bem como o questionamento acerca da eficácia das inovações empregadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que promoveu o reconhecimento de direitos fundamentais a esse grupo, na condição de pessoas em desenvolvimento.

A intensificação, no seio social, das discussões atinentes ao aumento da violência, se mostrou carregada por uma falsa ideia de que o adolescente que comete um ato infracional se contempla de um contexto de impunidade como combustível para o cometimento de mais atos contrários ao ordenamento jurídico, e em maior escala de violência. Ou seja, a razão por trás de todo perigo social se daria, supostamente, em razão da crença na falência do ordenamento jurídico e, por conseguinte, do sistema de responsabilização de jovens em conflito com a lei.

---

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 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: 17 set. 2021.

<sup>8</sup> WACQUANT apud BARBOSA, Maria Yvelônia dos Santos Araújo. *Estigmatização dos adolescentes em conflito com a lei: uma análise a partir do programa televisivo “Balanço Geral”*. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2018.

Além da questão relativa à periculosidade e a falsa compreensão de impunidade, também contribui a essa visão estigmatizada do adolescente o emprego do termo “menor”. Tal expressão, já extirpada em sede legislativa no ordenamento nacional, ainda se mostra muito resistente na prática forense e social, traz consigo uma construção direcionada à rotulagem de adolescentes em conflito com a lei, especialmente os originários de territórios mais pobres da sociedade, conforme ressalta Maria Yvelônia dos Santos<sup>9</sup> na sua pesquisa acerca do tema:

Considerando a hierarquização entre pessoas de uma mesma faixa etária, sendo o parâmetro a sua origem econômica e social, entende-se que o termo “menor” traz consigo uma carga semântica que direciona a uma estigmatização dos adolescentes pobres, favorecendo uma associação com a periculosidade e a necessidade de intervenção pautada na ideia do higienismo.

Conforme se convencionou, higienismo é um conjunto de ideias sobre saúde pública, que surgiram por volta do início do século XX e representam a área da medicina social que busca educar a sociedade para hábitos saudáveis. Tem como alicerce a ideia de que a limpeza faz parte da moralidade, em contraponto com a sujeira que remete à imoralidade.

Nesse sentido, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha se mostrado um verdadeiro símbolo da evolução na tutela de direitos fundamentais conferidos à criança e ao adolescente, isso não se concretiza quando se está diante da esfera infracional, ante a manutenção da cultura de estigmatização, que mantém e reforça os preceitos da lógica higienista.

Assim, adolescentes que por algum momento tenham se apresentado em ocasião de conflito com a lei, ao invés de terem a efetiva proteção que o ordenamento lhes garante, são submetidos a um sistema que muito se aproxima ao existente à época anterior ao Estatuto, recebendo verdadeiro rótulo de pessoas criminosas, o que simboliza verdadeiros “ciclos depreciativos que renovam e antepõem estigmas”<sup>10</sup>.

É evidente, por conseguinte, a contribuição dos discursos midiáticos nesse processo. A comunicação jornalística exerce um papel fundamental na formação de valores e no fomento de debates numa sociedade, de modo que, historicamente, tem se apresentado como instrumento indeclinável no que se refere à proteção de direitos fundamentais, ao fortalecer o debate público e revelar as crises de gestão da máquina estatal.

No que toca ao exercício da atividade jornalística relacionada ao contexto da infância e juventude, não se pode deixar de reconhecer a significativa influência dessa atividade na difusão dos princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto,

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> LAZARI, Rafael de. et al. Os discursos do ato infracional: a estigmatização do adolescente em conflito com a lei. *Revista dos Tribunais*, vol. 1021. Ano 109. p. 325-350. São Paulo: Ed. RT, 2020.

quando se está diante do contexto infracional, questões relevantes são deixadas de lado para dar espaço à comunicação massiva de transgressões, incrementadas por discursos de violência, provocando, conforme estudo publicado pela Agência de Notícias dos Direitos da Infância (ANDI) em conjunto com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República<sup>11</sup>, “distorções na percepção pública sobre o fenômeno”, conforme explicitado no trecho que se destaca a seguir:

[...] e o trabalho de fiscalização sobre essa esfera da vida social também deixa a desejar – o que se pode observar pela rara presença das instituições responsáveis pela implementação, gestão e fiscalização de políticas públicas no contexto geral do noticiário sobre os adolescentes em conflito com a lei, sinalizando para a ausência de debate sobre o sistema socioeducativo como um todo em tais narrativas. Contribui sobremaneira para essa cobertura insatisfatória um modelo de narrativa pobre, com poucas vozes, poucos recursos editoriais, permeado por termos pejorativos e destituído de reflexão sobre causas, consequências ou soluções para os problemas relacionados ao assunto. Agrava ainda mais o quadro o fato de este noticiário silenciar sobre outros aspectos estruturantes, como o contexto de miséria, exclusão e vulnerabilidade da grande maioria dos adolescentes que cometeram atos infracionais.

Destarte, a compreensão de que as notícias exacerbadas pela mídia constituem um produto a ser consumido, leva à conclusão de que a reprodução de valores adotados por classes dominantes, no tocante à reprovação social de determinados tipos de crimes, assim como da construída figura típica do criminoso, que insere determinados adolescentes nesse padrão, acaba por reforçar as disfunções estruturais, auxiliando no processo de estigmatização de adolescentes.

Reflexo desse consumo massivo de informações midiáticas, que reforçam a ideia do crescimento exponencial de atos de violência, e que dão ênfase as ações perpetradas por adolescentes, em detrimento dos fatores que condicionam essa conduta, consiste no reforço dos apelos pelo recrudescimento das medidas de punição a adolescentes que praticam atos infracionais. E nesse cenário é que se corrobora para a elaboração de projetos de emenda à constituição, como exemplo a PEC nº 171/1993<sup>12</sup>, que advogam, dentre outras medidas, a redução da maioria penal.

Assim, tem-se que a construção de uma cultura de insegurança fomentada pelos discursos sociais, políticos e midiáticos, associada a perseguição de grupos sociais vulneráveis,

---

<sup>11</sup>BRASIL. Agência de Notícias dos Direitos da Infância; Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Adolescentes em conflito com a lei: guia de referência para a cobertura jornalística*. 2012. Disponível em: <<https://andi.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Adolescentes-em-conflito-com-a-lei-Guia-de-referencia-para-a-cobertura-jornalistica.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2021.

<sup>12</sup>BRASIL. *Projeto de emenda à constituição nº 171*, de 19 de agosto de 1993. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 31 ago. 2022.

em especial de jovens majoritariamente pobres, acaba por reforçar as crises institucionais vigentes, bem como a propagação de concepções estigmatizadoras e higienistas, funcionando como verdadeiras balizas à plena efetivação dos preceitos entabulados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 2. ETIOLOGIA DA VIOLÊNCIA JUVENIL: VITIMIZAÇÃO E VULNERABILIDADES.

O estudo acerca da origem e das razões da violência infanto-juvenil não é algo recente entre os acadêmicos das mais diversas áreas das ciências humanas e sociais. A vista disso, é importante consignar, desde logo, que apesar de terem sido desenvolvidas variadas teorias criminológicas com o intuito de explicar esse fenômeno infanto-juvenil, não se pretende aqui esgotá-las, levando em consideração os limites da presente pesquisa.

A compreensão do comportamento desviante de crianças e adolescentes, especialmente na condição de autores de atos infracionais, têm sido objeto de destaque nas Escolas e Teorias Sociológicas, ao estudar o complexo e histórico fato social que é o Ato Infracional. Dentre elas, se destacam os estudos desenvolvidos por Robert Agnew<sup>13</sup>, autor da Teoria da Tensão Geral (General Strain Theory), que se propõe a compreender a prática do ato infracional sob a ótica sócio-psicológica dos indivíduos, inovando ao considerar as possíveis fontes de pressão que incidem sobre o público infanto-juvenil, em conjunto com os reflexos provocados na formação, no desenvolvimento e nos aspectos subjetivos desse grupo.

A aludida teoria permite, portanto, considerar todas as eventuais fontes de pressão que recaem sobre esse público ao longo de sua vida, em um momento anterior à prática do comportamento desviante, associando-as aos sentimentos, percepções e trajetórias que a partir delas são geradas, e que levam à prática da conduta análoga ao crime ou à contravenção penal.

Partindo da análise dessas condições estressantes e das possíveis reações que emergem na relação com a prática do delito juvenil, é que foi desenvolvido um estudo intitulado “Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no sistema socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro”<sup>14</sup>, encomendado pela Direção do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Degase), órgão vinculado à Secretaria de Estado de Educação do Rio de

---

<sup>13</sup> AGNEW apud VERGILIO, Soraya Sampaio. Ato Infracional: Condições e Circunstâncias. In: JULIAO, Elionaldo Fernandes (Org.). *Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade: um estudo sobre a delinquência juvenil no Estado do Rio de Janeiro*. São Paulo: Paco Editorial, 2019, p. 77-103.

<sup>14</sup> MENDES, Cláudia Lucia Silva; JULIAO, Elionaldo Fernandes (Coord.). *Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no sistema socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://biblioteca.sophia.com.br/terminal/6681/Acervo/Detalle/1056>>. Acesso em 05 abr. 2022.



Janeiro, perante o Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal Fluminense (UFF), e apoiado pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), com o intuito de aprofundar o conhecimento acerca dos jovens em situação de privação de liberdade nas unidades de internação do Estado do Rio de Janeiro.

Adotando um caráter eminentemente quantitativo, foram entrevistados 307 jovens em cumprimento de medida de internação no ano de 2016, dentre 6 unidades de internação do Degase no Estado do Rio de Janeiro, de modo a analisar os processos de vitimização sofridos no seio social, familiar e escolar, a partir do auto relato dos jovens, aprimorando a inteligência do desenvolvimento do ato infracional. Parte-se então da análise do indivíduo para o fato, já que esses jovens se posicionam “tanto como vítimas de violências ou violações e como perpetradores de violações ou violências contra algo ou alguém”<sup>15</sup>.

É possível observar, a partir dos dados levantados, que o perfil dos jovens submetidos a execução de medidas socioeducativas no Rio de Janeiro é bastante semelhante, especialmente em função dos fatores de vulnerabilidade social experimentados nas suas trajetórias de vida. Dados relevantes acerca da vitimização sofrida em função da cor, do território de nascimento, das restrições socioeconômicas, da submissão ao trabalho infantil e informal, do deságio no percurso escolar e da prematura exposição às drogas e à violência, são comuns aos autores de atos infracionais no cenário carioca.

Quando se coloca sob enfoque a análise da violência praticada contra jovens no Brasil, dados alarmantes são levantados ano após ano. Nos dez anos analisados (2009-2019) pelo Atlas da Violência<sup>16</sup> publicado em 2021, de 45.503 homicídios ocorridos no Brasil em 2019, 51,3% vitimaram jovens entre 15 e 29 anos, constituindo um número de 23.327 jovens com a vida tirada prematuramente, e quando se amplia esse espectro para os dez anos apreciados, chega-se ao número de 333.330 jovens vítimas de violência letal.

Apesar de o Estado do Rio de Janeiro ser apontado como um dos entes federativos em que a média de homicídios praticados contra a população jovem apresentou uma redução significativa entre os anos de 2018 e 2019 (- 45,8% - Gráfico 4.1)<sup>17</sup>, ainda aparece entre os cinco Estados com maior índice das mortes violentas por causas indeterminadas, com um

---

<sup>15</sup> VERGILIO, Soraya Sampaio. *Trajetoórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no Estado do rio de Janeiro: Intersecções entre vulnerabilidades, vitimizações e atos infracionais*. 2020. 209 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

<sup>16</sup> CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência 2021*. São Paulo: FBSP, 2021. p. 27-31.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 28.

umento de 232% somente no aludido biênio<sup>18</sup>.

Esse cenário não se distancia da realidade apresentada pelos jovens que integram o sistema socioeducativo de internação fluminense, considerando que dentre os 307 jovens entrevistados em 2016, cuja maioria é do sexo masculino (96,7%) e negro (76,2%)<sup>19</sup>, 49,8% afirmaram ter sido agredidos de forma violenta que os machucou; 29,6% sofreram alguma violência por um de seus responsáveis; 64,8% afirmaram ter sofrido alguma violência por parte de profissionais de instituições em que passaram, o que inclui o Degase e 86% por parte de agentes policiais (Tabela 7)<sup>20</sup>.

Nesse sentido, é possível inferir que a violência é um elemento estressante incontestável na vida do grupo juvenil que se encontra em privação de liberdade, o que auxilia na compreensão da magnitude do processo de vitimização desses jovens ao longo da vida, considerando que o contexto social se apresenta mais violento frente a esse grupo. Pensar que além da violência sofrida no lar, culturalmente empregada como instrumento de correção, 86% dos entrevistados já sofreram violência por parte de agentes do Estado, evidencia que “não há aleatoriedade na distribuição da vitimização na população”<sup>21</sup>, o que encontra nos adolescentes e jovens seu maior rigor.

A ineficiência de ações governamentais voltadas a suprir essa sobreposição de circunstâncias estressantes, aponta para outro instrumento agravante do processo de vitimização desses jovens, consistente na vulnerabilidade institucional. O que se observa é que a atenção do Estado, de forma diametralmente oposta ao entabulado em toda estrutura normativa voltada à proteção da criança e do adolescente, somente se faz presente no momento posterior à prática do ato desviante. Ou seja, o jovem que experimentou uma série de violações aos seus direitos fundamentais, perpetradas também no núcleo de instituições públicas, somente é retirado da zona de esquecimento quando a narrativa jornalística os secciona como pessoas violentas, delinquentes e infratoras, partindo-se para a imposição e execução das medidas socioeducativas, que se mostram verdadeiras penas.

Infere-se, assim, que mesmo passados mais de trinta anos da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto a comunidade quanto as instituições oficiais não

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 20-21.

<sup>19</sup> MENDES, Claudia Lucia Silva; JULIAO, Elionaldo Fernandes (Coord.). *Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no sistema socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: DEGASE, 2018, p. 21-22.

<sup>20</sup> Ibid., p. 41.

<sup>21</sup> TURANOVIC, apud. VERGILIO, Soraya Sampaio. *Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no Estado do rio de Janeiro: Intersecções entre vulnerabilidades, vitimizações e atos infracionais*. 2020. 209 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

compreenderam, em sua plenitude, a doutrina entabulada pelo aludido diploma. Isso porque, quando se está diante do reconhecimento de crianças e adolescentes em sua subjetividade, como sujeitos de direito detentores de especial proteção, são evidentes os resquícios da doutrina da situação irregular, visto que o grupo mais exposto a fatores de vulnerabilidade ao longo de suas trajetórias de vida, muitas das vezes somente vai encontrar a tutela do Estado sob a ótica, não universal, de sujeitos delinquentes.

### 3. VULNERABILIDADE DOS JOVENS NAS UNIDADES DE INTERNAÇÃO DO RIO DE JANEIRO E OS IMPACTOS DA PANDEMIA

No íntimo do contexto sancionador da Justiça da Infância e da Juventude, não são recentes as hesitações acerca da violação estrutural de direitos fundamentais no sistema de internação do Estado do Rio de Janeiro. Como já repaginado acima, um dos principais questionamentos se origina da noção trazida pelo ECA<sup>22</sup>, pela Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)<sup>23</sup>, bem como pela Resolução nº 46/96 do CONANDA<sup>24</sup>, a disposto do que deve ser promovido no cumprimento da internação em estabelecimentos educacionais, em função da disparidade com a realidade experienciada pelos jovens a elas submetidas.

Em breve introito, compete observar que o gerenciamento do sistema de internação fluminense é função atribuída ao Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Degase), órgão vinculado ao Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, que conta atualmente com oito unidades de internação distribuídas entre a Ilha do Governador, Belford Roxo, Volta Redonda e Campos dos Goytacazes<sup>25</sup>. Ocorre que, a insuficiência qualitativa e quantitativa das unidades oferecidas, vem sendo objeto de atenção por parte das autoridades responsáveis por operar o sistema infracional, seja por conta da incompleta inteligência dos preceitos estabelecidos pela Doutrina da Proteção Integral, seja pela inefetividade das medidas sancionatórias.

A questão atinente à vulnerabilidade institucional das unidades oferecidas para cumprimento da medida socioeducativa de internação não se afastou das discussões travadas

---

<sup>22</sup>BRASIL. *Lei nº 8069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>23</sup>BRASIL. *Lei nº 12.594*, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>24</sup>CONSELHO Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução nº 46*, de 29 de outubro de 1996. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucoes-1-a-99.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>25</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://gmf.tjrj.jus.br/unidades-socioeducativas>> e <<http://www.degase.rj.gov.br/unidades#>>. Acesso em 14 mar. 2022.

em sede judicial, tendo em vista que já resultou na condenação do Estado do Rio de Janeiro, em sede de Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública, à promover a construção de 13 novas unidades, ante o reconhecimento da insuficiência das unidades ofertadas, bem como do descumprimento, por parte do Poder Público, do compromisso com a reformulação do sistema de socioeducação, frente a comprovada violação de direitos fundamentais.<sup>26</sup>

Também nesse sentido é que, diante das frequentes insurgências acerca da prática de condutas análogas à tortura, do péssimo condicionamento das instalações - intituladas como “verdadeiras masmorras” em relatório produzido pelo Human Rights Watch<sup>27</sup> -, da insuficiência de oferta de vagas para garantir a frequência escolar, bem como da superlotação das unidades, aliadas a ocorrência de mortes de adolescentes submetidos à custódia do Estado, se determinou judicialmente a proibição de novas internações até que se promovesse o fechamento do Educandário Santo Expedito<sup>28</sup>, instalado em prédio anexo a penitenciária Moniz Sodré, ante o reconhecimento da perpetua o da violação estrutural de direitos fundamentais dos jovens ali custodiados.

Por conseguinte,   de imprescindível relevância observar as considera es realizadas pelas II. Magistradas Lúcia Glioche e Aline Dias, no tocante às condi es em que são executadas as medidas de internaa o nas instala es da Capital Fluminense, em sentença proferida nos autos da Aa o Civil Pública em referência, da qual se extrai o seguinte trecho:

Ante essa inércia e omissão do Estado, o que se verifica hoje   que a situa o dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa nas unidades da Capital   desumana, insustentável, uma tortura e revela falta de dignidade. Não há itens de higiene para os adolescentes. Não há colchão para os adolescentes. Não há uniformes para os adolescentes. Não há casacos, no inverno, para os adolescentes. A alimenta o servida   precária. Faltam vagas nas escolas para que todos os adolescentes sejam matriculados. Não há cursos profissionalizantes para todos frequentarem. As atividades esportivas são esporádicas. Não há uso de refeitórios – os adolescentes são alimentados nos alojamentos. Os adolescentes não têm atendimento médico que evite a prolifera o de doenças. Há reduzido e precário atendimento por psicólogos, assistentes sociais e pedagogos, o que impede a reflexão sobre as condutas praticadas. O sentimento de injustiça, de abandono e de revolta   imenso. O trabalho dos agentes socioeducativos   desgastante para os mesmos. O  cio prolifera.  
(...) Infelizmente, o cenário atual das unidades de internaa o do Estado do Rio de Janeiro   de total violaa o para a pessoa humana, sendo tal situa o capaz de expor  

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Cumprimento de Sentença n  0422664-30.2015.8.19.0001*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004710435B7A91C8285E036B097555EC5AEC50B46303254>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>27</sup>HUMAN RIGHTS WATCH. *Verdadeiras Masmorras: deten o juvenil no Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/brazil1204/brazil1204ptimages.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2021.

<sup>28</sup> BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Defensoria Pública garante fechamento do Santo Expedito*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/5608-Defensoria-Publica-garante-na-justica-fechamento-do-Santo-Expedito>>. Acesso em: 14 mar. 2022.



vergonha internacional, a própria República Federativa do Brasil.<sup>29</sup>

Ainda no âmbito do reconhecimento da violação estrutural de direitos fundamentais da pessoa humana, não se pode deixar de observar que o contexto da socioeducação em muito se assemelha ao cenário experienciado no sistema penitenciário adulto. Não obstante a disposição da Carta Constitucional acerca do banimento de penas cruéis, estabelecendo como maior grau de punição a restrição à liberdade ambulatorial, o que se indaga nas realidades dos presídios brasileiros, é a reprodução, em escala fordista, de um modelo concretizador de violações à dignidade humana, fato que resultou na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário nacional<sup>30</sup>.

Em sequência, é preciso observar que a violação de direitos fundamentais de adolescentes no âmbito do sistema socioeducativo do Rio de Janeiro não se limita à insuficiência estrutural das unidades, como também se reflete na atuação dos agentes públicos, na condição de agentes perpetradores de violência. É nesse cenário que, pouco depois de o diploma normativo de maior referência na esfera da proteção da infância e juventude, completar 31 anos, foram noticiados abusos sexuais ocorridos dentro do sistema de socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, perpetrados por agentes do Degase, em troca de “favores”, como a simples realização de um telefonema para a família, dos quais resultaram na gravidez de duas das adolescentes<sup>31</sup> vítimas por parte de agentes do Estado.

Como decorrência da implementação de um modelo preponderantemente repressor, compete avaliar os danos provocados pela submissão de adolescentes ao sistema socioeducativo no modelo vigente. Isso porque, quando o ponto central de estudo se volta os efeitos da medida de internação, não se pode deixar de considerar que os jovens, ao serem submetidos coercitivamente à internação, são, muitas das vezes, afastados do convívio familiar – ante a precária distribuição entre as unidades de internação, que não assume o compromisso com a regionalização estabelecida pela Lei do Sinase – sendo colocados em um sistema gélido, que

---

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processos nº 0457018-18.2014.8.19.0001; 0114387-35.2014.8.19.0001; 0075699-67.2015.8.19.0001; 0333658-12.2015.8.19.0001*. Disponível em: <[http://p-web01.mp.rj.gov.br/Informativos/4\\_cao/2017/02\\_abril\\_maios\\_junho/3\\_PRINCIPAIS\\_OFICIOS\\_EXPEDIDOS\\_CAOPJIJ/4\\_ACP\\_SUPERLOTACAO.pdf](http://p-web01.mp.rj.gov.br/Informativos/4_cao/2017/02_abril_maios_junho/3_PRINCIPAIS_OFICIOS_EXPEDIDOS_CAOPJIJ/4_ACP_SUPERLOTACAO.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>30</sup> O Estado de Coisas Inconstitucional consiste em instrumento importado do Direito Colombiano, em que se reconhece judicialmente a violação estrutural de direitos fundamentais, de modo que o Poder Judiciário adota uma postura concretista na intermediação entre os poderes para solução de conflito. Técnica empregada no julgamento da *ADPF nº 347* pelo Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doCTP=TP&docID=753146163>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

<sup>31</sup> THUSWOHL, Mauricio. *A lei chega tarde para as meninas abusadas no Degase*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-lei-chega-tarde-para-as-detentas-adolescentes-abusadas-no-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

também não se incumbe de promover a socialização e o desenvolvimento sadio desse grupo.

Dentre os estudos desenvolvidos com adolescentes do sexo feminino em cumprimento de medida de internação nas unidades do Estado do Rio de Janeiro, constatou-se que dentre as jovens com mais de um semestre de internação, sentimentos nocivos de abandono (53,6%), solidão (47,8%), enlouquecimento (52,1%) e medo (75%) se faziam comuns<sup>32</sup>. A partir dos dados levantados conclui-se que, ante os temores revelados pelas jovens entrevistadas, o encarceramento, nos moldes engendrados pelo sistema socioeducativo fluminense, além de não atender aos preceitos estatuídos pela normativa de proteção à criança e ao adolescente, também consiste em fator autônomo de vulnerabilização.

Não se pode ignorar que em função do contexto pandêmico provocado pelo alastramento exponencial do número de pessoas contaminadas pelo Covid-19, a partir de meados de 2020, foram adotados nos diversos setores da sociedade civil, medidas sanitárias a fim de promover a contenção do quantitativo de pessoas contaminadas pela doença e do respectivo número de óbitos. Esse cenário não se distanciou das unidades de internação, que contou com as agravantes originadas do quadro de superlotação, insalubridade das unidades e da ausência de condições mínimas de higienização e ventilação<sup>33</sup>.

Dentre as medidas adotadas, em um primeiro momento, foi objeto de destaque no cenário socioeducativo carioca a proibição de recebimento de visitas por partes dos adolescentes em cumprimento de medida de internação, medida que resultou na incomunicabilidade desses adolescentes com o mundo exterior, ceifando valioso instrumento de tutela da dignidade humana, consistente no contato com os membros da família, contrariando ainda orientação expedida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de ser garantido o contato familiar por meios apropriados<sup>34</sup>.

Nesse contexto é que veio a público a instauração de rebelião por parte dos jovens sob custódia na do Centro de Socioeducação Dom Bosco<sup>35</sup>, como instrumento direto de

---

<sup>32</sup> VERGILIO, Soraya Sampaio. As adolescentes e jovens autoras de atos infracionais em internação no estado do rio de janeiro – Algumas considerações sobre o feminino e a etiologia do ato infracional. In: JULIAO, Elionaldo Fernandes (Org.). *Trajetórias de vida de jovens em situação de liberdade: um estudo sobre a delinquência juvenil no Estado do Rio de Janeiro*. São Paulo: Paco Editorial, 2019, p. 115.

<sup>33</sup> BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *COVID-19 no sistema socioeducativo do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://mecanismorj.com.br/wp-content/uploads/COVID19-no-sistema-socioeducativo-atualizado-em-22.05.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

<sup>34</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (OEA). *A CIDH alerta para as consequências da pandemia do Covid-19 em crianças e adolescentes*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/090.asp>>. Acesso em: 17 set. 2021.

<sup>35</sup> ROUVENAT, Fernanda; SATTRIANO, Nicolás; ALVES, Raoni. *Adolescentes fazem rebelião em unidade socioeducativa na Ilha do Governador, Rio*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/18/pm-do-rj-e-acionada-para-rebeliao-em-unidade-de-internacao-para-menores-na-ilha-do-governador.ghml>>. Acesso em: 14 mar. 2022.



demonstração da insatisfação quanto as medidas de contenção empregadas pelas autoridades gestoras da unidade, e que resultou na atuação do Batalhão de Choque para contenção do levante, sem que nenhuma medida fosse adotada, de imediato, no sentido do restabelecimento do direito à visitação.

Nessa direção, é possível compreender a complexidade que envolve a temática atinente à aplicação da medida socioeducativa de internação, assim como os desafios presentes nas unidades do Estado do Rio de Janeiro, que tem assumido, contemporaneamente, a posição de instituições propulsoras da violação de direitos fundamentais dos jovens sob custódia do poder público, quadro esse que foi agravado em meio ao cenário de pandemia.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, se pretendeu com o presente trabalho evidenciar o modo como o cumprimento da medida socioeducativa de internação no Estado do Rio de Janeiro, tem apresentado disparidades frente ao que preconiza o Sistema de Garantia de Direitos.

Ficou demonstrado que, embora o contexto normativo nacional, na esfera de proteção de crianças e adolescentes, tenha apresentado significativa evolução, ainda tem se apresentado como letra fria quando se está diante da tutela de adolescentes em privação de liberdade. A superação do antigo Código de Menores, corroborada à implementação da Doutrina da Proteção Integral, foi limitada ao aspecto jurídico, tendo em vista que se observa a resistência por parte das autoridades responsáveis pela gestão do sistema socioeducativo, na reprodução de dogmas higienistas.

O processo de rotulagem do jovem em conflito com a lei, encontra forte amparo nos discursos midiáticos, sociais e políticos, ao passo que promovem o afastamento da percepção dessas crianças e adolescentes da condição de sujeitos de direitos, para reforçar verdadeiros ciclos depreciativos que são experienciados ao longo de suas trajetórias de vida. Reforça essa ideia o fato de que o contato prematuro com a violência e as drogas, as restrições socioeconômicas e o deságio no desenvolvimento escolar, foram vetores de vulnerabilização comuns entre os jovens internados no sistema socioeducativo fluminense.

Verificou-se que o processo de vulnerabilização se faz presente em um duplo aspecto, ao passo que não se limita à conjuntura social e anterior à prática da conduta desviante. Isso porque, uma vez submetidos aos estabelecimentos da socioeducação, os adolescentes passam a confrontar outra face da vitimização, ao ter seus direitos fundamentais violados por parte de

quem deveria, por decorrência constitucional, tutelar as garantias básicas da pessoa humana.

A pesquisa em apreço se faz, portanto, um instrumento propulsor da reflexão acerca da urgência no completo entendimento dos axiomas trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Não se trata somente de um marco dirigente da conduta por parte de Agentes do Poder Público, mas também de vetor intransponível à intelecção da condição humana de crianças e adolescentes, de modo a propiciar o adequado tratamento isonômico a esse grupo, para além de sua condição social ou cor da pele.

Compete registrar ainda que, embora inaceitáveis as condições ofertadas nas instalações do sistema de internação do Estado do Rio de Janeiro, que em muito se aproximam ao sistema penitenciário adulto, na condição de territórios propulsores da violação generalizada de direitos fundamentais, é possível afirmar que a projeção para os momentos futuros não se faz mais tão nebulosa.

Sem ignorar a complexidade que envolve o tema, o presente estudo foi capaz de demonstrar a relevância da atuação efetivamente combativa, e que tem sido empregada nos últimos anos por parte dos agentes que atuam diretamente no sistema de justiça do Rio de Janeiro, com destaque aos membros da Defensoria Pública, do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Assim, apesar de ainda ser longo o trajeto até a completa tutela de direitos da infância e da juventude, seguindo os moldes idealizados pelo Constituinte de 1988, se constatou que os citados agentes têm movido efetivos esforços para promover, ainda que de modo incipiente, a modificação gradual dessa estrutura reprodutora de estigmas e de violação de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AGNEW apud VERGILIO, Soraya Sampaio. Ato Infracional: Condições e Circunstâncias. In: JULIAO, Elionaldo Fernandes (Org.). *Trajetórias de vida de jovens em situação de privação liberdade: um estudo sobre a delinquência juvenil no Estado do Rio de Janeiro*. São Paulo: Paco Editorial, 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1386 (XIV)*, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/1-declaration-rights-child-1959>>. Acesso em: 17 set. 2022.

\_\_\_\_\_. *Resolução 40/33*, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <<http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

BARBOSA, Maria Yvelônia dos Santos Araújo. *Estigmatização dos adolescentes em conflito*

*com a lei*: uma análise a partir do programa televisivo “Balanço Geral”. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2018.

BRASIL. Agência de Notícias dos Direitos da Infância; Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Adolescentes em conflito com a lei*: guia de referência para a cobertura jornalista. 2012. Disponível em: <<https://andi.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Adolescentes-em-conflito-com-a-lei-Guia-de-referencia-para-a-cobertura-jornalistica.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *COVID-19 no sistema socioeducativo do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://mecanismo.rj.com.br/wp-content/uploads/COVID19-no-sistema-socioeducativo-atualizado-em-22.05.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em 02 set. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 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: 17 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.594*, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Projeto de emenda à constituição nº 171*, de 19 de agosto de 1993. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 31 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Defensoria Pública garante fechamento do Santo Expedito*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/5608-Defensoria-Publica-garante-na-justica-fechamento-do-Santo-Expedito>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Cumprimento de Sentença nº 0422664-30.2015.8.19.0001. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004710435B7A91C8285E036B097555EC5AEC50B46303254>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processos nº 0457018-18.2014.8.19.0001; 0114387-35.2014.8.19.0001; 0075699-67.2015.8.19.0001; 0333658-12.2015.8.19.0001*. Disponível em: <[http://p-web01.mp.rj.gov.br/Informativos/4\\_cao/2017/02\\_abril\\_maio\\_junho/3\\_PRINCIPAIS\\_OFICIOS\\_EXPEDIDOS\\_CAOPJ/4\\_ACP\\_SUPERLOTACAO.pdf](http://p-web01.mp.rj.gov.br/Informativos/4_cao/2017/02_abril_maio_junho/3_PRINCIPAIS_OFICIOS_EXPEDIDOS_CAOPJ/4_ACP_SUPERLOTACAO.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753146163>>. Acesso em: 05 abr. 2022.



COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (OEA). *A CIDH alerta para as consequências da pandemia do Covid-19 em crianças e adolescentes*. Disponível em: <[https://www.oas.org/pt/cidh/pr\\_ensa/notas/2020/090.asp](https://www.oas.org/pt/cidh/pr_ensa/notas/2020/090.asp)>. Acesso em: 17 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Resolução nº 46*, de 29 de outubro de 1996. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucoes-1-a-99.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência 2021*. São Paulo: FBSP, 2021.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Verdadeiras Masmorras: detenção juvenil no Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/brazil1204/brazil1204ptimages.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2021.

LAZARI, Rafael de. et al. Os discursos do ato infracional: a estigmatização do adolescente em conflito com a lei. *Revista dos Tribunais*, vol. 1021. Ano 109. p. 325-350. São Paulo: Ed. RT, 2020.

MENDES, Claudia Lucia Silva; JULIAO, Elionaldo Fernandes (Coord.). *Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no sistema socioeducativo do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://biblioteca.sophia.com.br/terminal/6681/Acervo/Detalhe/1056>>. Acesso em 05 abr. 2022.

ROUVENAT, Fernanda; SATRIANO, Nicolás; ALVES, Raoni. *Adolescentes fazem rebelião em unidade socioeducativa na Ilha do Governador, Rio*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/18/pm-do-rj-e-acionada-para-rebeliao-em-unidade-de-internacao-para-menores-na-ilha-do-governador.ghtml>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

SANTOS, Angela Maria Silveira dos. Prevenção. In: AMIM, Andrea Rodrigues et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

THUSWOHL, Mauricio. *A lei chega tarde para as meninas abusadas no Degase*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-lei-chega-tarde-para-as-detentas-adolescentes-abusadas-no-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

TURANOVIC, apud. VERGILIO, Soraya Sampaio. *Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no Estado do rio de Janeiro: Intersecções entre vulnerabilidades, vitimizações e atos infracionais*. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

VERGILIO, Soraya Sampaio. *Trajetórias de vida de jovens em situação de privação de liberdade no Estado do rio de Janeiro: Intersecções entre vulnerabilidades, vitimizações e atos infracionais*. 2020. 209 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.



## O RECONHECIMENTO DA FIGURA DO ESTELIONATO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO PROCESSUAL

Lucas Meireles da Silva Delorenzi

Graduado pela Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro.

**Resumo** – observando-se a atual utilização do processo judicial como meio para obtenção de vantagens ilícitas e a ausência de previsão legal sobre tal prática, mostra-se necessária a discussão sobre os desdobramentos de atos desta natureza no campo jurídico. Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo discutir se a presente notoriedade e formas de repressão conferidas à atividade são suficientes, tendo em vista os potenciais resultados prejudiciais à sociedade e ao próprio Judiciário; bem como abordar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, questionando alguns paradigmas formados em relação ao tema.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Estelionato judicial. Tipicidade. Direito constitucional de acesso à Justiça.

**Sumário** – Introdução. 1. A utilização do estelionato judicial como possibilidade de obter vantagem ilícita chancelada pelo Judiciário. 2. Percepções da jurisprudência e o descarte da figura do estelionato judicial. 3. O reconhecimento da tipicidade do estelionato judicial *versus* o direito constitucional de acesso à Justiça. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo debater o reconhecimento da figura do estelionato judicial, prática já existente nos tribunais pátrios, na qual o próprio trâmite do processo judicial serve como meio para obtenção de vantagens ilícitas. Nessa seara, mostra-se necessária maior acautelamento acerca dos desdobramentos deste ato, bem como maior diligência no tratamento legal do tema.

Essa precaução decorre do fato de que, por se tratar de um ato dotado de extrema afronta ao Poder Judiciário – e em última instância, ao Estado Democrático de Direito – deve ser plenamente rechaçado, de modo a proteger a confiabilidade e moralidade, evitando reflexos na legitimidade outorgada ao Judiciário pela sociedade.

Portanto, mister averiguar se a figura objeto deste estudo recebe a atenção devida dos magistrados e parlamentares, uma vez que ainda pouco conhecida e aprofundada, acaba sendo preterida no mundo jurídico, muitas vezes sobposta por demais institutos e paradigmas. A temática é controvertida, mas o ordenamento deve atender às necessidades contemporâneas, adequando-se aos novos preceitos sociais.

O primeiro capítulo aborda a prática do estelionato judicial em si, e como ele se utiliza da burocracia existente, revelando-se como uma possibilidade de alcançar uma vantagem indevida dentro da própria esfera do Judiciário e os malefícios que podem ser ofertados ao sistema, caso não seja apropriadamente combatido.

Em seguida, o segundo capítulo procede com a análise sobre as atuais percepções da jurisprudência e da doutrina sobre a questão, e os principais argumentos trazidos por estes de modo a defender suas visões, inclusive examinando algumas decisões relevantes ao estudo do tema. São mencionadas ainda, demais figuras presentes no ordenamento jurídico que guardam certas semelhanças com o estelionato judicial, como a litigância de má-fé (artigos 79 a 81 do CPC) e a fraude processual (artigo 347 do CP).

Por derradeiro, o terceiro capítulo explicita a imprescindibilidade de conferir uma maior relevância à figura do estelionato judicial, defendendo um maior entusiasmo legislativo e menor suspicácia por parte dos julgadores a respeito do tema. Pretende-se defender a coexistência de uma normatização do estelionato judicial e a garantia do princípio constitucional de acesso à justiça por meio das especificidades inerentes a cada caso.

A partir disso, conclui-se que a pesquisa pretende intensificar o debate sobre o estelionato judicial e analisar sua relação com as partes diretamente envolvidas, ponderando sempre a melhor forma de combatê-lo, distanciando-se de uma realidade em que o Judiciário torna-se campo fértil para prática dessa transgressão.

Para tanto, o presente estudo se dá de maneira indutiva e empregando uma abordagem qualitativa-quantitativa, valendo-se de interpretações subjetivas e objetivas, teóricas e concretas extraídas da bibliografia específica, legislação pertinente, decisões judiciais e posições doutrinárias, que, mediante o método exploratório, sustentam as conclusões fundamentadamente alcançadas.

## 1. A UTILIZAÇÃO DO ESTELIONATO JUDICIAL COMO FORMA DE OBTER UMA VANTAGEM ILÍCITA CHANCELADA PELO JUDICIÁRIO

Quando se fala na figura do estelionato judicial, instantaneamente recaem olhares de desconfiança e ceticismo sobre o tema. O universo jurídico brasileiro, atualmente, não reconhece o instituto, lançando-o no campo da atipicidade. Muitas vezes, para ir além, é suscitada a impossibilidade de sua ocorrência ou sua inexistência jurídica completa.

Todavia, como se demonstra neste trabalho, o estelionato judicial não só é teoricamente possível, como deve receber tratamento especial por parte dos operadores do direito, como também do Legislador. O que causa espanto, na realidade, é o negacionismo





que circunda o tema, que, a *contrario sensu* do que a sua rejeição parece sugerir, não é dotado de alta complexidade, nem demanda maiores ginásticas jurídicas para ser perpetrado.

A prática a qual se estuda neste trabalho há de receber maior atenção. Trata-se de uma das formas mais audazes de obter vantagem imprópria, uma vez que o agente dessa transgressão se vale do próprio Poder Judiciário para atingir seu objetivo ilícito. Essa atividade, se repetida livremente e sem a devida inibição, pode tornar-se cada vez mais presente no cotidiano do Judiciário, o que, indubitavelmente, ocasionaria problemas para todos os setores da sociedade.

Na realidade, devido à pouca informação que ainda se dispõe sobre o tema, o que se observa muitas vezes é um equívoco em relação à conceituação do injusto e como ele de fato se dá no âmbito processual. Não se trata aqui de simples alegações inverídicas perante o juízo (dado que não há obrigatoriedade da parte de produzir a verdade real); de deslealdade processual no decorrer do litígio (litigância de má-fé, artigos 79 a 81 do Código de Processo Civil<sup>1</sup>); de adulteração dos elementos relativos ao processo com o intuito de induzir juiz ou perito a erro (fraude processual, artigo 347 do Código Penal<sup>2</sup>); ou de mera falsificação e utilização de documento falsificado (artigos 297 e 304 do Código Penal<sup>3</sup>).

O estelionato judicial afasta-se de cada uma das hipóteses acima. Caracteriza-se, por sua vez, pela motivação de ingressar no Judiciário valendo-se de elementos fraudulentos e/ou com omissões, com o desígnio específico de induzir o juízo a erro para obter vantagem patrimonial indevida.

A doutrina pátria, mesmo que timidamente, já teceu algumas conceituações relativas ao estelionato judicial. Luiz Regis Prado leciona:

tem sido admitida pela doutrina estrangeira a possibilidade do estelionato processual, sobretudo no processo civil, quando uma parte, com sua conduta fraudulenta ou enganosa, realizada com ânimo de lucro, induz o juiz em erro e, este último, como consequência, profere sentença injusta que causa prejuízo patrimonial à parte contrária ou a terceiro. Aqui, o enganado é o juiz, que se vê utilizado para a consecução de um resultado ilícito (caso de autoria mediata), e o prejudicado é a parte contrária ou terceiro. Entende-se, pois, que as afirmações conscientemente falsas das partes são ilícitas e constituem uma fraude suscetível de realizar a figura do delito de estelionato, quando preenchidos todos os seus requisitos legais.<sup>4</sup>

Na mesma linha, Nucci assim define o estelionato judicial:

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 05 out. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 out. 2021.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 7. ed. rev. atual. ampl. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 442-443.

[...] é uma expressão criada para designar particular situação, envolvendo o uso do processo para auferir lucros ou vantagens indevidas, mediante fraude, arдил ou engodo. O agente procura a via processual para conseguir alguma vantagem, ludibriando a Justiça. Pode apresentar documentos falsos ou testemunhas mentirosas; é viável que se mancomune com a parte contrária; busca corromper autoridades, etc.<sup>5</sup>

De forma mais simples e direta, mas não menos didática, escreveu Nilo Batista sobre a atuação do agente:

o estelionatário judicial não é um delirante como Calígula, que postulava a lua, nem um “desobediente civil”, como Thoreau, que questionava a lei: é um espertalhão que apresenta ao juiz um elemento falso ou omite um elemento verdadeiro – em ambos os casos, violando os deveres de lealdade e verdade – levando-o a uma decisão que não seria prolatada sem a consideração desse elemento.<sup>6</sup>

No campo da jurisprudência, mesmo muito renegada, a prática também foi definida por alguns julgadores. Ainda que considerando em seu voto a conduta como atípica, o Ministro Ribeiro Dantas, em ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 435.818/SP, brilhantemente definiu que “o estelionato judicial consiste no uso do processo judicial para auferir lucros ou vantagens indevidas, mediante fraude, arдил ou engodo, ludibriando a Justiça, com ciência da inidoneidade da demanda.”<sup>7</sup>

Em direção contrária ao que se verifica no Brasil, conforme mencionado por Luiz Regis Prado no excerto acima e bem atestado por Nilo Batista em seu trabalho a respeito da temática, o estelionato judicial é reconhecido e admitido por grande parte da doutrina e jurisprudência estrangeira. Já em 1966, em sua monografia intitulada *Contributo alla Configurazione del Delito di Truffa Processuale*, Giuseppe Ragno, citado por Nilo Batista<sup>8</sup> afirmava que o estelionatário judicial utiliza o julgador como um instrumento da atuação para seu fim antijurídico (*strumento per l’attuazione del suo fine anti-giuridico*).

Inexiste, atualmente, no ordenamento pátrio, previsão legal do estelionato judicial. O crime, entretanto, na sua forma simples, está assim tipificado no famigerado artigo 171 do Código Penal: “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, arдил, ou qualquer outro meio fraudulento [...]”<sup>9</sup>

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Tratado jurisprudencial e doutrinário do Direito Penal*, V. II, Parte Especial, RT, São Paulo: 2011, p. 659

<sup>6</sup> BATISTA, Nilo. Estelionato Judiciário. In: \_\_\_\_\_. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 30

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 435.818/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 3 maio 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860157865/habeas-corpus-hc-435818-sp-2018-0025956-2/inteiro-teor-860157894?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 mai. 2022.

<sup>8</sup> RAGNO apud. BATISTA, op. cit., p. 28

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



Analisando o tipo penal, chega-se à conclusão há muito sedimentada pela doutrina: para a configuração do crime, imprescindível a presença do trinômio: (i) fraude, (ii) erro e (iii) disposição patrimonial prejudicial, todos unidos por uma relação de causalidade. Ora, mostra-se incompreensível, portanto, a desqualificação do estelionato judicial, visto que reúne os requisitos necessários.

Isso se dá porque um dos pontos centrais no caminho para o reconhecimento do estelionato judicial reside no fato de que na dinâmica do crime de estelionato, conforme previsto em lei, o indivíduo ludibriado e o efetivamente prejudicado não precisa ser idêntico, ou seja, o enganado pode ser pessoa diversa do titular do direito lesado. Sobre isso, Prado afirma claramente que “pode ocorrer que a pessoa ludibriada seja distinta do titular da coisa sobre a qual recai a ação material do agente.”<sup>10</sup>

Para ilustrar, mister trazer um dos exemplos mais práticos e de fácil compreensão do estelionato judicial: imagine que A, credor de B, adultere a maior o valor constante do seu título, e, diante de ausência de B, o execute judicialmente e receba o montante ilegítimo. Neste caso, conforme asseverado nos parágrafos acima, A estaria utilizando o juiz do processo como um instrumento para chegar no seu fim ilícito, enganando-o; mas, ao final, estaria efetivamente lesando B revestido por decisão judicial proferida erroneamente pelo juiz.

Não resta dúvida de que, se no exemplo citado, A recorresse a um meio extrajudicial diante de ausência de B para obter a vantagem ilegal, estar-se-ia diante do tipo descrito no artigo 171 do Código Penal<sup>11</sup>. Contudo, como se vê no próximo capítulo, a sistemática de hoje não permite enquadrar tal ação no crime de estelionato, mormente pelo fato de ser perpetrada contra o juiz.

O ponto é justamente esse: pode o juiz ser vítima do artifício usado pelo estelionatário para lesar terceiro? Não se nega que os elementos existem e estão configurados; mas, para a doutrina e jurisprudência dominante, como fora o juiz aquele “induzido e mantido em erro”, excepcionalmente, não ocorrerá o crime.

Deve-se, portanto, analisar os argumentos invocados em obras acadêmicas e decisões pertinentes, produzidos no meio em que a prática do chamado estelionato judicial se manifesta, para que então se busque melhores alternativas no caminho de proteger o Judiciário, impedindo que este se converta num campo fértil para infratores blefarem com a Justiça, ao revés da sociedade.

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume único. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 683

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

## 2. PERCEPÇÕES ATUAIS DA JURISPRUDÊNCIA E O DESCARTE DA FIGURA DO ESTELIONATO JUDICIAL

Como fora anteriormente mencionado, a jurisprudência até o presente momento se mostrou sólida no sentido de não admitir a tipicidade do estelionato judicial. Um dos argumentos mais utilizados para sustentar a posição é a ausência de previsão legal.

Observa-se que à primeira vista, este argumento parece se bastar por si só. É uma resposta jurisprudencial que mira meramente a forma, não comportando maiores discussões de cunho subjetivo. Não se faz juízo de valor sobre a necessidade ou justeza do estelionato judicial. Aqui, a *ratio* repousa no simples fato do instituto não existir no campo legal.

Indubitavelmente, trata-se de um fundamento perfeitamente válido, uma vez que as decisões judiciais necessitam de clareza e objetividade com o intuito de serem compreendidas por todos, e a prática processual que se observa hoje no Judiciário não comporta – nem deveria ser o local apropriado para comportar – maiores discussões teóricas acerca do que deveria ou não estar compreendido na lei.

Contudo, este argumento há de ser observado por outra ótica. Ao invés de se dizer que o estelionato judicial não está tipificado na lei, deve-se questionar: o art. 171 do Código Penal compreende a modalidade do estelionato judicial?

Nilo Batista<sup>12</sup> responde expressamente essa indagação:

Na verdade, seria totalmente desnecessária qualquer previsão legal específica do estelionato judiciário: o estelionato está sem dúvida previsto (Artigo 171 CP), e a questão é saber se o juiz pode ou não ser o sujeito enganado.[...] A atipicidade, no caso, se prende à ausência do elemento modal essencial do tipo,[...] e não à existência de reserva legal.

Já Damásio de Jesus<sup>13</sup> destaca que os crimes de forma livre podem ser cometidos por qualquer comportamento que cause determinado resultado. Se, no tipo penal, não há vinculação com o método, torna-se desarrazoada a arguição de que a conduta seria atípica por ausência de previsão expressa.

Ainda que, conforme demonstrado, a jurisprudência pacífica seja no sentido de não admitir a tipicidade da conduta, existe um movimento, ainda que tímido, por parte de alguns julgadores, visando ao menos travar discussões mais valorosas acerca do tema, como é de fato necessário.

Em decisão bastante recente do STJ, na ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n°

---

<sup>12</sup> BATISTA, op. cit., p. 35

<sup>13</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 32. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p.252.

664.970/PR, o Ministro Rogério Schietti Cruz divergiu dos demais julgadores e denegou a ordem, considerando que houve conduta criminosa pela paciente. No caso em comento, a ré fora denunciada pela prática dos crimes previstos nos artigos 299 e 304 do Código Penal<sup>14</sup>, por ter utilizado documento com endereço deliberadamente falso, ingressando com ação que possui mesma causa de pedir já anteriormente apreciada em outra jurisdição.

O voto do Ministro Rogério Schietti Cruz é brilhante em vários aspectos. A tese trazida é a de que a prática do estelionato judicial na realidade se divide em dois grupos. O primeiro, adequa-se ao entendimento atual, pois, a parte utiliza-se de meios que violam os deveres processuais, sendo compelidos com os remédios existentes no Código de Processo Civil, sobretudo a litigância de má-fé.

Porém, há de se observar o segundo tipo de transgressão enganosa para com o Judiciário. São os casos em que, além de violarem esses deveres, extrapola-se tal esfera, atingindo também bens tutelados pelo direito penal. E nesses casos, o tratamento, por óbvio, não pode ser o mesmo que o descrito acima. Para elucidar melhor tal ideia, Rogério Schietti Cruz diz<sup>15</sup>:

[...] Ou seja, a esse segundo grupo é dado, equivocadamente, o mesmo tratamento do primeiro, como se a rubrica indicada pela parte ou pelas instâncias ordinárias, em detrimento dos fatos, fosse o aspecto preponderante para a avaliação da ocorrência ou não de uma figura típica. Dessa forma, não me parece acertado considerar que a prática de crime, ainda que ele sirva a um propósito processual (dentro do processo), não possa ser alcançado pela tutela penal, sobretudo quando suficiente para atingir o objetivo a que se propõe.

Continua o ministro, afirmando<sup>16</sup>:

Exatamente por isso, peço a mais respeitosa vênua para divergir do voto do eminente Min. Sebastião Reis Júnior. O caso denota a existência de um endereço (de uma outra cidade) informado de maneira errônea, mas não apenas por um descuido, ou por uma questão de somenos importância, mas como condição para que a ré pudesse obter novo provimento jurisdicional sobre tema já apreciado pelo Judiciário. A relevância do fato está justamente nessa questão, que não se confunde com um simples erro material ou um fato juridicamente irrelevante. A declaração falsa do endereço era a condição sine qua non para que a ora paciente pudesse burlar o Poder Judiciário, que já havia indeferido uma pretensão formulada na Justiça do Distrito Federal.

Ao final de seu voto, o ministro requereu que o posicionamento sobre o tema fosse revisto pela turma, mas a jurisprudência foi mantida pelo relator e maioria. O voto divergente

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 664.970/PR*, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Voto vencido do Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 25 ago 2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=134098712&n\\_um\\_registro=202101393585&data=20210913&tipo=2&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=134098712&n_um_registro=202101393585&data=20210913&tipo=2&formato=PDF)>. Acesso em: 9 mar. 2022.

<sup>16</sup> *Ibidem*.



foi acompanhado pela Ministra Laurita Vaz e pelo Ministro João Otávio de Noronha.

As decisões que circundam o tema, como a examinada acima e as demais presentes nesse trabalho, recaem num argumento de que como a prática não é tipificada, não constituindo crime, a lei dispõe de outros recursos para combater e punir tais atos. Os comumente lembrados são: a litigância de má-fé (artigos 79 a 81 do Código de Processo Civil)<sup>17</sup> e a chamada fraude processual (artigo 347 do Código Penal)<sup>18</sup>.

Em relação ao instituto pertencente ao domínio civil, foi visto no decorrer do presente trabalho, sobretudo durante a análise do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, que a litigância de má-fé não pode ser utilizada justamente por mostrar-se insuficiente em casos de estelionato judicial, que se materializa exatamente à medida que os efeitos transcendem o ato processual, ganhando terreno no âmbito penal.

Assim, há de se reconhecer que existe diferença quando a parte falta com a verdade na dinâmica processual e quando ela utiliza o processo no intuito de fraudar e induzir a erro o magistrado, com a intenção de beneficiar-se desta trapaça perante a Justiça. São condutas com intenções e resultados diversos.

Já no tocante à fraude processual, prevista no artigo 347 do Código Penal<sup>19</sup>, da mesma forma, não pode ser considerada válida em casos específicos de estelionato judicial. O *caput* do artigo 347 assim preconiza: “inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito” e define como pena detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Observa-se, portanto, que o tipo penal acima descrito pressupõe a prévia existência de um processo para que seja perpetrado. O parágrafo único do referido dispositivo ressalta que se a inovação pretende produzir efeito em processo penal, a pena aplica-se em dobro, mesmo que não iniciado. Contudo, ainda assim, deverá existir um processo de natureza cível ou administrativa para que seja possível o exercício do ilícito.

Ademais, o tipo objetivamente define que deve existir uma inovação artificial, ardil. A fraude processual caracteriza-se por adulterar, modificar, mudar os elementos presentes no litígio, com a finalidade de induzir juiz ou, nesse caso, o perito ao erro, de forma a conseguir alguma forma de favorecimento, como uma diminuição de pena, por exemplo. Não há, nessa hipótese um desígnio de ingressar na justiça buscando uma vantagem indevida.

Resta claro, portanto, que as condutas descritas não podem ser enquadradas num mesmo plano, pois como visto, possuem efeitos e agudezas distintas. O estelionato judicial é

---

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

figura peculiar e dissemelhante às alternativas legais que a jurisprudência tende em aplicar de maneira adversa, fazendo jus a um tratamento específico.

### 3. O RECONHECIMENTO DA TIPICIDADE DO ESTELIONATO JUDICIAL *VERSUS* O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Conforme visto anteriormente, um dos maiores óbices ao assentimento com a figura do estelionato judicial consiste no fato de ser praticado contra o magistrado e na possibilidade deste ser vítima do crime em questão. Em outra decisão paradigma sobre o assunto no STJ, no RHC nº 50.737/RJ, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura<sup>20</sup> assim asseverou:

Não configura "estelionato judicial" a conduta de quem obtém o levantamento indevido de valores em ação judicial, porque a Constituição da República assegura à parte o acesso ao Poder Judiciário. O processo tem natureza dialética, possibilitando o exercício do contraditório e a interposição dos recursos cabíveis, não se podendo falar, no caso, em "indução em erro" do magistrado. Eventual ilicitude de documentos que embasaram o pedido judicial poderia, em tese, constituir crime autônomo, que não se confunde com a imputação de "estelionato judicial" e não foi descrito na denúncia.

Observa-se, portanto, que a jurisprudência atual visualiza o direito de ação e o acesso ao Judiciário como impedimento do reconhecimento do estelionato judicial, sendo a propriedade dialética do processo judicial utilizada erroneamente como uma blindagem ao juiz, elevando-o a uma condição inalcançável ao ser-humano de não poder ser ludibriado. Esse entendimento, por sua vez, acaba por gerar decisões façanhosas como a de considerar o estelionato judicial um crime impossível<sup>21</sup> devido ao princípio contraditório e livre convencimento do juiz.

Não se mostra razoável, então, abrigar-se na natureza dialética do processo e permitir tais transgressões afrontosas ao Poder Judiciário. O contraditório é, de fato, inegociável e de suma importância, mas está longe de funcionar como um filtro da verdade real, sendo descabido rotulá-lo como uma garantia de esclarecimento pleno e livramento total de desacertos por parte do magistrado.

O argumento então amplamente utilizado em decisões judiciais desqualificando a tipicidade do instituto do estelionato judicial é o de que esta não seria possível pois

---

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 50.737/RJ*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 3 mar 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178416965/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-50737-rj-2014-0210038-4>>. Acesso em: 9 mar 2022.

<sup>21</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo. *Ação Penal nº 0007294-24.2007.403.6181/SP*, Juiz Silvo Luis Ferreira da Rocha. São Paulo, 4 maio 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/145262267/trf-3-judicial-i-capital-sp-04-05-2017-pg-1>>. Acesso em: 9 mar 2022.

confrontaria o direito constitucional de acesso à Justiça. O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, ao que se refere o princípio, rege que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>22</sup>.

Ocorre que tal direito constitucionalmente garantido não pode ostentar um caráter absoluto. Durante este trabalho, verificou-se que o estelionato judicial conta com o desígnio próprio de induzir o julgador em erro para obter a vantagem ilícita. Sendo assim, não se pode elevar tal garantia a patamares em que se passe a olvidar condutas criminosas praticadas utilizando tal benefício como “escudo”. Nesse sentido, o clássico autor Magalhães Noronha<sup>23</sup> afirma expressamente que “mesmo da Justiça pode se valer o estelionatário.”

Destarte, nada obsta que seja uma ação judicial o meio para a veiculação de documentos falsos, testemunhos inverídicos ou argumentos dissimulados para alcançar a vantagem indevida. Questiona-se se deve o Direito proteger o sujeito que postula em juízo já incumbido dessa intenção. Mister salientar que não é o fato de se tratar de uma decisão exarada por autoridade judicial que fará lícito aquilo que se obteve pelo processo; a decisão em si não é ilícita, mas sim o proveito que dela se colhe, por ter sido obtido de artifícios fraudulentos. Nas palavras de Luiz Regis Prado<sup>24</sup>, “Como um dos elementos do crime em exame [estelionato] é o emprego de meio fraudulento, para ludibriar ou manter a vítima em erro, exige-se que esta tenha capacidade de discernimento para ser iludida.”

Faz-se necessário, portanto, uma ponderação entre tal direito e a indispensabilidade de punição ao ato estelionatário. O acesso à justiça não pode ser passe livre para indivíduos mal-intencionados que ingressam no Judiciário com a intenção primordial de fraudar o processo, ambicionando fins ilícitos e vantagens indevidas, baseando-se na falácia da insuscetibilidade de o magistrado ser engabelado. Defendendo sua tipicidade e a consequente tutela do Direito Penal, diz Nilo Batista<sup>25</sup>:

Talvez o principal obstáculo ao reconhecimento do estelionato judiciário seja certo componente de uma mentalidade judicial que resiste a admitir que o juiz, como os demais mortais, pode ser enganado. Se se puder tomar a sério isto, o mais indicado seria abolirem-se os recursos.

Com a posição atual da maioria da jurisprudência de passividade, esses agentes não temem consequências, pois não há repressão à altura. Ingressam com o processo maculado desde o princípio, acionando a máquina judiciária com intenções criminosas e “pagam para ver”. Se forem vitoriosos, está consumado o estelionato. Se o julgador detectar a falsidade,

<sup>22</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2022.

<sup>23</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Crimes contra o Patrimônio*. V.2. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 135.

<sup>24</sup> PRADO, op. cit., 2021, p. 683.

<sup>25</sup> BATISTA, op. cit., p. 36



saem penalmente ilesos. É o puro abuso do direito de ação, que permite ataques sucessivos ao Poder Judiciário.

Não há como negar que essa ausência de punição é capaz de gerar danos irreparáveis ao Poder Judiciário. Ao não dar a resposta condizente, a brandura legislativa encoraja a prática dessas transgressões, abrindo portas para precedentes que podem manchar a imagem do Judiciário, colocando em dúvida sua confiabilidade e legitimidade.

O temor aqui é que essas situações deixem de ser exceções, criando uma enorme insegurança a todos os que procuram o Judiciário, desmoralizando inclusive o próprio princípio de acesso à Justiça previsto em na vigente Constituição. Vladimir Aras<sup>26</sup> afirma que “qualquer um percebe que uma alegação mentirosa perante um juiz atenta contra a dignidade da justiça e pode causar dano a outra parte e também ao erário.”

Em homenagem ao princípio da intervenção mínima, não deve o Direito Penal tutelar bens jurídicos abarcados em outros âmbitos. Porém, como visto, as alternativas existentes não são eficazes nem compatíveis com a figura do estelionato judicial.

A tipificação deste instituto surge como forma de assegurar o uso correto do direito de ação, que, assim como todo o ordenamento jurídico, sofreu alterações e diferentes influências sociais com o passar do tempo. Indispensável, porém, que os operadores do direito voltem seus olhares para novas práticas, buscando incremento e progressão de forma a proteger a Justiça para que a mesma não se perca refém de suas convicções antiquadas e imutáveis.

## CONCLUSÃO

Buscou-se, com o desenvolvimento deste trabalho, inicialmente apresentar a prática que se já se observa por tempos pelo Judiciário não só no território brasileiro, mas em todo o mundo, denominada como estelionato judicial. Ao trazer o estudo da conduta para o cenário brasileiro, foi possível verificar que o instituto não recebeu a mesma atenção que recebeu em outros países, tornando a discussão, infelizmente, dotada de pouca riqueza tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

Contudo, através da pesquisa realizada, confirmou-se a importância que deve ser dirigida a tal ato, devido a seus efeitos extremamente maléficos e nocivos à estruturação da sociedade que se pauta no Poder Judiciário como alicerce de solução de questões interpessoais das mais diversas formas, como não podia deixar de ser.

---

<sup>26</sup> ARAS, Vladimir. *O 171 judicial*. Blog do Vlad. Brasília, 09 abr 2012. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2012/04/09/o-171-judicial/>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

As argumentações de falta de previsão legal, impossibilidade de perpetração de um engodo contra juízes, existência de demais medidas processuais que atualmente se sobrepõem ao estelionato judicial e a incompatibilidade de reconhecer tal prática devido à concessão de determinados direitos subjetivos, como demonstrado, não procedem. Portanto, não possuem o condão de afastar a responsabilização penal do agente que ingressa processualmente com o desígnio claro de cometer uma atitude criminosa, que escandalosamente possui como meio para tal o Poder Judiciário, tendo como figura natural, o magistrado.

Tal ponto mostrou-se de grande relevância para o debate, pois sendo possível que o juiz, como ser humano, seja ludibriado, ele está sujeito ao crime previsto no artigo 171 do Código Penal, inclusive sendo instrumento para que o agente cometa a transgressão, que, como a contribuição doutrinária demonstrou, pode guardar a condição de ludibriado e lesado em personas diferentes.

Ademais, foi possível discernir que as alternativas previstas na legislação atual não englobam a complexidade e os elementos característicos da atuação dos indivíduos que praticam o estelionato judicial, sendo desapropriado utilizá-las em tal hipótese, sobretudo servir-se delas como justificativa para o não reconhecimento do instituto aqui examinado.

Felizmente pôde-se observar que alguns juristas estão em desacordo com a jurisprudência majoritária e percebem que o estelionato judicial merece uma maior e melhor regulação. Mesmo que timidamente, começam a despontar decisões divergentes para que, ao menos, seja revisto o lamentável, porém dominante entendimento de muitos juízes e ministros de simplesmente desconsiderar e desmerecer completamente tal atrevimentos e ataques contra a entidade da qual fazem parte.

O acesso à justiça nunca foi e nunca deve ser impeditivo para que atitudes reprováveis sejam combatidas e punidas. Uma ponderação entre este direito constitucionalmente garantido como cláusula pétrea e uma possível transgressão contra um dos Três Poderes revela-se saudável e edificadora. A concessão de um caráter absoluto a este direito nada tem a contribuir com uma coletividade mais justa; pelo contrário, pode acarretar outras adversidades.

Logo, não se trata de restrição ou recuo de direitos fundamentais: culpabilizar o estelionato judicial trata-se de uma resposta estatal a uma conduta infratora e condenável contra si e sua própria autonomia, como forma de preservar-se, educar e progredir na relação com os cidadãos. Admitir a ocorrência usual de enriquecimentos indevidos ratificados por magistrados e sua impunidade encorajará cada vez mais tais empreendimentos fraudulentos.

O Poder Judiciário é dotado de grande credibilidade e confiabilidade. Atentar-se para a prática delitiva em seu próprio âmbito e rechaça-la é um dever de todos, principalmente de seus integrantes. O respeito que se possui é resultado de sua atuação, portanto, nada mais razoável que os próprios juristas se dêem tal respeito, para que não seja necessário, no futuro, combater delinquências fora e dentro da própria Justiça.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *O 171 judicial*. Blog do Vlad. Brasília, 09 abr 2012. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2012/04/09/o-171-judicial/>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BATISTA, Nilo. Estelionato Judiciário. In: \_\_\_\_\_. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 05 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 435.818/SP*, Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 3 maio 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860157865/habeas-corpus-hc-435818-sp-2018-0025956-2/inteiro-teor-860157894?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 9 mar. 2022.

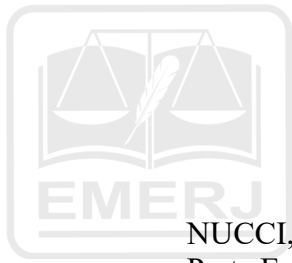
\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 664.970/PR*, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Voto vencido do Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 25 ago 2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=134098712&num\\_registro=202101393585&data=20210913&tipo=2&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=134098712&num_registro=202101393585&data=20210913&tipo=2&formato=PDF)>. Acesso em: 9 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 50.737/RJ*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 3 mar 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178416965/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-50737-rj-2014-0210038-4>>. Acesso em: 9 mar 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo. *Ação Penal n° 0007294-24.2007.403.6181/SP*, Juiz Silvo Luis Ferreira da Rocha. São Paulo, 4 maio 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/145262267/trf-3-judicial-i-capital-sp-04-05-2017-pg-1>>. Acesso em: 9 mar 2022.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 32. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Crimes contra o Patrimônio*. São Paulo: Saraiva, 1952.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Tratado jurisprudencial e doutrinário do Direito Penal*, v. II, Parte Especial. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal Brasileiro* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

## APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Luciano Bertazzo Machado de Souza

Graduado pela Faculdade Vianna Junior – Juiz de Fora. Advogado.

**Resumo** – o Estado brasileiro é reconhecido pela sua desigualdade social e, não raras vezes, é omissivo em garantir a todos os indivíduos, acesso amplo aos direitos fundamentais, considerados mínimos para uma vida digna. Em razão dessa omissão estatal, esses indivíduos, esquecidos, acabam seguindo o caminho do crime. Assim, visando a efetivação da igualdade material, ou seja, tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, surge o princípio da coculpabilidade, que tem por objetivo, dividir indiretamente a responsabilidade da conduta criminosa, entre o autor do crime, o Estado e a sociedade. O Princípio em questão, não tem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, por isso, doutrina especializada, sugere sua introdução através de alguns institutos previstos no código penal, como a atenuante inominada e a inexigibilidade de conduta diversa.

**Palavras-chave** – Direito Penal – Culpabilidade - Coculpabilidade – Atenuante Inominada – Inexigibilidade de Conduta Diversa.

**Sumário** – Introdução. 1. (Des) necessidade do estudo da culpabilidade para a compreensão do Princípio da Coculpabilidade. 2. Desmistificando o Princípio da Coculpabilidade e a (im) possibilidade de sua aplicação no direito penal brasileiro 3. Formas de introdução do Princípio da Coculpabilidade no direito penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o estudo do Princípio da Coculpabilidade, discutindo a possibilidade ou não de sua incidência no Brasil, bem como as formas, pelas quais tal princípio pode ser introduzido no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Segundo a Constituição Federal de 1988, o Estado Brasileiro é caracterizado, por ser um Estado Social, ou seja, que atua positivamente, provendo direitos individuais, coletivos e sociais.

Entretanto, mencionados direitos, para parcela da população, são inalcançáveis, haja vista, a falha do Estado em cumprir, de forma eficiente, os deveres impostos pelo constituinte de 88.

Dessa forma, os indivíduos abandonados pelo Estado, a fim de garantir o acesso ao mínimo existencial, partem para a vida criminosa, trazendo à baila o Princípio da Coculpabilidade.

Assim sendo, o objetivo do ora discutido artigo, é demonstrar, através da Coculpabilidade, que a responsabilidade pelos delitos praticados por essas vítimas da omissão



e marginalização do Estado, seja repartida entre o próprio Estado e a sociedade, no momento da reprovação da conduta.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a culpabilidade, desde seu conceito, passando por um relato histórico até chegar no entendimento atual, demonstrando a necessidade de sua compreensão, para um melhor entendimento acerca da culpabilidade.

Em seguida, no segundo capítulo, será discutido o conceito de coculpabilidade e, se é (im)possível sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, o terceiro capítulo trará as formas como a doutrina e a jurisprudência entendem como é possível introduzir a coculpabilidade no direito penal brasileiro.

A metodologia empregada, traz a busca da possibilidade da aplicação da coculpabilidade no direito brasileiro. Além disso, a necessidade de entender o instituto da culpabilidade, como condição anterior ao tema do artigo. Em segundo plano, busca-se respostas em fontes normativas e doutrinárias, permitindo que a pesquisa esteja atenta aos fundamentos das decisões que os tribunais têm prolatado.

A pesquisa tem um método hipotético-dedutivo, haja vista, a não unanimidade no tema proposto. Utiliza-se também, proposições hipotéticas para apresentar controvérsias e trazer hipóteses que se amoldam ao problema apresentado.

Será aplicado a abordagem qualitativa pois, o trabalho será desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas.

## 1. (DES) NECESSIDADE DO ESTUDO DA CULPABILIDADE PARA A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

Para que se possa entender o Princípio da Coculpabilidade, que será aprofundado nos próximos capítulos, é necessária uma compreensão da culpabilidade, afinal, aquele princípio é a divisão da responsabilidade penal atribuída pela culpabilidade.

O direito penal vem evoluindo ao longo dos séculos. Pode-se dividir, essa evolução, em uma proposta anterior ao século XVIII e, uma posterior a esse mesmo período.

Antes do século XVIII vivia-se a fase do sistema absolutista, governos déspotas, nos quais o poder concentrava-se exclusivamente nas mãos dos reis. Luís XIV chegou a dizer que ele era o Estado.

A sociedade da época era desigual. Somente alguns privilegiados, como o Clero e a Nobreza, tinham direitos. O resto dos súditos sofriam com condutas arbitrárias.

O direito penal era caracterizado pela crueldade na execução das penas, que tinham as sanções corporais como principal aplicação. Por isso, Luiz Regis Prado<sup>1</sup> afirma que “era um direito gerador de desigualdades, cheio de privilégios, heterogêneo, caótico; construído sobre um conglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; arbitrário e excessivamente rigoroso.”

Todavia, após o século XVIII, principalmente no século XIX, com a influência das obras iluministas dos filósofos Montesquieu, Locke, David e Rousseau, os quais combatiam o absolutismo estatal, a sociedade e, conseqüentemente o direito penal, começaram a mudar.<sup>2</sup>

Contudo, foi, no século XIX, com Cesare Bonessana, o marquês de Beccaria em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, que o direito penal verdadeiramente muda. Beccaria defendeu os princípios da legalidade, da prevenção geral e da utilidade como características da pena; a abolição da tortura e da pena de morte, enfim, igualdade de todos perante a lei:<sup>3</sup>

O século XIX marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais. São as escolas penais, definidas como o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções.<sup>4</sup>

Esse período foi marcado pelo confronto entre as duas principais escolas penais, a Clássica e a Positivista.

A Escola Clássica era baseada nas ideias iluministas do século XVIII, partindo das teorias do jusnaturalismo (direito natural de Grócio) e do contratualismo (contato social de Rousseau). Para debatida Escola, crime era um ente jurídico decorrente da violação do direito e, criminoso um ser livre que praticava o delito, por livre-arbítrio.<sup>5</sup>

Por outro lado, para Luiz Regis Prado<sup>6</sup>, pela concepção positivista:

não há vontade humana; o pensamento, o querer, não são mais que manifestações físicas de um processo psicopsicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso (determinismo positivo), sendo, portanto, o homem um irresponsável.

Do embate entre as duas escolas mencionadas, surgiram as teorias, as quais trabalhavam a estrutura do crime.

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Forense, 2019, p.122.

<sup>2</sup> Aula ministrada por Dermeval Farias, sobre teorias do crime, no Gran Cursos Online no ano de 2020

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA apud PRADO, op. cit., p. 125.

<sup>5</sup> FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. *Criminologia*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 83

<sup>6</sup> PRADO, op. cit., p.127.

A primeira delas foi a Teoria Clássica. Datada do final do século XIX, essa teoria sofreu forte influência do contexto social que vigorava na época.

O cenário do século XIX foi marcado pela revolução industrial, pela continuidade das reformas liberais do final do século XVIII, a mudança do jusnaturalismo religioso para o jusnaturalismo racional, uma mudança do Estado religioso, teocêntrico, para o Estado laico, uma separação entre Igreja e Estado. Destaca-se, nesse período, a valorização do conhecimento que pudesse contribuir com a revolução industrial. A ciência natural era o modelo de ciência que interessava à produção, aos interesses de caráter econômico, por exemplo: química, física, matemática, biologia. Não havia um interesse dos industriais, detentores das riquezas, para o estudo da filosofia, sociologia e antropologia, que pudesse contribuir para o enriquecimento da consciência das pessoas para a vida em sociedade.<sup>7</sup>

Segundo o professor Dermeval Farias<sup>8</sup>, qualquer forma de conhecimento, nesse período, tinha como base a Escola Positivista. Era a produção que tinha como alicerce a causa e o efeito. O subjetivismo das observações era relegado a segundo plano, não havia possibilidade de construções valorativas. Diante disso, era necessário decompor o objeto para estudá-lo, para demonstrar a verdade nele contida. Por isso, o crime foi dividido em três partes: tipicidade, ilicitude e culpabilidade [informação verbal].

Para a Teoria Clássica, a culpabilidade é o vínculo psicológico que liga o agente ao fato típico e ilícito e, só era formada pelo dolo e pela culpa. A imputabilidade era seu pressuposto.

Em decorrência da culpabilidade conter a parte subjetiva do crime pois, a objetiva estava na tipicidade e na ilicitude, o dolo era normativo, ou seja, era constituído pela vontade, consciência do resultado e consciência da ilicitude.<sup>9</sup>

A outra teoria surgida foi a Neoclássica. Essa teoria afirmava que só a razão pura deve indicar o conhecimento e, não através dos sentidos. Essa teoria ia de encontro, portanto, com o positivismo da Teoria Clássica.

Também chamada de Neokantismo, Cesar Roberto Bitencourt<sup>10</sup> sustenta que essa teoria “substitui o método indutivo e formalista do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal.”

---

<sup>7</sup> FARIAS, op. cit., nota 2.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 14 ed. São Paulo: Método, 2020, p. 377.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 174.





No que tange a culpabilidade, não houve consideráveis alterações em comparação com a teoria anterior. Pode-se afirmar que a única alteração foi a modificação de seus elementos, que passaram a ter a imputabilidade, o dolo, o qual continuou normativo e a culpa, mais a exigibilidade de conduta diversa. Em outras palavras, a culpabilidade continuava subjetiva.

Por fim, a teoria que modificou toda a estrutura da culpabilidade foi a Finalista, adotada no Código Penal Brasileiro.

O Finalismo, que foi desenvolvido por Welzel na década de 30 do século XX, ao contrário da Teoria Neokantista, não permitia análises valorativas. Era guiado pela dogmática, institutos jurídicos construídos pela doutrina, pela legislação, os quais conduziam a atividade do intérprete.<sup>11</sup>

A culpa e o dolo, que deixou de ser normativo para ser natural, haja vista, possuir apenas dois elementos, a vontade e a representação do resultado, foram transportados para o fato típico, fazendo com que a culpabilidade deixasse de ser subjetiva. O dolo deixou de ser normativo para ser natural, haja vista, possuir apenas dois elementos, a vontade e a representação do resultado e, a culpabilidade passou a ser composta pelos seguintes elementos: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.<sup>12</sup>

Assim, a culpabilidade para o atual modelo estrutura-se no livre arbítrio, constituindo-se como um juízo de reprovação pessoal. Tem por fundamento poder agir de outro modo, à fim de evitar a prática do delito.

Esse poder agir de outro modo é o ponto central do finalismo e do Princípio da Cculpabilidade pois, o homem quando é capaz de agir conforme os ditames do direito e, não o faz, ou seja, age de forma diversa à norma penal, deve ser responsabilizado. Todavia, quando o Estado e a sociedade contribuem para que o indivíduo pratique uma conduta delituosa contrária ao direito, também não merecem uma parte dessa responsabilidade?

## 2. DESMISTIFICANDO O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE.

Como já debatido no presente trabalho, a culpabilidade é um juízo de reprovação social feito sobre uma conduta típica e antijurídica praticada por agente, que poderia ter agido de acordo com a norma e, não o fez.

---

<sup>11</sup> MASSON, op. cit., p. 199.

<sup>12</sup> PRADO, op. cit., p. 424.



Entretanto, pelo fato da sociedade brasileira ser caracterizada por expressivas desigualdades sociais, que aliás exerce profunda influência nos aspectos psicológicos e comportamentais de cada indivíduo, é incontestável que a culpabilidade não pode ser aplicada de maneira semelhante à totalidade dos delinquentes, devendo, em cada caso, ser avaliado o enquadramento social de cada um.

Em decorrência da omissão do Estado, em conferir os direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, a todos de forma igualitária, e também, o acesso às oportunidades serem restrito à apenas uma parcela da população, a responsabilidade penal não poderá ser imputada, aos indivíduos desamparados ou esquecidos, caso cometam alguma infração penal.

Nesse sentido, surge a coculpabilidade, que é a divisão da responsabilidade do infrator com o Estado e a sociedade, que de forma indireta influenciam na prática do delito. A coculpabilidade, portanto, divide a responsabilidade, quando da prática de determinadas infrações penais, por seus cidadãos em condições socioeconômicas desfavoráveis, diminuindo a sanção, a eles cominada.

Segundo ensinamento de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>13</sup>:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarrega-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Desta feita, chega-se à conclusão que, na análise da culpabilidade, não se pode ignorar as condições sociais, as quais está enquadrado o causador da infração penal, afinal, por ser vítima da omissão do Estado e da Sociedade, que possuem parcela de culpa na prática do delito, não pode ser responsabilizado de forma exclusiva, tendo, como via de consequência, diminuída a reprovação de sua conduta.

Juarez Cirino<sup>14</sup> afirma que hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da coculpabilidade

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 610-611.

<sup>14</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Forum, 2004, p. 265-266.

da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.

Não são muitos os doutrinadores que trazem exemplo prático da coculpabilidade. Nessa minoria, Rogério Greco apresenta um perfeito exemplo de sua aplicação<sup>15</sup>:

Suponhamos que, durante uma ronda policial, um casal de mendigos, cuja “morada” é embaixo de um viaduto, seja surpreendido no momento em que praticava relação sexual. Ali, embora seja um local público, é o único lugar onde esse casal conseguiu se estabelecer, em face da inexistência de oportunidades de trabalho, ou mesmo de programas destinados a retirar as pessoas miseráveis da rua a fim de colocá-las em lugar habitável e decente. Poderíamos, assim, atribuir a esse casal a prática do delito de ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal? Entendemos que não, pois foi a própria sociedade que o marginalizou e o obrigou a criar um mundo próprio, uma sociedade paralela, sem as regras ditadas por essa sociedade formal, legalista e opressora. Não poderíamos, portanto, no exemplo fornecido, concluir que o casal atuou culpavelmente quando a responsabilidade, na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso.

Entretanto, o estudo e a aplicação da coculpabilidade não é tão simples quanto parece. Grégore Moura afirma que se deve ter cuidado para não tratar o criminoso como vítima e o Estado e a sociedade como criminosos, invertendo equivocadamente a posição jurídica de ambos.<sup>16</sup>

Dando seguimento, a coculpabilidade, assim como qualquer outro tema tratado no ordenamento jurídico, não pode ser apartado do estudo em conjunto com a Constituição Federal, mais precisamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 implementou um novo Estado, qual seja, o social. Em razão disso, o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade de garantir e prover saúde, educação, moradia, segurança pública, isto é, o mínimo necessário para a subsistência digna de seus cidadãos. Todavia, por inúmeros motivos, o Estado não vem cumprindo tal responsabilidade, ferindo de morte o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana.

Grégore Moura afirma em sua obra:

Um dos mecanismos utilizados pelo Direito para atingir tal desiderato é justamente a proteção dos hipossuficientes, ou seja, a legislação tenta igualar as partes envolvidas na lide, a fim de minimizar as desigualdades fáticas. É o que ocorre com o direito do trabalho, o direito do consumidor, o direito previdenciário, dentre outros. No Direito Penal, o princípio da co-culpabilidade é exatamente essa proteção dada a hipossuficiente, com a ressalva de que seu objetivo não é igualar o direito de liberdade

<sup>15</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 415.

<sup>16</sup> MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p.57.

do acusado ao jus puniendi do Estado, o que seria improvável e infactível. A co-culpabilidade apenas reconhece a ineficiência do estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo. Portanto, o marginalizado deixa de ser objeto de meras pesquisas e estatísticas criminais, para ser considerado um ser humano passível de direitos e deveres perante o Estado.<sup>17</sup>

O artigo 1º, inciso III da CRFB, traz o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil. Trata-se de um princípio que não possui conceito no ordenamento jurídico brasileiro. Aliás, como todo princípio, ele é aberto, o que permite uma gama de interpretações. Mas isso não quer dizer, que ele é absoluto, com uma interpretação extensiva ilimitada.

Como escreve Ana Paula Lemes de Souza:

A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos ou, a depender, também dos poderosos.<sup>18</sup>

Nota-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana, torna o Estado um garantidor do necessário para que seus cidadãos vivam com virtude, respeitabilidade, honestidade. O Estado detém, portanto, o poder de diminuir as desigualdades sociais existentes e, ao não fazê-lo, deve responder indiretamente, aplicando-se assim, a co-culpabilidade.

Ademais, como já mencionado, a responsabilização indireta do Estado, com base na co-culpabilidade não é tema simples. Como se sabe, o Estado é um ente, uma pessoa jurídica de direito público e, a Constituição Federal só permite responsabilidade penal de pessoas jurídicas em crimes ambientais e financeiros, conforme artigos 173, §5 e 225.

Cesar Roberto Bitencourt explica:

A conduta (ação ou omissão), pedra angular da teoria do crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Ibid

<sup>18</sup> SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015, p. 22-41.

<sup>19</sup> BINTECOURT, op. cit., p. 163.

Destarte, diante do exposto, pode-se afirmar que o Estado não responderia na seara penal, mas sim na social, a qual se reconhece sua falha em reduzir as desigualdades sociais existentes.

### 3. POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê, expressamente o princípio da coculpabilidade. Entretanto, alguns doutrinadores preveem sua aplicação por meio da circunstância atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, assim disposto: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”<sup>20</sup>

Essa atenuante prevê a redução da pena em situações não previstas em lei, ou seja, naqueles casos expressamente previstos no artigo 65 do Código Penal e, podem ser aplicadas quando ocorrerem antes ou depois da infração penal.<sup>21</sup>

Zaffaroni e Pierangeli, entendendo pela aplicabilidade da coculpabilidade pelo mencionado dispositivo, afirmam:

Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (n.118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66.<sup>22</sup>

Em razão da impossibilidade de que, cada membro da sociedade cumpra uma parcela da pena aplicada ao criminoso, surgem, diante disso, duas opções: a absolvição, depois de analisada as condições sociais as quais o apenado está envolvido ou a aplicação do artigo 66 do Código Penal.<sup>23</sup>

A aplicação da coculpabilidade através da já mencionada circunstância, demonstra a ruptura do positivismo enraizado no ordenamento jurídico brasileiro pois, o juiz pode diminuir a pena de acordo com os fatos concretos que envolvem a prática delituosa.<sup>24</sup>

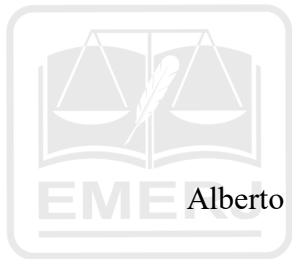
<sup>20</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) >. Acesso em: 08 mar. 2022.

<sup>21</sup> JESUS, Damásio E. de *Direito Penal*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 623.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 610-611

<sup>23</sup> GRECO, op. cit., p. 415.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 212.



Alberto Silva acerca da circunstância inominada afirma:

Não se trata, como se refere o texto legal, de uma circunstância fática qualquer, mas, em verdade de uma circunstância qualificada como relevante, isto é, que se revele importante, valiosa, indispensável no processo individualizador da pena aplicável ao agente.<sup>25</sup>

Além dessa circunstância atenuante prevista no artigo 66 do Código Penal, também é possível a aplicação do princípio da coculpabilidade, conforme entendimento doutrinário, nos elementos: culpabilidade, personalidade do agente e motivos do crime, previstos no artigo 59 do Código Penal<sup>26</sup>:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

Dessa forma, pode-se afirmar que nos três elementos mencionados, são encontrados traços do contexto social, o qual está inserido o agente.

A Constituição de 1988 implementou um Estado Social, com direitos sociais, econômicos e culturais. Em razão disso, o magistrado deve levar em consideração na aplicação da pena o convívio social do agente e até que ponto a omissão do Estado contribuiu para a prática da infração penal.<sup>27</sup>

O artigo 59 do Código Penal traz as circunstâncias judiciais, que devem ser consideradas na primeira fase da aplicação da pena. O juiz, analisando os elementos contidos no debatido artigo, juntamente com os limites máximo e mínimo específico de cada crime, irá determinar a pena-base.

Tais circunstâncias deverão ser analisadas e valoradas individualmente pelo juiz, seguindo o princípio da individualização da pena previsto na Constituição Federal. Além disso, tanto a acusação quanto a defesa deve, em decorrência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, conhecer os motivos que levaram o julgador a determinar aquela pena.<sup>28</sup>

Assim, por todo o exposto, permite-se que o magistrado analise e valore as circunstâncias relacionadas à vida social e econômica do agente, havendo a possibilidade da

<sup>25</sup> FRANCO, Alberto da Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 378.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>27</sup> CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 455.

<sup>28</sup> MASSON, op. cit., p. 628.

aplicação da coculpabilidade do Estado e da sociedade no momento da fixação da pena, razão pela qual gera uma divisão e graduação da culpa, de acordo com a o ambiente social, o qual esteja inserido o agente e, que o levaram a prática delitiva.<sup>29</sup>

Embora a doutrina seja adepta da aplicação da coculpabilidade no direito penal brasileiro, a jurisprudência rechaça a aplicação desse princípio.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim proferiu acórdão<sup>30</sup>:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. QUALIFICADORA DA DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA COCULPABILIDADE. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 4. Para a incidência do art. 66 do Código Penal é necessário demonstrar a existência de circunstância relevante anterior ou posterior ao crime que justifique a atenuação da pena na segunda fase da dosimetria. 5. Correta a decretação da prisão preventiva, diante da prolação da sentença condenatória, quando fundamentada na manutenção da ordem pública, haja vista a periculosidade latente do réu.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim decidiu:<sup>31</sup>

Improsperável o pedido de aplicação do art. 66 do CP com o reconhecimento da atenuante genérica em virtude da co-culpabilidade. Adotar a ideia de que as dificuldades passadas pelo agente o tornam menos culpável pelo crime cometido implica em um verdadeiro desrespeito à imensa maioria dos milhões de brasileiros miseráveis que sempre conduziram suas vidas de forma digna e honesta. Ademais, nada consta dos autos que leve a concluir que o apelante é ou foi um pessoa marginalizada pela sociedade ou que teve suas necessidades básicas negadas pelo Estado, o que impede, amparado nessa tese, o reconhecimento da referida atenuante.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também rechaça a aplicação do princípio da coculpabilidade

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS SUFICIENTES - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DA CO-CULPABILIDADE - INVIABILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - NÃO CABIMENTO - REGIME - ALTERAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. 3. Não há como se responsabilizar o Estado ou a sociedade pela prática delitiva do agente, sob pena de se fomentar a criminalidade, não sendo viável, portanto, o reconhecimento da atenuante genérica da co-culpabilidade. 4.

<sup>29</sup> RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 212.

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal nº. 07059538920208070014 Relator: Sebastião Coelho <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 10 mar. 2022.

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça Do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº. 0006796-52.2012.8.19.0011. Relator: Des<sup>a</sup>. Gizelda Leitão Teixeira. <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382688247/apelacao-apl-67965220128190011-rio-de-janeiro-cabo-frio-1-vara-criminal/inteiro-teor-382688255>. Acesso em 18 mai. 2022

Verificando-se que as penas foram fixadas em patamar justo e adequado para a reprovação e a prevenção do delito, não há como reduzi-las.<sup>32</sup>

É possível perceber nas decisões mencionadas, a grande resistência dos Tribunais em aplicar o princípio da coculpabilidade, haja vista, entender que a omissão estatal e as condições sociais do agente não são motivos suficientes a justificar a prática de uma conduta delituosa.

## CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre uma conduta típica e ilícita, praticada por agente imputável, o qual não lhe seria exigida uma conduta diversa. Referido juízo deve ser feito de maneira individualizada, sobre a conduta daquele que praticou um ilícito penal, ou seja, deve ser considerada as condições pessoais e sócias de cada indivíduo.

Pois bem, considerando que a sociedade brasileira ainda é dominada por forte desigualdades sociais e, que o Estado não cumpre e nem garante, de forma isonômica, as políticas sociais e os direitos e garantias fundamentais, não é justo que a reprovação pela conduta penal seja feita da mesma maneira a todos aqueles que a tenham praticado.

Assim sendo, nessas situações em que indivíduos socioeconomicamente menos favorecidos praticam determinada infração penal, como consequência do desamparo vivenciado, a responsabilidade penal deve ser fragmentada com aqueles que, mesmo indiretamente, contribuíram para a empreitada criminosa, quais sejam, o Estado e a Sociedade.

Surge nesse sentido, o princípio da coculpabilidade, causador do reconhecimento da parcela de culpa do Estado e da Sociedade, na prática de determinadas infrações penais levadas a efeito por indivíduos em situação de miserabilidade, ou seja, que não possuem acesso a direitos básicos com saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, segurança.

Conforme salientado, ainda que o Ordenamento Jurídico Brasileiro não preveja expressamente a teoria da coculpabilidade, parte da doutrina defende sua aplicação, a partir do artigo 66 do Código Penal o qual dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Trata-se de circunstância inominada, que é aquela circunstância não prevista em lei, ocorrida antes do crime e, que tem a possibilidade de atenuar a pena cominada ao agente.

---

<sup>32</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº. 10471170148236001. Relator: Milton Lívio. Salles <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/804185460/apelacao-criminal-apr-10471170148236001-mg/inteiro-teor-804185565>. Acesso em 18 mai. 2022.



Além da circunstância inominada, a doutrina também prevê a aplicação da coculpabilidade como circunstância judicial prevista no artigo 59, como atenuante genérica prevista pelo artigo 65 do Código Penal, como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal em seu artigo 29 e como excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Apesar de parte da doutrina defender a aplicação da coculpabilidade, a jurisprudência não trata do tema de forma aprofundada negando sua aplicação, sob o fundamento de que a condição social não é justificativa para a prática de uma infração penal.

Não se quer com a presente obra, justificar ou instigar o aumento da criminalidade, mas sim demonstrar que a coculpabilidade é reflexo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da individualização da pena. Muito menos se quer também, transformar criminoso em vítima e, o Estado e a sociedade em criminosos.

O objetivo do presente artigo é demonstrar que a coculpabilidade é um instrumento de fundamental importância, quando o próprio Estado e a Sociedade nega a determinados cidadãos, direitos consagrados ao longo dos séculos, através de batalhas contra uma sociedade desigual e arbitrária.

Destarte, visando adequar o ordenamento jurídico penal brasileiro à realidade social e, reconhecendo parcela de responsabilidade do Estado nas condutas delituosas, diante de sua omissão na prestação de políticas públicas e na garantia de direitos fundamentais, vislumbra-se a aplicação do princípio da coculpabilidade no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 08 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2.848* de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 08 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Criminal nº. 07059538920208070014* Relator: Sebastião Coelho <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº. 0006796-52.2012.8.19.0011*. Relator: Des<sup>a</sup>. Gizelda Leitão Teixeira. <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382688247/apelacao-apl-67965220128190011-rio-de-janeiro-cabo-frio-1-vara-criminal/inteiro-teor-382688255>. Acesso em: 18 mai. 2022



Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº. 0471170148236001*.  
Relator: Milton Lívio. Salles <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/804185460/apelacao-criminal-apr-10471170148236001-mg/inteiro-teor-804185565>. Acesso em: 18 mai. 2022.

CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FRANCO, Alberto da Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. Aula ministrada sobre teorias do crime, no Gran Cursos Online no ano de 2020.

GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio E. de *Direito Penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 4.ed. São Paulo: Método, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Forense, 2019.

RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Forum, 2004.





**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)