

Ano 9, vol. 1



# Revista Eletrônica

**A Revista da Comunidade Jurídica da Subseção de Joinville  
Gestão 2022-2024**

ISSN 2178-8693  
[revista.oabjoinville.org.br](http://revista.oabjoinville.org.br)

Revista Eletrônica da OAB Joinville | Ano 9, vol. 1. 2023



# REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

ISSN 2178-8693

## CONSELHO EDITORIAL

Me. Adriano Selhorst Barbosa  
Ma. Ana Catarina de Alencar  
Me. Indalécio Robson Rocha  
Ma. Maria de Lourdes Bello Zimath  
Ma. Tamara Cristiane Geiser  
Me. Thiago André Marques Vieira  
Me. Thiago Vargas  
Dra. Ana Carolina Lopes Olsen  
Dr. Cláudio Melquiades Medeiros  
Dr. Daniel Rocha Chaves  
Dra. Helena Schiessl Cardoso  
Dr. Itamar Luís Gelain  
Dra. Janaína Silveira Soares Madeira  
Dr. Jeison Giovani Heiler  
Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso  
Dr. Maikon Cristiano Glasenapp  
Dra. Patrícia de Oliveira Areas  
Dr. Rodrigo Meyer Bornholdt  
Dra. Rosânia Campos  
Dra. Sirlei de Souza  
Dr. Thiago Reis e Souza

## CONSELHO DE PARECERISTAS

Esp. Bárbara Madalena Heck da Rosa  
Esp. Carlos Henrique Ribas Pereira  
Me. Jonathan Maicon Francisco  
Esp. Marina Du Bois

## SECRETÁRIA

Esp. Bárbara Madalena Heck da Rosa

## ESTAGIÁRIA

Izadora Mazetti de Souza

## EDITORA EXECUTIVA

Esp. Marina Du Bois

## EDITORA CHEFE

Ma. Ana Catarina de Alencar

**[revista.oabjoinville.org.br](http://revista.oabjoinville.org.br)**



## REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.1 n.9 2023 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

|                                     |           |               |    |      |
|-------------------------------------|-----------|---------------|----|------|
| Revista Eletrônica da OAB Joinville | Joinville | Ano 9, vol. 1 | p. | 2023 |
|-------------------------------------|-----------|---------------|----|------|



## REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

*Diretoria OAB Joinville (2022/2024)*

Óliver Jander Costa Pereira - Presidente

Janaína Silveira Soares Madeira - Vice-presidente

Guilherme Aquino Reusing Pereira - Secretário-geral

Rafael Luiz Siewert - Secretário-geral adjunto

Kathleen Zago Appi Lótici - Tesoureira

*Coordenação da Revista Eletrônica OAB Joinville – Editora Chefe*

Ana Catarina de Alencar

*Editora Executiva*

Marina Du Bois

*Secretária*

Bárbara Madalena Heck da Rosa

*Desenvolvimento Web*

Cristian Feldes

*Contato*

Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguacú

89221-050 - Joinville/SC - Brasil

revista@oabjoinville.org.br

Revista Eletrônica da OAB Joinville [recurso eletrônico] / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville. - v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010)-. - Joinville: OAB Joinville, 2010-

Intermitente até 2011.

Interrompida em 2012.

Periodicidade semestral a partir de 2019.

Versão online disponível em: <https://revista.oabjoinville.org.br/>

Numeração alterada: ano 9, n.1, 2023

ISSN 2178-8693

1. Direito – Periódicos. 2. Advocacia – Periódicos. I. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville.

CDDir 340.05



## SUMÁRIO

### EDITORIAL

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| Indalécio Robson Rocha..... | 7 |
|-----------------------------|---|

### ARTIGOS

#### **A IMPORTÂNCIA DA TRANSVERSALIDADE DAS AÇÕES DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE DAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS, JURISPRUDENCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

|                                                      |   |
|------------------------------------------------------|---|
| Kayara Tollmeiner e Franciele Cristina Brunetto..... | 8 |
|------------------------------------------------------|---|

#### **A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL: POSSIBILIDADE DE MINIMIZAÇÃO DOS SEUS EFEITOS E GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

|                                                                                                    |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Hevandra Maria de Freitas Wolfart, Jade Kallyne Ferreira de Souza e Eliezer José Bonan Junior..... | 22 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

#### **A PROTEÇÃO DE DADOS NO METAVERSO: REGULAMENTAÇÃO E PERSPECTIVAS DE CIBERSEGURANÇA**

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| Beatriz de Freitas Alves Vicente..... | 44 |
|---------------------------------------|----|

#### **AS MEDIDAS ADOTADAS PELAS NAÇÕES UNIDAS EM VIRTUDE DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS PELA RÚSSIA NA GUERRA DA UCRÂNIA**

|                                                                                                    |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Beatriz Rosa Damasceno dos Santos, Bruna Schubert de Almeida Coelho e Ana Carolina Lopes Olsen.... | 62 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

#### **(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI**

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| Eduardo Correia Dias e Leandro Gornicki Nunes..... | 84 |
|----------------------------------------------------|----|

#### **CONTRAPONTO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| Julia Freire Paiva Alves..... | 99 |
|-------------------------------|----|

#### **CRIMES DE PEDOFILIA E PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA TUTELA PENAL SOB A ÓTICA DA DUPLA FACE DA PROPORCIONALIDADE**

|                    |     |
|--------------------|-----|
| Luana Peixoto..... | 116 |
|--------------------|-----|

#### **DE AGRAVANTE À ATENUANTE: A REINCIDÊNCIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| Ícaro Machado Pereira Pedroso..... | 133 |
|------------------------------------|-----|

#### **MEDIDAS ATÍPICAS DE COERÇÃO EXECUTIVA: A SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO E A APREENSÃO DO PASSAPORTE DO DEVEDOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| Wilson Cesar Rosa e Edeilson Ribeiro Bona..... | 149 |
|------------------------------------------------|-----|

#### **OS IMPACTOS DA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL E AS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO ADOTADAS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| Evelyn dos Santos Schelbauer e Leandro Gornicki Nunes..... | 166 |
|------------------------------------------------------------|-----|

#### **OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| Lenara Camila Dellandréa Pereira e Indalécio Robson Rocha..... | 185 |
|----------------------------------------------------------------|-----|

#### **PACTO FEDERATIVO, ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E REPARTIÇÃO DE RECEITAS NO ESTADO BRASILEIRO**

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| Edinam Geronimo de Macedo Alves e Daniel de Oliveira..... | 206 |
|-----------------------------------------------------------|-----|



**A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *POST MORTEM* SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL**

Sofia Batista Koglin e Janaina Silveira Soares Madeira.....223





## EDITORIAL

Em 2023, esta Revista chega em seu nono ano de edições. Com esse tempo, é possível adquirir aprendizados decorrentes de experiências com diferentes tipos de autores, de temas, de estilos de escrita, de áreas e métodos. O ano de 2023 é importante para nossa Revista, pois estipulamos critérios mais rígidos de publicação. O tempo e a prática geralmente aprimoram o discernimento e, para nós, isso significa aprimorar nossa interpretação sobre pesquisa e produção de conhecimento jurídico em nossa Joinville e região.

O aprimoramento da produção do conhecimento jurídico é um imperativo. Por um lado, pode ser justificado ética ou moralmente pela necessidade de que o direito proteja a dignidade humana. Pensar a produção jurídica como meio para promoção da dignidade é uma dimensão da pesquisa jurídica que está implícita em qualquer empreitada do tipo. Por outro lado, pode ser justificado prudencial e pragmaticamente. A produção séria do conhecimento jurídico em paralelo à devida atenção política de sua efetivação parece ser o único meio de aprimorar nossas instituições sem recorrer às árduas penas que o desenvolvimento empírico isoladamente pode proporcionar. Pesquisar e produzir conhecimento no direito também nos torna mais eficientes.

Ao invés de buscar o aprimoramento do direito apenas com base na tentativa, acerto e erro, a produção previamente refletida e racionalizada pode facilitar sua aplicação à vida em sociedade. Pode nos ajudar a sermos mais sábios e, quando necessário, pragmáticos e eficientes na consecução dos objetivos jurídicos. Tudo intimamente conectado à pesquisa e produção jurídicas. Uma importante conclusão dessas premissas é que o conhecimento jurídico produzido em um periódico não deve ser distante da prática jurídica forense, especialmente quando a Revista é de casa dos advogados do Brasil, que, não por acaso, é uma entidade *sui generis* em nossa sociedade. Moralidade e prudência alinhadas podem gerar sábios juristas que tenham sucesso em conciliar a realidade deste mundo com a universalidade ideal inerente à proteção da dignidade humana.

Investir atenção na análise dos textos é essencial, permitindo-se ao autor-candidato a construção conjunta e, na medida do possível, auxiliando-o nesta construção.

Por fim, cabem agradecimentos à Dra. Ana Catarina Alencar, que vem realizando ótima gestão deste periódico, promovendo a definição de metas e sua necessária realização. Estar à frente de um periódico tão representativo em nossa região e ao mesmo tempo cumprir o cotidiano pessoal e profissional – e neste caso, de uma mulher – sempre é desafiador. Tais dificuldades certamente são suplantadas por sua competência. Ser nossa coordenadora é, antes de tudo, mérito.

Desejo a todos que os trabalhos publicados possam ser úteis no desenvolvimento de suas pesquisas. Sugiro fortemente que utilizem estes trabalhos, aproveitando argumentos ou criticando o uso de premissas e as conclusões derivadas delas, verificando a validade das evidências argumentativas apresentadas. Construam argumentos próprios e não temam pensar sobre o que lhe é apresentado. Ao aceitar o argumento do outro, busquem estar convencidos e certifiquem-se de não apenas serem induzidos à aceitação. Aperfeiçoaremos a produção do conhecimento jurídico quando conseguirmos criar um ambiente pelo qual a crítica consistente possa ser vista como meio para erigir teorias e sistemas jurídicos sólidos próprios à experiência brasileira.

**Indalécio Robson Rocha**

Parecerista do Conselho Editorial da Revista Eletrônica da OAB de Joinville.



## A IMPORTÂNCIA DA TRANSVERSALIDADE DAS AÇÕES DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE DAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS, JURISPRUDENCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Kayara Tollmeiner<sup>1</sup>  
Franciele Cristina Brunetto<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo busca apresentar as ações de enfrentamento a violência doméstica em favor da condição da mulher. Ao longo da história, a luta das mulheres sempre esteve pautada na resistência à sociedade patriarcal e excludente. Com todo o avanço de ações e articulações, foi possível garantir medidas que ajudassem a coibir tal violência. O objetivo geral do presente artigo está ligado à análise de diferentes ações que, de forma transversal e interdisciplinar, somam-se e contribuem para o maior alcance de medidas de proteção à mulher. Para tanto, serão analisadas decisões, entendimentos e ações regionalizadas que contribuem para mais efetividade e maior alcance de soluções reais para o resultado da proteção pretendida. Dentre as análises, serão observados dados referentes ao Conselho Nacional de Justiça quanto ao acesso, pedidos, dados e especificações no estado de Santa Catarina no período de 2020/2022.

**Palavras-chave:** Condição da mulher; Violência doméstica; Ações transversais.

**Abstract:** This article seeks to present the actions to combat domestic violence in favor of the condition of women. Throughout history, women's struggle has always been based on resistance to a patriarchal and excluding society. With all the progress of actions and articulations, it was possible to guarantee measures that help curb such violence. The general objective of this article is linked to the analysis of different actions that, in what cross-sectional and interdisciplinary way, add up and contribute to a greater range of measures to protect women. To this end, decisions, understandings, and regionalized actions will be analyzed that contribute to greater effectiveness and greater reach of real solutions for the intended protection result. Among the analyses, data referring to the National Council of Justice will be analyzed regarding access, requests, data and specifications in the state of Santa Catarina during the period 2020/2022.

**Keywords:** Woman condition; Domestic violence; Transversal actions

### INTRODUÇÃO

A condição de mulher sempre foi fator de submissão ao longo da história. Ao analisar o contexto do mundo e diferentes culturas é possível depreender formas variadas de violência (física, social, moral e sexual) que, ainda hoje, com todos os avanços legislativos e jurídicos, impressionam pela forma como são expostas e vistas com naturalidade. A mulher como sujeito de direito sempre teve que buscar adaptação e subordinação para ser inserida na sociedade.

O lugar dado pelo Direito à mulher sempre foi um não-lugar. Sua presença na História é uma história de ausência. Era subordinada ao marido, a quem precisava obedecer. Estava excluída do poder e do mundo jurídico, econômico e científico. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada. Não se emprestava valor econômico aos afazeres domésticos. (DIAS, 2009, p.01).

Já o “homem”, em sua relação com o meio, buscou ao longo da história formas de enfrentamento para se inserir e transformar o mundo, diferentemente da mulher que, em sua luta, sempre esteve compelida à aceitação e à resignação.

Neste contexto, o presente artigo busca analisar e compreender a importância da

1. Especialista em Direito processual Civil e Constitucional. kayaratollmeiner@gmail.com.

2. Especialista em Direito Processual Civil. Franciele.cbl@gmail.com.



transversalidade nas ações de combate à violência contra a mulher, tendo como pano de fundo a luta social na qual se inserem mulheres e homens, sendo a mulher pautada como elo mais “fraco” e submisso da sociedade.

Para tanto, serão observados avanços legislativos, judiciários e a efetiva participação da sociedade civil para um aparelhamento de ações que buscam prever e eliminar todas as formas de violência vinculadas à questão da mulher. Por último, ainda serão analisados dados e decisões concernentes à efetivação das políticas de proteção.

## 1 A CONDIÇÃO DA MULHER COMO SUJEITO DE DIREITO E A LUTA POR SUA AFIRMAÇÃO AO LONGO DA HISTÓRIA

A questão da violência doméstica é um problema estrutural que atinge mulheres de todas as idades, classes e contextos sociais. Como ressaltado por Dias, (2022, p. 49), constitui “o mais democrático de todos os fenômenos sociais”.

Ao falar da questão da mulher como ser social, é possível exemplificar questões de deslegitimação e silenciamento que permearam suas lutas ao longo da história. “Desde que o mundo é mundo humano, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, coisificada, objetivizada, monetarizada” (DIAS, 2022, p. 33).

Para a compreensão do contexto da mulher na sociedade, faz-se necessário entender a influência que o patriarcado assumiu na história e mantém na atualidade e a relevância dos movimentos feministas para toda a história moderna.

Segundo Dias (2022, p. 25-26), pontua-se que “uma sociedade patriarcal é aquela que promove o privilégio masculino, entendido como uma vantagem inata atribuída aos homens e negada às mulheres”. Esta é a gênese do patriarcado: o regime de opressão mais antigo da humanidade”.

Em contraposição ao patriarcado, encontra-se a força dos movimentos e articulações feministas. Bell Hooks (2020, p. 17), sintetiza que “dito de maneira simples, feminismo é um movimento para acabar com o sexismo, exploração sexista e opressão”. Ainda, nas palavras de GARCIA:

O feminismo pode ser definido como a tomada de consciência das mulheres como coletivo humano, da opressão, da dominação e exploração de que foram e são objeto por parte do coletivo de homens no seio do patriarcado sob suas diferentes fases históricas, que as move em busca da liberdade de seu sexo e de todas as transformações da sociedade que sejam necessárias para este fim. Partindo desse princípio, **o feminismo se articula como filosofia política e, ao mesmo tempo, como movimento social** (GARCIA, 2015, p. 13, grifos nossos).

Nesse sentido, Bell Hooks apresenta a conceituação de violência patriarcal, para tratar sobre a violência doméstica, a partir de outro viés, o da violência sexista e sistêmica, que impede que as mulheres vivam em segurança dentro de suas próprias casas e relacionamentos. “A violência patriarcal em casa é baseada na crença de que é aceitável que um indivíduo mais poderoso controle outros por meio de várias formas de força coercitiva” (HOOKS, 2020, p. 95).

O termo “violência patriarcal” é útil porque, diferentemente da expressão “violência doméstica”, mais comum, ele constantemente lembra o ouvinte que violência no lar está ligada ao sexismo e ao pensamento sexista de dominação masculina [...] **mais mulheres são espancadas e assassinadas em casa do que fora de casa** (HOOKS, 2020, p. 96, grifos nossos).



Todo contexto histórico e ontológico esteve pautado na questão do patriarcado como forma de assegurar que determinadas ações fossem exclusivas do homem como ser superior às mulheres. As diferentes formas de violência que permeiam a sociedade buscam inferiorizar determinada classe em detrimento de outra. Ao falar sobre a questão da mulher, a história traz epistemologicamente dados que sempre comprovaram a segregação do papel da mulher na sociedade.

As mulheres podiam marchar a Versalhes porque suas vozes estridentes exprimiam melhor a fome, emendar casacos, fazer jantares, ser inspiradoras como odaliscas imperiais desmaiando em divas em tecidos transparentes, ser celebradas como deusas gregas no Pantheon, mas não eram cogitadas em papéis políticos responsáveis (NYE, 1995, p. 22).

Para Beauvoir (1967), a grande crítica à evolução da condição de mulher está ligada aos espaços econômicos alcançados como formas de transformação, na medida em que a verdadeira ascensão da mulher está pautada nas modificações sociais, econômicas e morais.

Nesse segmento vale destacar que a mulher ao longo da história pautada na superação de suas amarras e, principalmente, na imersão de uma sociedade excludente e segregativa “deve-se reivindicar os espaços, assumir compromissos, buscar alternativas e impor-se pela vontade persistente de inclusão e igualdade” (GOSTINSKI, 2016, p. 18).

Assim, os meios positivos de proteção foram ganhando espaço. A visão de que a sociedade como um todo precisaria de leis e amparos jurídicos para que esses espaços fossem respeitados fizeram com que o amparo jurídico começasse a aparecer através das normativas de proteção à mulher.

## **2 O AMPARO NORMATIVO DE PROTEÇÃO DA MULHER E SUA CONSTRUÇÃO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Em primeiro lugar, há de se destacar as disposições constitucionais sobre a temática. Todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, conforme o caput do art. 5º da Constituição Federal do Brasil. O inciso I deste mesmo artigo assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

O art. 226 do texto constitucional dedica especial proteção do Estado à entidade familiar. O seu § 5º dispõe sobre a igualdade trazida nos direitos e garantias individuais do art. 5º, para o contexto familiar “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Por fim, e de forma mais relevante para esta explanação, está o § 8º do art. 226, que diz que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Ou seja, é do Estado a incumbência de criar mecanismos, instrumentos e políticas para coibir e erradicar a violência doméstica, sem excluir, obviamente, a responsabilidade da sociedade perante a violência e, principalmente, do agressor.

O próprio texto constitucional sofreu a influência de tratados internacionais, que elevou discussões sobre a importância de se afirmar os direitos das mulheres como sujeitos de direito e de especial proteção dedicada pelo Estado.

Em primeiro lugar, é essencial elencar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW/1979), chamada de Convenção da



Mulher, proveniente da Organização das Nações Unidas, o primeiro documento internacional que dispõe sobre a situação da mulher. Segundo Pimentel (2012, p.20):

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, doravante denominada Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, **é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher.** São duas as frentes propostas: **promover os direitos** da mulher na busca da igualdade de gênero e **reprimir quaisquer discriminações** contra a mulher nos Estados-parte. **A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações,** tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano. [...] A Convenção trata do princípio da igualdade, seja como obrigação vinculante, seja como um objetivo". (grifos nossos).

Além da Convenção da Mulher, cabe destacar a importância da Convenção Belém do Pará, de 1994, proveniente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA – Organização dos Estados Americanos). A Convenção de Belém do Pará (1994), conceituou violência contra a mulher pela primeira vez, em documento oficial promulgado em seu Decreto 1.973 de 1º de agosto de 1996:

Artigo 1º Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Artigo 2º Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Apesar dessas previsões, de caráter internacional e constitucional, que, aliás, não são as únicas, a eficácia dessas medidas sempre foi um problema a ser resolvido:

Como é sabido, a história demonstra que a violência contra a mulher é um tema tão antigo quanto a evolução da humanidade. A novidade foi que, na segunda metade do século XX, as mulheres tomaram para si a consciência da inferioridade geral, comumente acatada, até então, como um modo imanente de ser, submissão desvalorizada, que ia desde a repressão dos desejos íntimos à sub-remuneração do trabalho. Nas décadas seguintes, mulheres corajosas, destemidas, heroínas, ainda vivas ou em memória, como Diana Russel (a quem se atribui a denominação do fenômeno), as vítimas de Ciudad Juarez, no México, **e Maria da Penha, no Brasil, institucionalizaram seus testemunhos e conseguiram elevar o problema do gênero feminino ao patamar jurídico-normativo.** (BRASIL, 2018).

Nesse contexto, buscando a melhoria da eficácia das medidas formais de proteção, surgiu a Lei Maria da Penha, visando alcançar níveis satisfatórios de igualdade



substancial. Considerada inconstitucional por alguns ou, como ação afirmativa por outros, a Lei Maria da Penha nasceu da real necessidade de proteção da mulher e garantia de seus direitos, frente a um quadro de banalização e normalização da violência doméstica.

Vale a pena ressaltar que “a violência é um instrumento de controle que busca manter a ordem estabelecida” (DIAS, 2022, p. 23). Sobre a Lei Maria da Penha, fruto de uma responsabilização internacional do Estado brasileiro frente à sua negligência e omissão no combate à violência doméstica:

Há quem não saiba, mas trata-se de uma lei de iniciativa do Poder Executivo. Foi elaborada por um consórcio de entidades feministas e encaminhada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República. Quando de sua sanção, ele a chamou de Lei Maria da Penha, ao afirmar: **Esta mulher renasceu das cinzas para se transformar em um símbolo da luta contra a violência doméstica no nosso país** (DIAS, 2022 p. 17, grifos nossos).

Dias (2022, p. 37), ainda apresenta que a Lei Maria da Penha “é considerada pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a mulher, uma das três melhores leis do mundo”. No entanto, ainda que seja considerada uma lei séria, completa, moderna e protetiva, a efetividade da lei, por si só, ainda necessita de complementos normativos, decisões judiciais que concretizem os mandamentos legais e políticas públicas para prevenir e uma rede de proteção pronta para acolher.

Várias alterações legislativas vieram à tona no passar dos anos, para complementação e concretude do sistema normativo. Entre elas, pode-se apontar a Lei 8.080/1990, “de enorme significado, a imposição de atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras às vítimas de violência doméstica, pelo Sistema Único de Saúde – SUS” (DIAS, 2022, p. 119). Dentro do contexto de SUS, também é importante apontar a alteração feita pela Lei 13.871/2019, que passa a prever na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que o agressor fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ao SUS (art. 9º, § 4º).

No campo do Direito Civil, tornou-se a violência doméstica, por meio da Lei 13.715/2018, uma nova hipótese de perda de poder familiar a ser decretada por ato judicial, conforme o art. 1638 do Código Civil, que passou a vigorar com essas modificações.

Na seara penal, por sua vez, algumas modificações são observadas. A título de exemplo, foi incluído na Lei Maria da Penha (11.340/2006), a seção IV, por meio da Lei 13.641/2018, que cria o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, no art. 24-A, com pena de detenção de 3 meses a 2 anos.

A Lei 14.188/2021 instituiu o programa Sinal Vermelho em seu art. 1º, “programa de cooperação contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar”. Criou, também, o crime de “stalking”, ou perseguição, no art. 147-A do Código Penal, o qual pode vir a ter a pena majorada no caso de ser cometido contra mulher, por razões da condição de sexo feminino (§ 1º, II). Ademais, cria o tipo penal de violência psicológica contra a mulher (art. 147-B, do Código Penal), cominando pena de reclusão de 6 meses a 2 anos e multa, caso a conduta não constitua crime mais grave.

A mudança de maior repercussão foi a inclusão do novo tipo penal de feminicídio em 2015 por meio da Lei 13.104/2015, com pena de reclusão de 12 a 30 anos. Trata-se do crime de homicídio com a qualificadora de ter sido cometido contra a mulher devido ao ódio, preconceito ou violência contra a condição do sexo feminino.

O crime previsto como feminicídio, presente no art. 121, § 2º-A, do Código Penal



traz que “considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. O § 7º ainda acresce que “a pena de feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime foi praticado: I – durante a gestação ou nos 3 meses posteriores ao parto; II – contra pessoa maior de 60 anos, com deficiência ou com doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; III – na presença física ou virtual de descendente ou ascendente da vítima; IV – em descumprimento de medidas protetivas de urgência.

Destaca-se a última parte, o aumento de pena para crime de feminicídio cometido com descumprimento de medida protetiva de urgência, incluído pela Lei 13.771/2018.

Ainda, vale destacar o Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (2007), que traz em seu bojo as razões pelas quais é necessário realizar ações articuladas e transversais permitindo assegurar maior efetividade no combate as agressões contra a mulher.

O Pacto (2007) traz como diretriz principal a mobilização de aparatos para prevenir a violência: “é preciso combater a violência punindo os agressores, mas é preciso, sobretudo, evitar que a violência aconteça”.

### 3.1 A TRANSVERSALIDADE DAS AÇÕES DE COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Ao conceituar violência Saffioti (2015) destaca que é toda ação que põe em risco a integridade de alguém, seja ele físico, moral, sexual, financeiro, entre outros. Desta forma, destaca ainda a socióloga que o ato de inibir a violência precisa ser direcionado com ações específicas como é o caso das políticas de proteção à mulher.

Embora o contexto jurídico e legislativo brasileiro tenham tentado abarcar o fenômeno da violência contra a mulher, é preciso adentrar a realidade da vítima para combatê-la. Assim, é preciso mais do que positivar ações: é preciso criar mecanismos que desenvolvam ações interligadas com a realidade e que observem a individualidade de cada ação e a sua vulnerabilidade pelo gênero.

Ao tratar da abrangência e apropriação do patriarcado e a violência pela questão de gênero, Saffioti (2015, p.142) destaca ainda:

É pertinente supor-se que, desde o início deste processo, foram sendo construídas representações do feminino e do masculino. Constitui-se, assim, o gênero: a diferença sexual, antes apenas existente na esfera ontológica orgânica, passa a ganhar um significado, passa a constituir uma importante referência para a articulação das relações de poder.

Segundo expõe Saffioti (2015), o gênero não está atribuído ao fator biológico como historicamente se era pensado; a diferença de gênero está intimamente vinculada ao poder compartilhado em papéis sociais diferentes. Logo, o trato com as políticas públicas, em especial as relacionadas à condição de mulher, necessitam de aperfeiçoamento quanto ao recorte de gênero. Ao falar de políticas públicas de proteção à mulher e a necessidade dessa atribuição destaca Farah (2004, p. 52):

Políticas públicas com recorte de gênero são políticas públicas que reconhecem a diferença de gênero e, com base nesse reconhecimento, implementam ações diferenciadas para mulheres. Essa categoria inclui, portanto, tanto políticas dirigidas a mulheres – como as ações pioneiras do início dos anos 80 – quanto



ações específicas voltadas para um público mais abrangente (FARAH, 2004, p. 52).

Assim, segundo Farah (2004), tratar dessas questões implica pensar sobre ações articuladas e transversais de proteção a violência contra a mulher. A Lei Maria da Penha traz algumas delimitações para essas ações. Especialmente, em seu artigo 9º, a referida lei especifica os atores sociais e suas diretrizes para que seja elaborado meios eficazes de combate a qualquer tipo de violência:

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

De forma ampla é possível depreender que a Lei Maria da Penha abre um espaço importante de possibilidades para mecanismos e articulações regionalizados, visando o amparo direto à mulher, principalmente, em relação a sua escuta inicial.

Destaca Medeiros (2018), que embora haja a consciência da necessidade da transversalidade das ações e dos avanços significativos quanto ao olhar específico sobre essas necessidades, é preciso que seja intensificada a efetividade das políticas públicas em todas as esferas executivas:

A necessidade da realização de pesquisas, bem como o monitoramento e avaliação da efetividade dessas políticas públicas são fundamentais para a construção de estratégias de enfrentamento da violência contra a mulher nas diversas instâncias (delegacias, judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público e instituições de atendimento nas diversas áreas da política social). (MEDEIROS, 2018, p. 19).

O Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), criado em 2002, traz a delimitação de pontos fundamentais à universalização das políticas públicas, ou seja, busca a amplitude de direitos para todas as mulheres. O PNPM, prestes a completar vinte anos, demonstra a importância de sua criação, pois é um instrumento de articulação de políticas públicas entre os diversos setores e atores da sociedade civil. O PNPM (2013, p. 09) especifica que:

Fruto de diálogo permanente entre governo e sociedade civil, esse instrumento reforça o princípio de que em um Estado plenamente democrático a condição da participação social, sobretudo das mulheres, é constitutiva de todas as fases do ciclo das políticas públicas. Desde a criação da SPM, em março de 2003, as políticas para as mulheres têm avançado sempre na perspectiva do diálogo e da construção coletiva com os movimentos de mulheres, feministas e demais movimentos sociais, revertendo lógicas desiguais presentes há séculos em nossa sociedade.

A mulher só obteve seus espaços e conquistas por meio de transformações no entendimento de sua condição, bem como de articulações históricas e políticas. Desta forma, destaca Gomes (2001) que é preciso ações afirmativas que incluam cada vez mais, não só as esferas do poder público, nem somente os flagrantes das discriminações enraizadas na sociedade; é preciso que haja essa transformação cultural, trazendo para o bojo da dinâmica de ações de proteção todos os atores sociais



### 3 REDES REGIONALIZADAS E SUA EFETIVAÇÃO NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2022), com o advento da lei 13.827/2019 que alterou a Lei Maria da Penha, criou-se um banco de dados com estatísticas sobre as medidas protetivas de urgência. Com a efetivação da lei do controle de bancos de dados, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 417/2021:

Em resposta à Lei 13.827/2019, o CNJ aprovou a Resolução 417/2021, que estabelece o Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0), o qual inclui, entre outros documentos, o registro das Medidas Protetivas de Urgência concedidas por autoridades judiciárias. De acordo com a própria Resolução, o BNMP 3.0 disponibiliza uma seção específica para fins de consulta e monitoramento das medidas protetivas concedidas pelas autoridades judiciárias, nos termos do parágrafo único do art. 38-A da Lei 11.340/2006. (CNJ 2022).

Segundo dados do CNJ (2022), não há precisão quanto à informação de que os casos de medidas protetivas de urgência tiveram aumento ou diminuição, visto que, com o advento da pandemia do Covid-19, e a dificuldade de acesso, não foi possível um levantamento completo e preciso de dados.

Com a aprovação da resolução, é possível aferir informações e estatísticas referentes ao período de 2020/2022, disponíveis no banco de dados do Datajud. Dentre elas, há de se obter dados quanto à efetividade das ações propostas, em especial quanto aos processos judiciais sobre medidas protetivas de urgência.

Segundo CNJ (2022), quanto a dados referentes a distribuição de registros de medidas protetivas de urgência, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nesse período, contou com 8.896 (oito mil oitocentos e noventa e seis) pedidos enquanto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro contou com o maior índice do país 89.794 (oitenta e nove mil setecentos e noventa e quatro mil) pedidos enquanto o Tribunal de Justiça de Alagoas contou com 814 (oitocentos e catorze) pedidos. O estado de Santa Catarina encontra-se dentre os 38,72% dos processos nível 01 de sigilo que caracteriza-se por correr em segredo de justiça, seja por pedido das partes ou do Ministério Público.

Quanto aos tipos de medidas protetivas de urgência solicitadas, o estado de Santa Catarina, segundo dados do CNJ (2022), conta com em média 30% de pedido de afastamento do lar e, em média 70% com pedido de proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. Ainda por meio de dados do Conselho Nacional de Justiça e seu banco de dados, é possível observar que a maior incidência de pedidos de medidas protetivas de urgência é relacionada a mulheres entre 20 e 39 anos.

Já em relação a parte ré, os dados estaduais contam com o percentual em média de 40% com a idade entre 20-29 anos, em média 20% entre 30-39 anos, em média 20% entre 40-49 anos e em média 10% entre 50-59 anos. Quanto aos dados referentes às decisões de concessão ou não das medidas, Santa Catarina conta com 70% de concessão, 20% de concessão em partes, em média 3% de não concessão e 7% de revogação das medidas protetivas de urgência.

Ao analisar os dados é possível salientar a importância da articulação de Políticas Públicas. A lei Maria da Penha estabelece em seu Art. 1º, § 1º que:

Art. 1º § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido



de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O estado de Santa Catarina tem realizado ações transversais e conjuntas de enfrentamento a violência doméstica e a efetivação do cumprimento das medidas protetivas de urgência como é o caso da Rede Catarina (2017) que tem demonstrado largo alcance quanto à aplicabilidade e acompanhamento das situações de vulnerabilidade.

O programa é institucional da Polícia Militar de Santa Catarina (PMSC) direcionada à prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, estando pautado na filosofia de polícia de proximidade e buscando conferir maior efetividade e celeridade às ações de proteção à mulher. (PMSC 2017)

Nesse contexto, o destaque é a “Rede Catarina”, ação criada pela Polícia Militar de Santa Catarina (2017), que busca o policiamento direcionado, ou seja, busca observar a emergência real da ocorrência ligada a mulher, e por meio de mecanismos de controle, busca respeitar e validar a condição de mulher, fazendo com que o atendimento seja contínuo com atenção para todas as nuances da gravidade do acionamento (PMSC 2017).

Em exemplo da importância da Rede Catarina, hoje no Brasil, a incidência de mulheres que desistem da medida protetiva, seja por receio de nova violência seja por reconciliação, expressam números significativos. Com isso, a ronda de fiscalização da Rede Catarina busca abranger controle e ações efetivas, como é o caso do “botão do pânico”, mecanismo criado por meio de aplicativo que é acionado em caso de violência (PMSC 2017).

Ao adentrar no contexto de Políticas Públicas Regionalizadas, dá-se destaque à “Cartilha de Enfrentamento à Violência contra a Mulher no Município de Joinville” que foi criada por meio do Decreto n. 35.651/19, onde estão delineadas as redes de apoio que se formaram de ações conjuntas e transversais que asseguram uma maior efetividade ao enfrentamento da violência doméstica.

Para isso, as ações em conjunto com o poder executivo, legislativo e sociedade civil asseguram formas de acesso a todas as questões que envolvem sua condição como mulher. A efetivação dessas medidas se expressa por dados de acesso, telefones, endereços, locais de encontro e atores sociais que desenvolvem o papel da escuta. A representatividade de políticas públicas demonstra a preocupação de introduzir a mulher em um meio onde ela consiga entender que a violência não é só física, mas, muito mais abrangente.

Ao falar sobre ações regionalizadas, diversos municípios, por iniciativa do legislativo e executivos municipais, têm desenvolvido mecanismos de combate à violência doméstica. A exemplo disso, é importante mencionar o município de Canelinha-SC que instituiu por meio da Lei nº. 3508, de maio de 2019, o programa “Maria da Penha vai à escola”.

Trata-se de uma iniciativa que propõe ações articuladas com diversos setores municipais governamentais e não governamentais, empresas públicas e privadas, com o intuito de contribuir com o conhecimento sobre a Lei Maria da Penha e sua importância nas diretrizes de combate à violência doméstica dentro do ambiente escolar.

Em exemplo, ainda, aponta-se o Município de Florianópolis, que editou o Projeto de Lei Nº 18.318/21 que prevê o impedimento do agressor condenado pela Lei Maria da Penha de adentrar aos cargos do executivo e legislativo municipal. O projeto prevê que



esse impedimento se estende cinco anos após o trânsito em julgado da ação de condenação.

Nesta linha, a Lei nº 18.301, de 23 de dezembro de 2021, que “Institui o Programa de Cooperação e o Código Sinal Vermelho no âmbito do Estado de Santa Catarina” traz em seu Art.1º:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Estado de Santa Catarina, o Programa de Cooperação e o Código Sinal Vermelho, **como forma de pedido de socorro e ajuda para mulheres em situação de violência, em especial a violência doméstica e familiar** nos termos da Lei federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha. O Programa é inspirado em iniciativa semelhante no Estado do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Parágrafo único. **O Código Sinal Vermelho constitui forma de combate e prevenção à violência contra a mulher, por meio do qual pode dizer “sinal vermelho” ou sinalizar e efetivar o pedido de socorro e ajuda expondo a mão com uma marca em seu centro, na forma de um “X”, feita preferencialmente com batom vermelho e, em caso de impossibilidade, com caneta ou outro material acessível, se possível na cor vermelha, a ser mostrado com a mão aberta, para clara comunicação do pedido.** (grifos nossos).

A iniciativa da Lei do Sinal Vermelho visa buscar, por meio de cooperação de diversos estabelecimentos comerciais, Ministério Público e atores da sociedade civil, promover, em um primeiro momento, o acolhimento da vítima e proceder por meio de ações do poder executivo à devida assistência. Desta forma, é possível observar a dimensão das possibilidades de articulações e iniciativas que podem ser implementadas, articuladas e efetivadas, pois qualquer resultado, por menor que seja, poderá salvar uma vida.

#### **4 DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO QUE PRECONIZAM A PROTEÇÃO DA MULHER**

Apesar de todo o esforço legislativo de acompanhar a evolução da sociedade, de forma a dar concretude os ditames constitucionais, internacionais e da própria Lei Maria da Penha, há grande espaço para a atuação do Poder Judiciário que, de forma responsável, tem proferido decisões capazes de corroborar na garantia dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica.

Sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, há a decisão recente do STJ que, por unanimidade, estabeleceu que se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais, conforme decisão em Resp 1.977.124 e noticiada pelo site do STJ. Prevaleceu, pois, a violência como “de gênero” e não meramente biológica.

O STJ firmou, também, no REsp 1.643.051-MG, a seguinte tese a respeito do dano moral à mulher em condição de violência doméstica ou familiar, configurando dano moral *‘in re ipsa’*:

TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, **e independentemente de instrução probatória.** (grifos nossos).

Embora seja uma instituição independente não submetida ao Poder Judiciário, vale destacar a iniciativa do Ministério Público intitulada “COPEVID”, (Comissão Permanente



de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) que tem emitido enunciados sobre essa luta desde 2011.

Em 2018, o enunciado nº 50 diz que “considera-se também relação íntima de afeto, a fim de ensejar a aplicação da Lei Maria da Penha, aquela estabelecida e/ou mantida por meio da rede mundial de computadores”. Amplia-se, pois, o rol de mulheres protegidas.

Cumpra também elencar o recente enunciado de nº 56 de 2022, que dispensa a realização de laudo pericial para provar o crime de violência psicológica contra a mulher, art. 147-B do Código Penal:

Violência Psicológica Enunciado n.º 56 (06/2022): O crime de violência psicológica previsto no artigo 147-b do código penal pode ser provado pela palavra da vítima, depoimentos de testemunhas, relatórios de atendimento e quaisquer elementos que comprovem o impacto da conduta para o pleno desenvolvimento, controle das ações, autodeterminação e saúde da vítima e prescinde da realização de laudo pericial. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 30/06/2022).

Esses são alguns exemplos e iniciativas do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, na atuação pela concretização e garantia dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica ou familiar.

Observa-se a ampliação da proteção, uma vez que passa a abranger outras categorias ou circunstâncias, incluindo mulheres transexuais, relacionamentos à distância, entre outros atores e situações sociais importantes no cenário do combate à violência relacionada à condição da mulher.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A temática de violência doméstica, ou violência patriarcal, é de demasiada abrangência, importância e urgência. Há de se destacar o processo histórico de afirmação de direitos pelos quais passaram e ainda passam as mulheres, a importância dos movimentos sociais emancipatórios feministas, a conquista dos direitos políticos, a apropriação da mulher enquanto dona de seu próprio corpo e tomadora de decisões sobre sua própria vida.

Ao longo deste trabalho, buscou-se demonstrar a importância dos avanços legislativos em matéria de proteção dos direitos das mulheres, especialmente, no ambiente doméstico, sem a pretensão de esgotar o tema, mas demonstrar os avanços enquanto conquistas para a garantia da dignidade da mulher em qualquer espaço que esteja.

Adicionalmente, foram apresentados tratados internacionais, a Constituição Federal e a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), considerada um divisor de águas no direito brasileiro, entre outras legislações correlatas.

Posteriormente, enfatizou-se a atuação do Poder Judiciário enquanto garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Foram elencadas diversas decisões que possuem, em seu bojo, a proteção dos direitos das mulheres trabalhando para a efetividade do combate à violência no país.

Ainda, por fim, e para concluir a tríade dos Poderes previstos constitucionalmente, abarcou-se a atuação do Poder Executivo como executor das políticas públicas e, ainda, várias iniciativas de terceiro setor que contribuem nesse processo emancipatório da mulher.

A relevância deste artigo está na demonstração de como as medidas precisam ser articuladas de forma transversal, incluindo todos os poderes, setores, unidades



federativas e toda a sociedade. Tudo isso para que a mulher vá além da mera igualdade formal e possua, substancialmente, meios e instrumentos para ver seus direitos garantidos, e, em especial, segurança e liberdade para ser quem ela quiser ser.

E, para acabar, é preciso lembrar que a luta está muito longe do fim. **Enquanto não formos, todas, mulheres livres, teremos, todas, uma liberdade condicionada.** Mulheres brancas, negras, asiáticas, indígenas. Mulheres cristãs, judias, muçulmanas, budistas, ou de qualquer outra religião ou não religião. Mulheres do Hemisfério Norte ou do Hemisfério Sul. Mulheres heterossexuais, homossexuais, bissexuais. Mulheres que nasceram com o sexo feminino no registro ou mulheres que adotaram o gênero feminino ao longo da vida. Mulheres ricas, mulheres pobres. **Não importa. Enquanto uma de nós não usufruir da liberdade, seguimos todas sendo prisioneiras** (MANUS, 2019, p. 179-180, grifos nossos).

A liberdade que se busca somente será conquistada com atuação conjunta, integrada, em rede, e preocupada com cada uma, com cada número, com cada história. Sem isso, ninguém estará livre.

## REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Trad. Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BRASIL. **Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), 2007. Disponível em: Acesso 21/11/2022

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher : um olhar do Ministério Público brasileiro** / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2018. 244 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.643.051 - MS. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669781&num\\_registro=201603259674&data=20180308&peticao\\_numer o=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669781&num_registro=201603259674&data=20180308&peticao_numer o=-1&formato=PDF). Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. Decreto 1.973. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará**, em 9 de junho de 1994. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)

Brasil. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013. 114 p. : il.

**Cartilha de Enfrentamento à Violência contra a Mulher**. Disponível em : <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2021/08/Cartilha-de-Enfrentamento-%C3%A0-Viol%C3%Aancia-contra-a-Mulher.pdf>. Acesso em 21/11/2022



CNJ. **Avaliação sobre a aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha** / Conselho Nacional de Justiça; Instituto Avon; Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação. – Brasília: CNJ, 2022.

COPEVID. **Enunciados COPEVID**. Disponível em:  
[https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/enunciado\\_copevid.pdf](https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/enunciado_copevid.pdf).  
Acesso em: 30 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher e o Direito**. 2009. <https://berenicedias.com.br/a-mulher-e-o-direito/>. Acesso e, 22/11/2022

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FARAH, M. F. S. **Gênero e políticas públicas**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 12, n. 1. Jan/Abr. 2004.

FEDERAL, Senado. **CDH aprova que agressor de mulher não pode ocupar cargo público**. 2019. Disponível em:  
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/08/cdh-aprova-que-agressor-de-mulher-nao-pode-ocupar-cargo-publico>. Acesso em: 30 nov. 2022.

GARCIA, Carla Cristina. **Breve história do feminismo**. 3. ed. São Paulo: Claridade, 2015.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social**. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2001.

GOSTINSKI, Aline. Sou mulher, e daí? Desafios e perspectivas para além do Direito. In:

GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (org.). **Estudos Feministas**: por um direito menos machista. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 15-20.

HOOKS, bell. **O feminismo é para todo mundo**: políticas arrebatadoras. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

MANUS, Ruth. **Mulheres não são chatas, mulheres estão exaustas**: Direitos, trabalho, família e outras inquietações da mulher do século XXI. 1. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

MEDEIROS, Luciene. **Os contextos e o processo de inclusão das reivindicações dos movimentos de mulheres e feminista na agenda governamental**. In: **Políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher**. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Letra Capital : PUC-Rio, 2018.



NYE, Andrea. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1995.

[https://assets-institucionalipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2009/09/pacto\\_violencia.pdf](https://assets-institucionalipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2009/09/pacto_violencia.pdf)

OAB-SP. **Pleno do CFOAB decide que violência contra a mulher impede inscrição nos quadros da instituição**. 2019. Disponível em:

<https://www.oabsp.org.br/noticias/2019/03/pleno-do-cfoab-decide-que-violencia-contr-a-mulher-impede-inscricao-nos-quadros-da-instituicao.12864>. Acesso em: 30 nov. 2022.

PIMENTEL, S. **Convenção sobre a Eliminação Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher Discriminação contra a Mulher - Cedaw 1979**. 2012.p. 20.

SANTA CATARINA.. Polícia Militar de Santa Catarina: Santa Catarina, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência**. 2ª ed. São Paulo: Expressão popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

STF. **Lei que impede nomeação de condenados pela Lei Maria da Penha é constitucional**. 2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464391&ori=1> Acesso em: 30 nov. 2022.

STJ. **Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma**. 2022. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contr-a-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 30 nov. 2022.



## A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL: POSSIBILIDADE DE MINIMIZAÇÃO DOS SEUS EFEITOS E GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Hevandra Maria de Freitas Wolfart<sup>1</sup>

Jade Kallyne Ferreira de Souza<sup>2</sup>

Professor Orientador Me. Eliezer José Bonan Junior<sup>3</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa abordou o problema de como a mediação pode ser utilizada como a melhor forma de resolução de conflitos decorrentes da alienação parental, a fim de minimizar seus efeitos, em garantia da proteção integral da criança e do adolescente. A hipótese inicial se derivou das causas da Alienação Parental, na interferência na formação social e psicológica dos filhos de um casal em meio a disputas judiciais, e aquelas provocadas pelos avós, tios, ou por aquele que tenha o infante sob a sua autoridade. Demonstrar-se-á que, a Alienação Parental no Brasil, tomou sua devida atenção nas discussões dos Tribunais Judiciários somente em 2003, ganhando espaço em legislação específica apenas em 2010. Neste lastro temporal, a legislação brasileira deixou lacunas à efetivação das disposições constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente para a proteção integral dos alienados. Para a execução desta análise, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, o método de procedimento monográfico e comparativo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se, assim, que a possibilidade do uso da mediação como um método para resolução de conflitos que decorrem da alienação parental, demonstra a possibilidade de garantir a proteção integral da criança e do adolescente, configurando uma solução inovadora aos casos em que se confirma a ocorrência de alienação, minimizando, e até suprimindo as consequências negativas ao desenvolvimento das crianças e adolescentes alienados.

**Palavras-chave:** Alienação Parental. Forma de Resolução de Conflitos. Mediação.

**Abstract:** This research addressed the problem of how mediation can be used as the best way to resolve conflicts arising from parental alienation, in order to minimize its effects, guaranteeing the full protection of children and adolescents. The initial hypothesis was derived from the causes of Parental Alienation, interference in the social and psychological formation of the children of a couple in the midst of legal disputes, and those provoked by grandparents, uncles, or by the one who has the infant under their authority. It will be demonstrated that, Parental Alienation in Brazil, took its due attention in the discussions of the Judiciary Courts only in 2003, gaining space in specific legislation only in 2010. In this temporal ballast, the Brazilian legislation left gaps to the effectiveness of the constitutional dispositions and of the Child and Adolescent Statute for the integral protection of the alienated. For the execution of this analysis, the deductive research method, the monographic and comparative procedure method and the bibliographical research technique were used. It was concluded, therefore, that the possibility of using mediation as a method for resolving conflicts arising from parental alienation, demonstrates the possibility of guaranteeing the full protection of children and adolescents, configuring an innovative solution to cases in which it is confirmed the occurrence of alienation, minimizing, and even suppressing the negative consequences for the development of alienated children and adolescents.

**Keywords:** Parental Alienation. Way of Conflict Resolution. Mediation.

1. Acadêmica de Direito; Católica de Santa Catarina Centro Universitário; Rua Nazareno, nº 113, apartamento 101, Glória, CEP:89217-008, Joinville/SC; hevandra.wolfart@catolicasc.org.br; 47 99222-0540.

2. Acadêmica de Direito; Católica de Santa Catarina Centro Universitário; Av Marquês de Olinda, nº 530, apartamento 002, Costa e Silva, CEP:89219-025, Joinville/SC; jade.souza@catolicasc.edu.br; 47 99904-2542.

3. Professor do Curso de Direito; Mestre; Católica de Santa Catarina; R. Visc. de Taunay, 456, Centro, Joinville - SC, 89203-005; eliezer.bonan@catolicasc.org.br; 47 98454-2045.



## INTRODUÇÃO

Pela dimensão do objeto de estudo através de leituras bibliográficas e jurisprudências, essa pesquisa derivou do seguinte problema: A mediação pode ser utilizada como forma de resolução de conflitos decorrentes da alienação parental, minimizando os seus efeitos e garantindo a proteção integral da criança e do adolescente?

A hipótese de pesquisa parte da premissa que a Alienação Parental decorre em maioria das disputas judiciais de cônjuges por seus filhos, durante o litígio de separação, nos quais, um dos pais tenta afastar o outro da vida do filho infante, prejudicando a sua imagem perante este, prejudicando o direito de visitas, entre outras formas de atuação.

O trabalho tem como objetivo analisar como a mediação pode ser utilizada como método de resolução de conflitos decorrentes da alienação parental minimizando os seus efeitos e garantindo a proteção integral da criança e do adolescente, discorrendo sobre a alienação parental e as consequências causadas ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

A presente pesquisa, possui como objetivos específicos, discorrer sobre a alienação parental e as consequências causadas ao desenvolvimento da criança e do adolescente, analisar o instituto da mediação como uma forma de resolução de conflitos para a minimização dos efeitos da alienação parental e por fim identificar a relação entre ambos para garantir a proteção integral da criança e do adolescente.

O método utilizado para a análise da mediação como forma de resolução de conflitos decorrentes da alienação parental, será o dedutivo, em busca da melhor proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

O procedimento para a realização do estudo da alienação parental será o monográfico, explorando inicialmente o advento da lei brasileira, para então discutir a mediação como método de resolução de conflitos e, ao final, a relação entre eles.

Para a elaboração do artigo científico e posterior análise, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, para elaboração do entendimento de como se utilizar da mediação em prol da proteção integral da criança e do adolescente.

Por fim, a pesquisa, irá abordar aspectos do direito de família e a alienação parental, buscando compreender o advento da Lei da Alienação Parental no Brasil, logo em seguida, o instituto da mediação como método de resolução de conflitos, centralizando o próprio instituto, suas formas de ocorrência e tipos procedimentais, e por fim, a mediação como método de resolução de conflitos decorrentes da alienação parental.

## 1 DIREITO DE FAMÍLIA E A ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental fere o direito fundamental de proteção à criança e ao adolescente, de modo que, neste ato, será destacando suas principais características e formas de ocorrência, apontando o advento da Lei nº 12.318/10 que conceituou a alienação parental no Brasil.

### 1.1 O instituto da alienação parental

A Alienação Parental ou SAP – Síndrome da Alienação Parental é um termo identificado pelo professor e especialista do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia e perito judicial, Richard Gardner, em 1985, que se interessou



pelos sintomas que as crianças desenvolviam nos divórcios litigiosos, publicando um artigo sobre as tendências atuais em litígios de divórcios e guarda.

Alguns que preferem usar o termo Alienação Parental (AP) alegam que a SAP não é realmente uma síndrome. Essa posição é especialmente vista nos tribunais de justiça, no contexto de disputas de custódia de crianças. Uma síndrome, pela definição médica, é um conjunto de sintomas que ocorrem juntos, e que caracterizam uma doença específica. Embora aparentemente os sintomas sejam desconectados entre si, justifica-se que sejam agrupados por causa de uma etiologia comum ou causa subjacente básica. Além disso, há uma consistência no que diz respeito a tal conjunto naquela, em que a maioria (se não todos) os sintomas aparecem juntos. O termo síndrome é mais específico do que o termo relacionado à doença. Uma doença é geralmente um termo mais geral, porque pode haver muitas causas para uma doença particular. (GARDNER, 2011, p.2)

Para Gardner (2001) a síndrome se desenvolve a partir de programação ou lavagem cerebral realizada por um genitor – nomeado como alienador – para que a criança rejeite o outro responsável.

Paulo (2012) explica que a Alienação Parental é um fenômeno tão comum e corriqueiro que qualquer pessoa já deve ter observado, mesmo pessoas que não trabalham com o tema ou tampouco tenham ouvido falar no assunto antes.

A SAP, tem sua origem marcada pelas disputas judiciais de cônjuges por seus filhos, durante litígio de separação, nos quais, um dos pais tenta afastar o outro da vida do filho infante, denegrindo a sua imagem perante este, e prejudicando o direito de visitas. Cria-se, nesses casos, em relação ao infante, a situação conhecida como “órfão de pai vivo” (GONÇALVES, 2022, p. 529), originando grande opressão aos filhos que são cercados por esta “guerra” interpessoal entre seus genitores, motivada até por um sentimento de vingança em determinados casos.

Trata-se de uma campanha liderada por um genitor, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação. (MADALENO, 2020, p. 46)

Alguns, ainda, a denominaram, como ilustra Freitas (2015), como Síndrome de Medeia, em que os pais separados adotam a imagem dos filhos como a extensão deles mesmos. É comum nestes casos estudados por especialistas que, durante a investigação da SAP, venha a se descobrir que as crianças que se recusaram a ter contato com um dos seus genitores, sejam vítimas da síndrome.

É assim que a conduta da SAP, segundo Tepedino (2020), é objetivada. Em suma, a influência de um dos pais sobre os filhos, de forma a impactar negativamente os vínculos afetivos destes para com o outro genitor. Essas condutas se efetivam através do exercício do poder familiar na relação de confiança entre pais e filhos, a fim de anular a autoridade do genitor que não possui a guarda única do infante, ou daquele que tem menos influência sobre os filhos.

O genitor e seus familiares próximos, como avós e tios da criança vão sendo maliciosamente excluídos e tudo que rodeia o vínculo dos filhos com o progenitor



não convivente se converterá em uma potencial ameaça para a criança, iniciando por uma variedade de eventos que ficam fora do controle do menor e que vão criando na criança um sentimento nato de defesa contra a fictícia ameaça que representa seu pai ou sua mãe (MADALENO, 2017, p. 134).

Fiorelli (2021) aponta que nas ações resultantes de conflitos do mundo adulto, muitas crianças se acham envolvidas, quer por estarem vivenciando a situação de conflito, quer por serem colocadas como “objeto” de disputa entre os adultos. Nada que já não existisse antes mesmo de a expressão “alienação parental” ganhar espaço no mundo jurídico.

Para Freitas (2015) a Síndrome de Alienação Parental pode ser chamada de implantação de falsas memórias, pois o alienador passa a incutir no filho falsas ideias sobre o outro genitor, implantando por definitivo as falsas memórias. Dessa forma, também apontou Tepedino (2020, p. 549), exemplificando os desafios enfrentados, no que se considera como a origem da Alienação Parental em diversos casos, o término do casamento:

O término do casamento ou união estável é, em sua maioria, desafio a ser enfrentado pelos ex-cônjuges, ex-companheiros e filhos. Quando os pais confundem o fim da conjugalidade com a parentalidade, inserindo-a nas mazelas oriundas da sociedade conjugal, as crianças e adolescentes são utilizados como instrumento para atingir o outro genitor, acarretando danos à integridade psíquica dos filhos menores. A arquitetura casuística é variada, pois são muitas as formas de fazer a programação mental da criança para rejeitar o outro genitor: implantação de falsas memórias, oposição de dificuldades à convivência familiar, mudança de domicílio são alguns exemplos de atos que podem caracterizar alienação parental.

Há na doutrina, a classificação da implantação de falsas memórias em quatro ocasiões, denominadas como “estratégias” comumente ocorridas. São elas: “a) às vésperas de uma separação; b) após uma separação; c) às vésperas do ingresso de alguma ação judicial de disputa de guarda e visitas; d) no contexto concreto de uma ação judicial” (MADALENO, 2021, p. 513).

Essas situações, segundo Madaleno A. (2020), podem gerar verdadeiras campanhas de genitor contra genitor, intentada de variadas formas, onde o alienante – pessoa que comete a alienação – pode passar a destruir a imagem do outro mediante comentários sutis, desagradáveis, explícitos e hostis, fazendo com que a criança se sinta insegura em sua presença.

A SAP, segundo Fujita (2011), é a causadora de interferência na formação psicológica dos filhos de um casal – seja criança, seja adolescente – induzida ou promovida não só por um dos pais (pai ou mãe) mas também pelos avós, ou por aquele que tenha o infante sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que esse repudie o pai ou a mãe, ou provoque prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com um dos genitores.

Dessa forma, segundo Silva (2014), a alienação parental é percebida mesmo em relações não desfeitas, praticadas por avós e tios e outros parentes afins, inclusive padrinhos, por vezes é de forma involuntária.

Sendo essas condutas intencionais ou não, desencadeiam na criança, cercada por esta guerra entre genitores, uma espécie de modificação em suas emoções, fazendo-a produzir cumplicidade e compreensão na conduta do alienante, que joga e chantageia



sentimentalmente o infante, com expressões do tipo: “você não quer ver a mãe triste, né?” (FREITAS, 2015, p. 26), entre outras.

As consequências para o desenvolvimento da criança ou do adolescente podem ser catastróficas nesses casos. A criança alvo da alienação pode vir a apresentar sintomas como depressão, incapacidade de adaptar-se aos ambientes sociais, transtornos de identidade e de imagem, tendência ao isolamento, além do uso de drogas, álcool e até o suicídio, como pontuam Maciel e Freitas A. (2019).

Paulo (2012) explica que, quando a Alienação Parental está presente, há um estreitamento na relação entre o genitor guardião e o filho, uma relação simbiótica com enorme grau de dependência, na qual a criança percebe como agressão qualquer ameaça a essa relação, sentindo que o genitor guardião é a única pessoa em quem pode confiar. Ademais, também pontua a autora que, sob a ótica psicológica jurídica, as crianças alienadas apresentam ainda uma total falta de culpa em relação à sua conduta depreciativa do genitor alienado.

A maior ocorrência de casos de alienação parental na sociedade, segundo Calderón (2017), exigiu reações para além da área da saúde, fazendo com o que o Direito de Família também se manifestasse a respeito do tema. Para tanto, diversos países passaram a legislar a respeito, visando coibir e reprimir o alienador com diversas penalidades.

## 1.2 A lei da alienação parental no Brasil

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico prevê regras de garantia à proteção da criança e do adolescente. Em seu artigo 227, determina que:

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. (BRASIL, 1988)

Já o advento da Lei nº 8.069/90, denominada como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, surgiu com objetivo de suplementar e especificar a garantia elencada na Constituição Federal de 1988, e previu em seus artigos os direitos e as proteções à criança e do adolescente:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (BRASIL, 1990)

Assim como a Carta Maior de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também trouxe em seu Art. 4º menção expressa sobre o dever da família na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente:



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. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL,1990)

Contudo, mesmo com tais legislações e as mudanças significativas que delas ocorreram, existiam lacunas a serem preenchidas, visto que o modelo de família da época assumia um novo posicionamento, um novo modelo de família, baseada em laços de afeto.

A estrutura da família se alterou. Tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. (DIAS, 2011, p. 4)

Com a alteração da estrutura familiar provecta, onde os laços matrimoniais passaram a ser motivados não só pelo caráter produtivo e reprodutivo, mas por laços sentimentais, os divórcios passaram a integrar o judiciário de maneira crescente. A partir desse fenômeno, percebeu-se que a legislação que tratava do procedimento do divórcio, a saber, o Código Civil de 2002, não contava dispositivos específicos em garantia aos direitos fundamentais das crianças e os adolescentes que se encontravam em meio às disputas judiciais de seus genitores, berço da incidência de Alienação Parental, visto que, como mencionado por Freitas (2015), no Brasil, a SAP passou a ter maior atenção do Poder Judiciário por volta de 2003, quando já em vigor o referido código.

Dessa forma, como a necessidade de responsabilizar os familiares que deixavam de cumprir seu papel como determinado pela Constituição Federal e pelo ECA, coibindo a denominada alienação parental, expressão utilizada por Richard Gardner no ano de 1985, foi promulgada a Lei no 12.318 em 26.8.2010.

Conforme mencionado, a Síndrome de Alienação Parental no Brasil passou a ter mais atenção do Poder Judiciário em meados de 2003, quando surgiram as primeiras decisões reconhecendo o fenômeno. Foi a partir dessa percepção, em razão da maior participação das equipes interdisciplinares nos processos de família e de pesquisas e divulgações realizadas por institutos como a APASE – Associação dos Pais e Mães Separados, o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, entre outros, que a SAP no Brasil começa a tomar corpo (FREITAS, 2015, p. 25).

Para Madaleno A. (2020), a Lei 12.318/2010 interpreta a alienação parental como sendo compreendida tanto como os atos entabulados pelo adulto de maneira a afastar a prole do outro genitor, quanto a instauração do que aqui é chamado síndrome, com a criança agindo como pensador independente, sendo ambos passíveis de sanções.

Importante enfatizar que a lei brasileira, segundo Madaleno R. (2020), deixa de adotar a conotação de síndrome e fala anteriormente em atos de alienação para que,



justamente, tais condutas não evoluem a ponto de uma quebra total de vínculo entre genitor e prole e os danos sejam praticamente irreversíveis.

Além de conceituar o ato de alienação parental, a Lei nº 12.318/2010 em seu art 2º, oferece algumas hipóteses exemplificativas de sua ocorrência:

2º [...] I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

Azevedo (2019) assevera que, nesse ponto, a lei mostra aspectos negativos que produzem a alienação parental, utilizando-se principalmente das expressões “dificultar”, “omitir”, “falsear”, “obstar” e “mudar”, mostrando o caráter doloso da atuação infratora.

O rol do art. 2.º da Lei de Alienação Parental mesmo que seja exemplificativo, como demonstrado por Freitas (2015), limita como sujeito passivo somente o genitor, quando há a possibilidade de qualquer outro membro da família – como avós, tios, irmãos ou padrasto – ser alienado. Já a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo cada vez mais a importância dos vínculos socioafetivos, de modo que estes devem ser considerados no momento da caracterização da alienação parental, como observa Pereira (2020).

Para Madaleno R. (2021, p. 510) a Lei n. 12.318/2010 constitui, indubitavelmente, um significativo avanço e uma importante e bem elaborada ferramenta jurídica para buscar amenizar os deletérios efeitos da alienação parental:

[...] pela mecânica legal, mesmo havendo um indício leve de prática de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em ação própria ou em qualquer demanda incidental, como, por exemplo, em um processo de divórcio, ou nos autos de uma ação de disputa de guarda, de alimentos, uma vez ouvido o Ministério Público, podem ser tomadas com urgência, medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos (art. 4º da Lei n. 12.318/2010).

Araújo Jr. (2020) aponta que a suspeita de ocorrência de alienação parental, deve ser apurada com prioridade e com rigor pelo juiz, seja incidentalmente em uma ação ou mesmo por meio de uma ação autônoma de natureza declaratória. A denúncia desta ocorrência não precisa necessariamente estar em uma petição inicial ou seguintes atos processuais, ela pode ser apresentada a qualquer momento por meio de uma simples petição intermediária, sem que seja permitido ao juiz ignorá-la.

Como a Lei n. 12.318/2010 que para a concessão de tutela de urgência em caso de alienação parental afirma serem suficientes os indícios, o magistrado não pode exigir um elevado patamar probatório para a tomada de decisão: a intenção do legislador foi justamente ampliar o acesso à justiça do requerente ao dispensar maior profundidade instrutória (BRASIL, 2010).



Segundo Tartuce (2021, p. 281) esses indícios suficientes de ocorrência da alienação parental exemplificam-se da seguinte forma:

a) a recusa da guardiã em informar o endereço da residência e em levar o filho para encontrar o genitor nas datas pré-fixadas para “visita”<sup>631</sup>; b) o laudo acostado pelo próprio pai “que menciona que a criança, com apenas 4 anos de idade, é informada sobre o processo de separação judicial dos pais e aguarda decisão a respeito da definição de sua guarda (sic) – o que pode indicar que pai e avós paternos podem estar exercendo atos de alienação parental, fazendo com que a criança não queira seguir aos cuidados de sua mãe”; c) a resistência injustificada à visitação do filho pelo pai; d) registros de comunicações (em mensagens eletrônicas, cartas e afins) com expressa manifestação do intuito de alienar o outro; e) ata notarial do teor de comunicações telefônicas e/ou eletrônicas em que a(o) guardiã(o) manifesta intenção de não deixar que a(o) outra(o) conviva com o filho ou que intenciona alterar seu domicílio para impedir o acesso do outro genitor à criança.

Em razão da verificação de tais indícios, a autora ainda chama atenção aos termos do art. 4.º da Lei de Alienação Parental nº 12.318/2010, que determina a tramitação prioritária dos casos em que se constata sua ocorrência:

Art. 4º O declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. (BRASIL, 2010)

Ainda que a norma determine trâmite prioritário, entre outras formas ágeis de coibir a prática de alienação, tendo em vista os riscos de que sua ocorrência implante falsas memórias, e outros aspectos psicológicos nas crianças alienadas, gera um grande desafio tentar compatibilizar no processo judicial a agilidade necessariamente imprescindível nesses casos, com o exame profundo da situação, conforme Tepedino (2020).

Madaleno A. (2020) considera de transcendental importância a matéria versada na Lei 12.318/2010, que trata da alienação parental no Brasil, contudo, volta a atenção para o seu extremado atraso e sua relevância singular, que só tem gerado preocupações quando é omitida a sua aplicação e, mais ainda quando seus mecanismos de efetividade são desprezados pelas decisões judiciais que se ressentem de sua aplicação, ou duvidam de sua eficácia.

## **2 MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DO CONFLITOS**

Diante do prejuízo ao desenvolvimento social às crianças e adolescentes envolvidos em litígios decorrentes da Alienação Parental, demonstrar-se-á neste tópico, como a mediação se mostra como o melhor método de resolução destes conflitos, possibilitando a minimização dos efeitos negativos ao desenvolvimento dos alienados, em garantia e celeridade da proteção integral à criança e ao adolescente, preceituada pelo ECA e a Constituição Federal, pontuando o instituto da mediação, seus tipos (judicial, extrajudicial e familiar) e, por fim, a mediação como método de resolução de conflitos decorrentes de alienação parental.



## 2.1 O instituto da mediação

Pela legislação brasileira, a mediação não é uma etapa obrigatória para se chegar ao Judiciário, mas a difusão desse instituto, que tem na voluntariedade um dos seus traços marcantes, poderá contribuir substancialmente na redução da litigiosidade, e as consequências causadas por ela.

A mediação, como bem pontua Da Salles (2021), é um processo em que um terceiro ajuda as pessoas em conflito a agirem com maior grau de autodeterminação e responsividade, enquanto debatem e exploram vários tópicos e possibilidades de resolução. Uma delas é a de gerar um ambiente de conversação que permita às pessoas dedicarem atenção aos interesses envolvidos em uma perspectiva produtiva.

Consiste na ação de um terceiro agente neutro e imparcial (mediador), que assiste e conduz duas ou mais partes negociantes. Procura levá-las a identificar os pontos de conflito e, posteriormente, incentivar que encontrem formas para lidar com o conflito, sem necessariamente finalizar com a elaboração de um acordo. Para isso, é fundamental que o mediador ensine às partes a olharem para o presente, refletindo sobre o futuro sem enfatizar os acontecimentos do passado. (MIKLOS, 2020, p 19)

Por mediação compreende-se um procedimento para resolução de controvérsias que visa restabelecer a comunicação entre as partes, estando recomendada para os conflitos em que houver vínculo anterior entre elas, isso porque o mediador trabalha não só o conflito, mas a relação entre os envolvidos.

Como assevera Da Silva (2013), embora a proposta da mediação seja a de transformação de conflitos, em que os mediandos devam estar implicados nas questões objetivas propostas, não se pode desconsiderar que também poderão ocorrer mudanças subjetivas, com chances de autoconhecimento e de diálogo entre os mediandos.

Miklos (2020) aponta que outro aspecto relevante da mediação é a quantidade do cumprimento dos acordos em comparação com as sentenças judiciais. Isso porque uma decisão tem mais aceitabilidade quando construída em conjunto com a parte adversa, pois quando o juiz profere uma sentença, que impõe uma obrigação para a parte vencida, normalmente ela não cumpre espontaneamente a exigência por ter ficado insatisfeita com o que foi decidido.

É inegável que, nem sempre a decisão do Estado-juiz é satisfatória para uma ou ambas as partes. Geralmente, ao menos uma das partes sai descontente com o resultado imposto pela decisão do julgador, o que de certa forma promove uma revolta por parte do perdedor e uma sensação de impotência por não ter obtido êxito na sua disputa. (CARDOZO, 2014, p.4)

À vista disso, Miklos (2020) ainda menciona que o mediador participa das reuniões com as partes de modo a coordenar o que for discutido, facilitando a comunicação e, em casos de impasse, intervindo de modo a auxiliar a melhor compreensão e reflexão dos assuntos e propostas, mas nunca impondo às partes uma solução ou qualquer tipo de sentença.

Tartuce (2020) aponta que a mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem, não implicando a imposição de qualquer decisão por uma terceira pessoa,



diferindo totalmente daquela lógica em que um julgador tem autoridade para impor decisões.

Enquanto a mediação é sempre voluntária, a qual ninguém será obrigado a permanecer em seu procedimento como pontua Jr. (2020). O autor ainda aborda a diferença entre mediação e conciliação, de forma que esta última implica na atividade do conciliador, que atua sugerindo a solução sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado, na tentativa de obtenção da solução dos conflitos.

A diferença básica em relação à mediação é a intervenção do conciliador na proposição da solução – expediente este não presenciado na mediação –, em que as partes são responsáveis na determinação das soluções. De um modo geral, o mediador refaz a comunicação entre as partes. Já na conciliação o conciliador propõe uma transação. (GUILHERME, 2022, p. 22)

Como veremos no tópico a seguir, assim como a mediação, a conciliação possui tipos diferentes de ocorrência e procedimento, sendo exercida de maneira judicial e extrajudicial, onde a primeira ocorre no curso de uma demanda judicial e a segunda por meio de contrato.

## 2.2 Tipos de mediação

A mediação, como bem preconiza Bacellar (2016), nasceu e chegou ao Brasil como uma forma extrajudicial de resolução de conflitos, e as novas legislações consubstanciadas na Lei de Mediação e no Código de Processo Civil, permitem tanto a mediação extrajudicial como a mediação judicial.

A Lei 13.140, de 2015, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos, e pelas palavras de Júnior (2020, p. 287), tratou de conceituar o instituto da seguinte maneira:

Parágrafo único do art. 1º nos seguintes termos: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. O mediador busca neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos.

Para Bacellar (2016) essa descrição se ajusta tanto para a mediação judicial quanto para a mediação extrajudicial, destacando-se que o Código de Processo Civil considera a mediação adequada para as causas em que já existia um relacionamento anterior entre as partes, como dito no tópico anterior. Esse relacionamento, conforme apontado pelo autor, não necessita ser jurídico e pode ser de qualquer ordem, inclusive para relações de vários vínculos ou relações multiplexas.

As mediações direcionadas à relação obtêm melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou continuadas. A sua natureza transformadora supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito. Para além da exploração dos interesses e opções para a obtenção de um acordo, busca-se capacitar, reciprocamente, os mediandos em suas narrativas, a identificar as expectativas, os sentimentos, as necessidades, a construção do reconhecimento das alteridades legítimas, a verificação dos dados de realidade, com vistas, primeiramente, à transformação do conflito ou restauração da relação e, só depois, à construção do consenso. (VASCONCELOS, 2020, p. 93)



De forma lógica, a Lei de Mediação promoveu clara distinção entre a mediação extrajudicial (art. 9º) e a mediação judicial (art. 11), tendo aquela mais liberdade que está para definir o perfil do mediador.

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. [...] Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. (BRASIL, 2015)

O mediador, assim como o árbitro, é qualquer pessoa capaz que goze da confiança das partes podendo ser judicial, designado no curso de processo judicial ou extrajudicial, na exata medida em que atuar antes da existência de qualquer conflito, de acordo com Júnior L. (2020). Sendo extrajudicial, a Lei 13.140/2015 não exige qualquer formação específica ou superior, limitando-se a ser capaz e gozar da confiança das partes.

Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes. § 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito. § 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação. (BRASIL, 2015)

Rocha (2017) disciplina que na mediação extrajudicial há de prevalecer maior liberdade entre aqueles que escolheram de comum acordo o mediador ou a câmara de mediação, entendendo que o mediador poderá, inclusive, sugerir possíveis soluções para a autocomposição – papel reservado apenas ao conciliador judicial nos conflitos judiciais, sem que tal comportamento signifique afronta ao princípio da “imparcialidade do mediador”, visto que a mediação também se pauta pelo princípio da “busca do consenso”.

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé. (BRASIL, 2015)

Vê-se que a mediação é uma prática interdisciplinar que tem muito a contribuir nas demandas, principalmente no direito de família, já que mediar é a ação de promover e facilitar a comunicação nos desentendimentos e, justamente os familiares, em maioria, têm origem na dificuldade de comunicação.

Conforme aponta Andrade (2009), a mediação familiar necessita de espaço e tempo próprios. Em geral ocorre em bem mais do que uma sessão. O autor ainda preconiza que a mediação familiar não se trata de uma terapia, pois não se aprofunda nos impasses da subjetividade, mas concentra seus esforços no restabelecimento da comunicação entre as partes para a solução do conflito que integram.

Nas disputas judiciais, a qualidade do relacionamento familiar, interpessoal e contínuo, mostra-se muito difícil, instável, com acentuadas falhas de comunicação, passando do relacionamento anterior de entendimento e cooperação a um clima de competição, incompatibilidade, provocações, brigas e ressentimentos, que



acabam por comprometer os vínculos afetivos, provocando a situação de alienação parental. Nesses casos, é importante a tomada de consciência que cada um possui de seus interesses e necessidades, assim como ouvir o outro, em um clima de respeito às diferenças, situação que já poderia ter sido resolvida caso houvesse um relacionamento mais aberto e amigável entre os ex- -cônjuges, de negociação direta. (DA SILVA, 2013, p. 145)

Existe uma preocupação dentro do Poder Judiciário em ampliar a prestação jurisdicional para o que se convencionou chamar de sistema multiportas, como apontado por Andrade (2009), com o estabelecimento de meios extrajudiciais para a solução de litígios, o que tem sido desenvolvido em diversos tribunais do país.

O Conselho Nacional de Justiça (2010) na iniciativa de promover medidas que estimulam a pacificação dos conflitos, em razão do surgimento de demandas em massa no judiciário, promoveu a instalação de Serviços de Mediação Familiar disponibilizados à comunidade, que vem contribuindo significativamente na reestruturação da vida pessoal e familiar dos envolvidos.

Cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010)

Conforme disposto na Resolução n. 11/2001 do Tribunal de Justiça Catarinense, o Serviço de Mediação Familiar poderá ser implantado nas dependências de Fóruns, nas Casas de Cidadania e, mediante convênio, nas Universidades ou outras instituições congêneres:

Art. 1º - Recomendar aos Juízes das Varas de Família a instituição do Serviço de Mediação Familiar, com a participação efetiva de Assistente Social integrante do quadro do Poder Judiciário e de instituições, órgãos de comunidade e outros técnicos (Psicólogos, Pedagogos, Advogados, dentre outros), que se mostrem interessados em cooperar, de forma gratuita, na implantação e execução desse serviço. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2001)

De forma a concretizar a implantação de tais medidas por todo país, o CNJ em suas atribuições, por meio de nova redação a Resolução n. 326/2020 instituiu em seu art. 7º que deverão os Tribunais, criarem, no prazo de 30 dias a contar da publicação desta Resolução, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Entende-se como núcleos de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos as unidades do Poder Judiciário às quais compete, preferencialmente, a realização das sessões e audiências de conciliação e de mediação a cargo de conciliadores e mediadores, bem como o atendimento e a orientação aos cidadãos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Centros como o CEJUSC, sediado no estado de Santa Catarina, contam com setores de meios alternativos de solução de litígios como: setor pré-processual, setor



processual e setor de cidadania. Por meio dele, qualquer pessoa pode procurar e solicitar o agendamento de uma sessão de conciliação ou mediação de forma gratuita.

Pode-se afirmar que a mediação constitui em um método de solução de conflitos mediante a adesão pelas partes envolvidas, que garante inclusive um crescimento pessoal destes e, conseqüentemente, diminui as conseqüências de uma ação judicial.

Já na conciliação, o conciliador tem um papel mais proativo do que o do mediador, podendo e devendo de fato atuar de maneira mais incisiva na questão que atinge os litigantes, como assevera Guilherme (2022 p. 23):

Se na mediação o mediador deve conduzir as discussões, melhorando a comunicação e o diálogo das partes e facilitando para que elas alcancem uma reaproximação, na conciliação o que se tem é um agente que realmente dirige com mais poder as discussões e ao final conduz os litigantes ao melhor desfecho. Ele não apenas media a discussão, mas de fato concilia para que se chegue a um acordo.

Constata-se, dessa forma, que os envolvidos no processo de mediação terão mais autonomia na solução de seus conflitos, buscando uma saída produtiva para os impasses que os envolvem, favorecendo o diálogo e uma perspectiva ampliada do problema em discussão. A conciliação por sua vez, oferece acesso a um desfecho a partir de um acordo entre os litigantes, motivado novamente pela figura de um terceiro equidistante, que atua com a finalidade de efetivamente resolver o conflito.

### **3 A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Muito embora a Lei de Alienação Parental tenha excluído o uso da mediação como instrumento de tratamento da Síndrome de Alienação Parental, como se observa pelo veto do art. 9º da referida lei, Madaleno A. (2020) explica que o Código de Processo Civil de 2015 (art. 694) instrui que sejam envidados todos os esforços para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor de auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação, viabilizando a solução consensual, como no caso da alienação parental.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (BRASIL, 2015)

As razões que motivaram o veto presidencial do art. 9º da Lei 12.318/2010, partiram do princípio de que há impossibilidade do uso mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos relacionados com a alienação parental, tendo em consideração a indisponibilidade do direito de convivência familiar da criança e do adolescente, como menciona Freitas (2015).

Ocorre que, segundo Madaleno A. (2020 p.176), se a mediação não fosse vista nesse contexto da alienação parental como uma mera alternativa da justiça, substituindo o julgador, como se a mediação se tratasse de um procedimento de arbitragem, quando, em realidade, a mediação se apresenta como um importante auxiliar do juiz e objetiva



garantir a continuidade das figuras paterna e materna por igual nos divórcios judiciais, talvez o veto presidencial do art. 9º, pudesse ser reconsiderado.

[...] relevante se mostra o auxílio judicial dos psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais na prospecção processual dos indícios de alienação parental e na articulação dessas técnicas de identificação, tratamento e prevenção da alienação parental. Essa forma perversa de abuso emocional de um genitor que se coloca em franca campanha de desmoralização e afastamento do outro ascendente, cuidando de programar a criança ou o adolescente para reprimir seus sentimentos e as suas afeições em relação ao progenitor não guardião, a ponto de poder rejeitá-lo e odiá-lo por decorrência de uma insana e covarde programação do natural desejo de amor e afeto de um menor vulnerável.

Calderón (2017), em análise a diversas jurisprudências, percebeu que são poucos os casos de alienação parental que realmente chegam à justiça, e muitos ainda não obtêm uma adequada deliberação, preocupando-se em encontrar medidas inovadoras para a solução desses conflitos.

O exame de casos de alienação parental, na ótica de Calderón (2017), é muito mais do que pensar na sua repressão, é dedicar medidas de prevenção à sua ocorrência, ou seja, uma atuação de todos com vistas a evitá-la, pois, após consolidada, os prejuízos às crianças e adolescentes já estarão postos e, em grande parte, poderão apenas ser minimamente atenuados.

É necessário preservar a convivência entre pais e filhos, após o divórcio, preservando possibilidades de diálogo no relacionamento parental e entre os ex-cônjuges, objetivando-se evitar prejuízos de natureza emocional, com reflexos psicossomáticos, na capacidade de aprendizagem e relacionamento, entre outros, que interferiram no psiquismo da criança/adolescente, enquanto sujeitos de direito e de desejo. (DA SILVA, 2013, p. 157)

Neste viés, a figura da mediação surge como a melhor forma de resolução do conflito da alienação parental. Isto porque, o procedimento judicial de alienação parental que se refere o artigo 4º da Lei 12.318/2010, anteriormente demonstrado, pode ser extremamente moroso em face da situação de desconforto que a criança ou adolescente alienado se encontra.

Mediação é método dialogal e voluntário de solução/transformação de conflitos interpessoais, em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo de modo confidencial e imparcial, e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar, em uma ou várias sessões, conjuntas ou em separado, das posições antagônicas para a identificação dos sentimentos e necessidades comuns ou contraditórios, e, colaborativamente, para o entendimento sobre opções fundamentadas em critérios objetivos, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo. (VASCONCELOS, 2020, p. 92)

Como mencionado, as consequências para uma criança submetida a alienação parental são drásticas, podendo comprometer todo seu desenvolvimento. Os mecanismos de resolução de conflitos da Alienação Parental alheios aos judiciais, buscam exatamente coibir tais consequências, passando a entender como a criança ou adolescente se sente a



respeito do genitor ausente, bem como ao genitor supostamente alienador, evitando, no que for possível, que o alienado continue a sofrer durante todo procedimento judicial. Sob a análise de Pinho (2016) merecem destaque:

1. Isolamento-retirada: a criança se isola do que a rodeia, e centra-se nela mesma, não fala com quase ninguém e se faz, e de forma muito concisa, preferindo estar sozinha no seu quarto, em vez de brincar com outras crianças [...]. 2. Baixo rendimento escolar: por vezes associado a uma fobia à escola e ansiedade da separação- a criança não quer ir à escola, não presta atenção nas aulas [...]. 3. Depressões, melancolia e angústia [...]. 4. Fugas e rebeldia: produzem-se para procurar o membro da casa não presente [...]. 5. Regressões: comporta-se com uma ideia mental inferior à sua [...]. 6. Negação e conduta anti social, provocando uma conduta anti-social [...]. 7. Culpa [...].

Madaleno A. (2020, p. 79) reconhece a figura da mediação como uma importante alternativa, uma vez que sua função é restabelecer a comunicação entre as partes, atuando como um facilitador do diálogo:

O mediador deve escutar atentamente as partes e, após, proceder à investigação de fatos relevantes junto aos protagonistas da cena judicial, levantar e negociar opções, além de ajudar a estabelecer compromissos provisórios e permanentes. Esse profissional deve contar com um preparo científico de natureza interdisciplinar, e deve, ainda, ser treinado e estar apto a conduzir o procedimento de mediação para reconstruir o diálogo das partes, e, para êxito de sua empreitada, deve possuir experiência, paciência, sensibilidade e estar isento de preconceitos.

As definições doutrinárias indicam que a Mediação busca proporcionar um espaço de conversação que permita a ampliação de percepções e propicie ângulos plurais de análise às partes envolvidas. Esse ambiente de conversação, segundo Tartuce (2020), permite às pessoas dedicarem atenção aos interesses envolvidos em uma perspectiva produtiva, que nos conflitos da alienação parental, mostra-se de grande valia à luz da proteção da criança e do adolescente envolvido.

[...] No processo de mediação, entretanto, observa-se que a presença de um terceiro procura ajudar as partes a buscarem decisões conjuntas que visem à transformação do conflito, e em alguns casos, com possibilidade de chegarem a acordos mútuos em que aumentam as chances de ganhos para ambos os pais ou substitutos e os filhos, sem que, necessariamente, os impasses se transformem em disputas judiciais. (DA SILVA, 2013, p 148)

Tartuce (2020) abordando essa perspectiva, exemplifica como a mediação pode ser benéfica aos casos de Alienação Parental, expondo como uma discussão familiar cotidiana sobre o valor da pensão alimentícia, em que há certa resistência do alimentante, e insistência quanto a uma certa quantia por parte do guardião do alimentado. Neste caso, onde ambos, consensualmente, decidem pela mediação, vê-se maior comunicação para compreender as despesas que embasam o valor pretendido, fazendo uma lista dos gastos da criança e abordando sua pertinência, visualizando cada custo e decidindo em conjunto como considerá-lo, podendo desta forma concluir juntos que, mais importante do que a posição de cada um, é o atendimento dos interesses da criança em termos de cuidado e proteção, em meio ao litígio em que se encontram.

Para Bacellar (2016) a conversa desenvolvida no processo consensual da mediação servirá para esclarecer situações, recuperar a comunicação direta, eliminar



ruídos e falhas verificadas na comunicação anterior e pode até melhorar o relacionamento entre os interessados nas suas relações posteriores. Além de outras qualificações, na visão do autor, a mediação representa um método adequado para tratar de situações complexas – emocionais, relação de vários vínculos.

O mediador familiar pode ajudar os ex-cônjuges a retomar o diálogo durante o processo de divórcio, e, para alcançar tais objetivos, ele precisa saber quem são os mediandos e de que forma se relacionam entre si. É neste momento que os mediandos são chamados a refletir sobre as questões principais que os afetam, e que tendem a gerar desentendimentos. A atitude de cada um deles pode ser observada nesta fase em que o mediador escolhe possíveis técnicas que visem amenizar os ânimos dos litigantes, estimulando-os a terem perspectiva de um futuro melhor, com a melhoria da comunicação entre eles. (DA SILVA, 2013, p 146)

Segundo Da Silva (2013), no processo de mediação observa-se a presença de um terceiro que procura ajudar as partes a buscarem decisões conjuntas que visem à transformação do conflito, e em alguns casos, com possibilidade de chegarem a acordos mútuos que aumentam as chances de ganhos para ambos os pais e/ou substitutos e os filhos, sem que, necessariamente, os impasses se transformem em disputas judiciais deveras gravosas nos casos de alienação parental.

Mediante a utilização de técnicas de mediação autocompositivas de conflitos, aliadas a tratamentos médicos e psicológicos especializados, quando necessários, é possível aproximar os ex-cônjuges, com mais chances de se separar a relação conjugal da parental, trazendo muitos benefícios, como recuperar as relações de confiança, inclusive com os filhos. Não se compreende genitores e operadores do Direito fomentando com petições familiares, mostrando-se insensíveis às dificuldades apresentadas pela criança/ adolescente, como conflitos de lealdade, sentimentos de traição, medo, abandono e de-amparo, quando envolvidos em disputas de guarda e litígios judiciais que trazem como consequência situações de alienação parental. (DA SILVA, 2013, p 146)

A verdadeira pacificação social, como assevera Bacellar (2016, p. 370), será alcançada após a identificação completa do conflito, e a mediação é o processo mais adequado para essa finalidade.

Deve o mediador, seja na mediação judicial, seja na extrajudicial, ter uma postura mais ativa em relação à investigação dos fatos, ao estabelecimento da comunicação, ao levantamento das questões e à identificação dos interesses. A partir daí, os próprios interessados estimulados pelo mediador poderão perceber os interesses comuns e encontrar as soluções consensuais com base em propostas por eles reveladas com a finalidade do encontro de benefícios mútuos.

Percebe-se que mediação familiar e os Serviços de Mediação implantados por órgão do Poder Judiciários, favorecem a formação de consenso entre as partes, focalizados no presente e no futuro, com as devidas responsabilidades parentais, em observância aos princípios da proteção integral da criança e do adolescente, conforme mencionado pelo art. 8º da Resolução n. 11/2001 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A mediação favorece a flexibilidade e a criatividade, oportunizando ao casal de genitores levar ao processo de alienação parental as soluções onde antes só constavam os problemas, ajudando seus protagonistas a melhorarem suas qualidades de relacionamento e crescimento pessoal, logrando a maturidade e o



bem-estar familiar com a pontual administração dos conflitos, e cujas soluções terminarão sendo recolhidas pelas partes, por seus respectivos advogados, acompanhado da pontual intervenção ministerial e da necessária homologação judicial para pôr uma *pá de cal* naquele que poderia ser um interminável conflito processual, apenas acautelando-se o magistrado para que o tempo da mediação não se transforme simplesmente em mais uma estratégia do alienador para atrasar a execução das drásticas medidas judiciais que devem ser implementadas quando o agente alienador se mostra inflexível, intransigente e está totalmente obcecado por seu plano de exclusão do outro genitor da vida dos filhos, que ambos tiveram em comum. (MADALENO, 2020 p.176)

Não é demais destacar que o chamado interesse superior das crianças e adolescentes, foi efetivamente introduzidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, visando assegurar a atuação pública e privada, consistente no exercício dos direitos fundamentais da criança e do adolescente como meio mais adequado para seu desenvolvimento e amadurecimento, como um indivíduo sujeito de direitos, segundo Madaleno A. (2020).

O foco de proteção dos melhores interesses da criança e do adolescente, como assevera Madaleno A. (2020), busca o desenvolvimento e crescimento pessoal do infante, para que ele os alcance por meio do acesso de seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

Diante do exposto, a mediação se mostra como a melhor alternativa para a resolução de conflitos da alienação parental, possibilitando minimizando dos seus efeitos ao desenvolvimento da criança e do adolescente, que vivencia a disputa entre seus genitores, garantindo a integral proteção do alienado, que sofre todas as consequências aqui já mencionadas pela prática da alienação parental, visto que, a conversação entre as partes no procedimento de mediação, atende o superior interesse do infante, criança ou adolescente, assim como preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente, favorecendo o próprio relacionamento das pessoas envolvidas. As medidas acordadas em seu procedimento encontram maior adesão e cumprimento, atendendo ao que a própria Lei 12.318/10 aponta como necessário: a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da presente pesquisa foi demonstrar como a mediação pode ser utilizada como a melhor forma de resolução de conflitos decorrentes da alienação parental, a fim de minimizar seus efeitos e garantir a proteção integral da criança e do adolescente, conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal.

Entendeu-se que a Alienação Parental, tem sua origem marcada pelas disputas judiciais de cônjuges por seus filhos, durante litígio de separação, nos quais, um dos pais tenta afastar o outro da vida do filho criança ou adolescente, prejudicando a sua imagem perante este, e prejudicando o direito de visitas. Ela é a causadora de interferência na formação psicológica dos filhos de um casal – seja criança, seja adolescente – induzida ou promovida não só por um dos pais (pai ou mãe) mas também pelos avós, ou por aquele que tenha o infante sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que esse repudie o pai ou a mãe, ou provoque prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com um dos genitores.



Se observou que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico prevê regras de garantia à proteção da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, surgiu com o objetivo de suplementar e especificar a garantia elencada na Constituição Federal de 1988, e previu em seus artigos, os direitos e as proteções à criança e do adolescente. Contudo, mesmo com tais legislações e as mudanças significativas que delas ocorreram, existiam lacunas a serem preenchidas, como a necessidade de responsabilizar os familiares que deixavam de cumprir seu papel como determinado por elas, razão pela qual foi promulgada a Lei no 12.318 em 26.8.2010.

Incontrovertida foi a demonstração de relevância da Lei 12.318/2010, que conceituou Alienação Parental no Brasil e regulamentou medidas a fim de coibir sua ocorrência, todavia, foi observado que o procedimento judicial de alienação parental que se refere a referida lei, pode ser extremamente moroso em face da situação de desconforto que a criança ou adolescente alienado se encontram, além da preocupação em dar real guarida os direitos fundamentais das crianças e adolescentes que vivem em meio aos conflitos da SAP com maior celeridade, considerando a dificuldade do Poder Judiciário em examinar profundamente as causas da Alienação no processo judicial, em razão do surgimento de demandas em massa no judiciário brasileiro, e falta de adesão das decisões judiciais que identificam a ocorrência de Alienação Parental.

Diante do prejuízo ao desenvolvimento social às crianças e adolescentes envolvidos em litígios decorrentes da Alienação Parental, demonstrou-se no presente artigo que a mediação se mostra como o melhor método de resolução destes conflitos, possibilitando a garantia e celeridade da proteção integral à criança e ao adolescente, visto que a conversação entre as partes, proporcionada por este instituto, favorece o relacionamento das partes envolvidas, visto que encontra maior adesão ao cumprimento das medidas acordadas em seu procedimento, atendendo, inclusive, a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos.

Confirmou-se dessa maneira, a hipótese inicial da presente pesquisa, uma vez que a doutrina brasileira assevera que a mediação é um importante instrumento para resolução de conflitos decorrentes da Alienação Parental, possibilitando a minimização dos efeitos negativos ao desenvolvimento da criança ou adolescente que se encontra em meio a disputa entre seus genitores ou familiares alienantes, atendendo o superior interesse do infante, criança ou adolescente, em consonância com a Constituição Federal e o ECA.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **Sobre a mediação familiar**. 12 de junho de 2009. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/515/Sobre+a+media%C3%A7%C3%A3o+familiar>. Acesso em: 08 set. 2022.

AZEVEDO, Álvaro V. **Curso de direito civil: direito de família**. Editora Saraiva, 2018. 9788553609727. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609727/>.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem (Coleção saberes do direito 53)**. Editora Saraiva, 2016. E-book. 9788547208547. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547208547/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Código de Processo Civil comentado**. CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (Coords.). São Paulo: RT, 2016

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao). Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8069.htm). Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Institui a Lei de Alienação Parental**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm). Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. **Institui a Lei de Mediação**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Lei. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Novo 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: 19 ago. 2022.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2ª edição. Grupo GEN, 2017. 9788530977153. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/>.

CARDOZO, Raquel Nery. **Os Conflitos familiares e as Escolas de Mediação**. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0e9cab17a035c5a>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 19 ago. 2022.

DA SALLES, Carlos Alberto D.; LORENCINI, Marco Antônio Garcia L.; SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Grupo GEN, 2021. E-book. 9786559640089. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640089/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

DA SILVA, Alan Minas Ribeiro. **A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes**. Editora Saraiva, 2014. 9788502616226. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616226/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

FIORELLI, José O. **Psicologia Jurídica**. Grupo GEN, 2021. 9788597027990. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027990/>. Acesso em: 16 abr. 2022.

FREITAS, Douglas P. **Alienação Parental - Comentários a Lei 12.318/2010**. a]: Grupo GEN, 2015. 978-85-309-6337-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6337-8/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

FUJITA, Jorge S. **Filiação**, 2ª edição. Grupo GEN, 2011. 9788522466917. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522466917/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

GARDNER, Richard Alan (2001). **Basic facts about the parental alienation syndrome**, 1-13. Recuperado em 05 maio 2005, de [http://www.rgardner.com/refs/pas\\_intro.html](http://www.rgardner.com/refs/pas_intro.html)

GARDNER, Richard Alan (2011). **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620568. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620568/>. Acesso em: 25 set. 2022.

GONÇALVES, Carlos R.; LENZA, Pedro. **Esquematizado - Direito Civil 3 - Responsabilidade Civil - Direito de Família - Direito das Sucessões**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553623323. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623323/>. Acesso em: 24 out. 2022.

JR. Gediél Claudino A. **Prática no Direito de Família**. Grupo GEN, 2020. 9788597026498. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026498/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

JR., Luiz Antonio S. **Arbitragem, Mediação, Conciliação e Negociação**. Grupo GEN, 2020. E-book. 9788530990152. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990152/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MACIEL, José Fábio R.; FREITAS, Ana Carla P. **Manual de Psicologia Jurídica**. Editora Saraiva, 2019. 9788553610402. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610402/>. Acesso em: 16 abr. 2022.

MADALENO, Ana Carolina C. **Alienação Parental - Importância da Detecção Aspectos Legais e Processuais**. Grupo GEN, 2020. 9788530992897. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992897/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. MADALENO, Rolf. **Síndrome de Alienação Parental - Importância da detecção - aspectos legais e processuais**, 5ª edição. Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992897/>. Acesso em: 24 out. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MIKLOS, Jorge; MIKLOS, Sophia. **Mediação de Conflitos**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2020. E-book. 9786558110477. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786558110477/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

PAULO, Beatrice M. **Psicologia na prática jurídica**, 2ª edição. Editora Saraiva, 2012. 9788502175907. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502175907/>. Acesso em: 16 abr. 2022

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil - Vol. V - Direito de Família**. Grupo GEN, 2020. 9788530990664. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990664/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

PINHO, Marco Antônio Garcia De. **Lei 12.318/10 - Alienação Parental**. 21 ago. 2016. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3329](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3329). Acesso em: 23/05/2022.

ROCHA, Caio Cesar V.; SALOMÃO, Luis F. **Arbitragem e Mediação - A Reforma da Legislação Brasileira**, 2ª edição. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012798/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. Grupo GEN, 2020. 9788530992330. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992330/>. Acesso em: 24 mai. 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família - Teoria e Prática**. Grupo GEN, 2021. 9786559642809. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642809/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família** - Vol. 6. Grupo GEN, 2020. 9788530992514. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992514/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (Brasil). **Resolução n. 11 de 25 de setembro de 2001**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=584&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&prox3=>. Acesso em: 19 ago. 2022.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo D. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. Grupo GEN, 2020. 9788530991463. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991463/>. Acesso em: 24 mai. 2022.



## A PROTEÇÃO DE DADOS NO METAVERSO: REGULAMENTAÇÃO E PERSPECTIVAS DE CIBERSEGURANÇA

Beatriz de Freitas Alves Vicente<sup>1</sup>

**Resumo:** A crescente transformação digital, em especial, no cenário pós-pandêmico, desencadeou mudanças aceleradas na sociedade como um todo. Nota-se pelas relações sociais, novos modelos de negócio e a consequente evolução da forma de trabalho (*home office*) que migraram para o mundo virtual. Nesse contexto, o metaverso surge propondo a expansão do mundo real para um mundo virtual, através da realidade aumentada (AR), da realidade virtual (VR) e da descentralização do Web3. Esse fenômeno elevou os questionamentos jurídicos ante as suas características e riscos, em especial os relacionados à privacidade e a segurança dos dados pessoais de seus usuários. Para tanto, o presente artigo científico visa fazer uma análise e uma reflexão sobre o tema, apurando-se a aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados no metaverso.

**Palavras-chave:** Metaverso. Proteção de Dados. Tecnologia. Cibersegurança. Direito Digital

**Abstract:** The growing digital transformation, especially in the post-pandemic scenario, has triggered accelerated changes in society. It can be noticed by social relationships, new business models and the consequent evolution of the way of working (*home office*) that have migrated to the virtual world. In this context, the metaverse emerges, proposing the expansion of the real world into one virtual world, through augmented reality (AR) and virtual reality (VR), and the decentralization of Web3. This phenomenon has raised legal questions regarding its characteristics and risks, especially those related to privacy and the security of its user's personal data. Therefore, this scientific article aims to make an analysis and reflection on the subject, ascertaining the applicability of the Brazilian General Law of Data Protection in the metaverse.

**Keywords:** Metaverse. Data Protection. Technology. Cybersecurity. Digital Law.

### INTRODUÇÃO

Em meados de 1990, na primeira era da *internet* (*World Wide Web*<sup>2</sup>), também conhecida como *Web1*, as interações entre os usuários eram limitadas, acessadas por sites estatísticos pensados apenas para difusão de informação. Com o apogeu das plataformas de redes sociais essa interação se tornou crescente, atraindo novos usuários e consequentemente o interesse de muitas empresas para uma nova oportunidade de negócio, até então pouco explorada: dados.

A emergência de plataformas de mídia social no início dos anos 2000 mudou rapidamente esse paradigma, gerando uma torrente de dados sobre o comportamento do usuário. Essa coleta de dados do usuário, em grande parte, teve início com os *cookies* de terceiros (rastreamento) que permitem identificar e seguir indivíduos na *web*, viabilizando a utilização dos dados para diversos segmentos, desde anúncios publicitários a anúncios de vigilância para impulsionar agendas políticas (NAIR. *et al.* 2022).

1. Pós-graduada em Cibersegurança, Governança e Gestão de Dados pela PUC- RS, certificada pela EXIN: Privacy and Data Protection Essentials based on LGPD. Atua como advogada no escritório Opice Blum, Bruno e Vainzof Advogados Associados.

2. Também conhecido pelo "www" que antecede às aplicações da internet, é um sistema de documentos dispostos na internet que permitem o acesso às informações apresentadas no formato de hipertexto, acessados por meio do navegador. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/web/759-o-que-e-world-wide-web-.htm> Acesso: set/2022.



Ao passo que cliques, comentários e transações passaram a ser registrados e analisados por processadores de *Big Data*<sup>3</sup>, bem como com o aumento do acesso à rede por *smartphones*, passou-se a extrair também outros dados, como áudio, imagem/vídeo e geolocalização, seguidos, inclusive, de dados de saúde coletados por meio de aplicações de biometria e *smartwatches*<sup>4</sup> (NAIR. *et al.* 2022).

Essa nova fase, marcada pela interação mais dinâmica, participativa e com produção de conteúdo gerado pelo usuário, ficou conhecida como Web2, que caracteriza, em grande parte, o atual cenário da internet.

Em virtude dessa coleta massiva de dados, muitos Estados passaram a regulamentá-la, a fim de garantir maior privacidade e segurança de seus cidadãos. Nota-se pela GDPR (*General Data Protection Regulation*)<sup>5</sup>, legislação europeia que versa sobre diversas premissas para o tratamento de dados pessoais, que inspirou a criação da Lei brasileira nº 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que regula o tema no Brasil.

Atualmente, especialistas defendem que a *internet* tem se desenvolvido para uma nova fase, a Web 3, termo cunhado em 2014 pelo cofundador da rede *Ethereum*<sup>6</sup>, Gavin Woods. Essa nova era é marcada por um ecossistema descentralizado, baseado principalmente em *blockchain* e *descentralized finance (Defi)*, e que possibilita a produção, monetização de conteúdo, dentre outras atividades, sem a intervenção das grandes empresas de tecnologia e, de certo modo, do próprio Estado.

A *Web3* está totalmente atrelada a tecnologias emergentes como a já mencionada *blockchain*, mas também às chamadas criptomoedas, NFTs (*non-fungible tokens*) e à inteligência artificial (IA).

Somado ao avanço tecnológico, o cenário da pandemia do Covid-19, nos anos de 2020 e 2021, desencadeou um processo ainda mais acelerado de desenvolvimento e transformações sociais. Isso porque, em razão dos decretos de *lockdown*<sup>7</sup> em muitos países do globo, a necessidade de adequação das interações sociais para o ambiente digital se tornou ainda mais tangente.

O trabalho migrou para o *home office* sem a necessidade de o empregado comparecer à sede física da empresa, podendo trabalhar de qualquer lugar bastando estar logado em um computador. Empresas migraram seus negócios para *e-commerces* e *marketplaces*<sup>8</sup>, com vendas majoritariamente online. Consultas médicas, aulas escolares e universitárias também tiveram de se adequar ao ambiente digital. E não só isso, mas as

3. Termo utilizado em tecnologia da informação para um conjunto de dados que são processados e armazenados, baseados em três “vs”: volume, variedade e velocidade. Para seu processamento podem ser utilizadas técnicas de *Big Data analytics* e inteligência artificial. Disponível em: <https://ead.ucs.br/blog/big-data> Acesso: set/2022.

4. Relógios digitais conectados à internet que possibilitam a utilização de diversos recursos similares aos *smartphones*, tais como monitoramento cardíaco, rastreamento de lugares, acompanhamento em atividades físicas, dentre outros. Disponível em: <https://conectaja.proteste.org.br/smartwatch-como-funciona-melhor-modelo/> Acesso: set/2022.

5. Traduzido para o português: Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu.

6. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-59951952> Acesso: set/2022.

7. Em português, confinamento. É o termo utilizado para o protocolo de isolamento decretado por muitos Estados durante a pandemia do Covid- 19, que impediu a circulação de pessoas durante determinado período. Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/06/entenda-o-que-e-lockdown.ghtml> Acesso: set/2022.

8. *E-commerce* é o termo utilizado para uma loja online, cuja plataforma e controle são da própria empresa, sem a intermediação de terceiros. *Marketplace* é o conjunto de diversas lojas, uma espécie de shopping center virtual, cuja plataforma tecnológica é intermeada por outra empresa.



atividades de lazer - como bate papo entre amigos, família, também tiveram que se adequar às vídeo-chamadas.

Neste contexto de transformação digital, surge o metaverso, um mundo virtual com realidade aumentada, proporcionada através de *headsets* e óculos de realidade virtual, que propõe a expansão do mundo real para uma nova realidade no mundo virtual. O que se propõe é que no metaverso as pessoas interajam entre si, por meio de avatares, em um ambiente digital que conecta o mundo virtual à vida real, oferecendo experiências imersivas.

Apurou-se que muitas empresas têm investido no metaverso ante as revolucionárias perspectivas para diversos segmentos, especialmente para o comércio, diante do grande volume de dados tratados, quer sejam das pessoas virtuais ou reais, que consistem em análise comportamental, de interesses, além da possibilidade de coleta de outros dados, inclusive de dados pessoais sensíveis.

Nesse cenário, muito se questiona sobre os aspectos jurídicos do metaverso, em especial aos relacionados à segurança das informações, privacidade dos usuários e à proteção de dados pessoais ali coletados.

Para tanto, o presente artigo científico tem por objetivo, através de pesquisa bibliográfica documental, fazer uma análise e reflexão sobre o tema, apurando-se pela aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados no metaverso, através das premissas e dos princípios legais.

## 1 METAVERSO

O termo Metaverso deriva do prefixo grego “meta” que significa transcendência e do sufixo “verso”, uma abreviação de universo. De modo que sua definição etimológica seria um universo transcendente. Seguindo nessa esteira de raciocínio, é factível dizer que se trata um espaço além dos limites do plano real e físico, ou seja, seria um universo paralelo.

Embora possa parecer um conceito novo, o termo foi utilizado em 1992 por Neal Stephenson, em seu livro *Snow Crash*, referindo-se a um mundo virtual, concebido por sistemas de computação gráfica 3D, no qual seus personagens exploravam a fim de escapar de uma realidade distópica<sup>9</sup>.

A pesquisadora Winters afirma que o objetivo do metaverso é reproduzir a realidade física de modo visual e sensorial, permitindo a interação entre os usuários, através de seus avatares, de modo que afete, ao mesmo tempo, a realidade do próprio usuário e de todos os demais que frequentam o Metaverso (2021, p. 10).

Como esclarece Momtaz (2022), o metaverso pode ser um mundo virtual verdadeiramente **descentralizado, aberto e público**, ou **uma rede de mundos virtuais privados**. Ele afirma:

O metaverso privado é um futuro centralizado [com] grandes corporações como a Meta do Facebook, em que o valor é extraído dos usuários como consumidores. **Este metaverso é tanto a realidade virtual acessada por meio de headsets, como o Oculus, que projetam um mundo digital, quanto realidade aumentada, acessada via facewear, que projetam coisas digitais sobre o mundo físico.** Em contraste, o metaverso público é uma visão de vários mundos digitais descentralizados que as pessoas podem se mover entre plataformas que são construídas ou de propriedade dos participantes. O

9. Disponível em <https://canaltech.com.br/inovacao/por-que-o-criador-do-termo-metaverso-esta-revoltado-com-o-facebook-201311/> Acesso: set/2022.



metaverso público é baseado em arquitetura tecnológica descentralizada, interoperável e aberta. Integra um conjunto de inovações da comunidade criptográfica em finanças descentralizadas (DeFi) para pagamentos e NFTs para itens digitais que possuem valor real. Além disso, o metaverso público é governado e de propriedade de redes de organizações autônomas descentralizadas (ou DAOs) onde distribuídas e alinhadas a objetivos de comunidades que governam e trabalham em mundos digitais. (MOMTAZ. 2022. p.6) (grifei)

Como se extrai destes conceitos, o metaverso integra uma série de tecnologias emergentes, como o **Digital Twin** que produz uma imagem espelhada do mundo real no mundo virtual; os **VR (Realidade Virtual)** e **AR (Realidade Aumentada)** que fornecem a experiência 3D; o **5G** que oferece conexões para dispositivos imersivos; **Inteligência Artificial (IA)** que permite dimensionar a criação e renderização do metaverso e o **Blockchain** e **NFT's**, que desempenham um papel importante na determinação dos direitos sobre os ativos do metaverso.

Embora já existam diversos metaversos, o conceito a que se propõe ainda está em desenvolvimento. Este desenvolvimento consiste em três fases sucessivas de uma perspectiva macro: (i) *digital twins*, que visa a criar uma representação digital fidedigna da realidade física, através de um mundo espelhado por *digital twins* de alta fidelidade, (ii) *digital natives*, marcada principalmente pela criação de conteúdo denominado de nativo, por ser desenvolvido por nativos digitais, representado pelos avatares. Nessa fase os avatares passam a poder criar e produzir dentro dos mundos digitais, cujas criações só podem existir nesses espaços virtuais e não na realidade física; e (iii) a surrealidade (WANG *et al*, 2022).

Esta fase significa a integração perfeita e a simbiose mútua dos mundos físico e virtual serão realizadas nessa fase, onde o escopo do mundo virtual será maior do que o do mundo real. A expectativa é que, na última fase, o metaverso se transforme em um mundo de surrealidade persistente e autossustentável que assimila a realidade em si. Vidas e cenas que não existem na realidade poderão existir nos mundos virtuais (ibid).

Para tornar o conceito do metaverso ainda mais tangível, há diversas iniciativas de exploração comercial do metaverso, por exemplo, plataformas de ambientes interativos sociais: *Second life*, *Decentraland*, *Horizon Workroom*; os jogos: *Roblox*, *Fortnite*, *Minecraft* dentre outras plataformas já existentes, possibilitam experiências ao vivo e interativas, as quais são acessadas por quase 100 (cem) milhões de usuários por dia<sup>10</sup>.

Dada à crescente demanda dos usuários por plataformas imersivas, bem como, pela gama de possibilidades de uso, diversos setores têm buscado a inserção no metaverso. Estima-se que o metaverso gerará cerca US\$13 trilhões em receita anual até 2030, conforme pesquisas do Citi e da KPMG<sup>11</sup>.

Um setor promissor para o metaverso é o da educação. Empresas como a Meta têm investido para desenvolver mecanismos de estudo imersivo com realidade aumentada e realidade virtual<sup>12</sup>. Ainda, aplicações recentes como o *Virtuali-Tee* da *Cruscope*<sup>13</sup>, uma camiseta de realidade aumentada que permite aos alunos examinar o interior do corpo humano como se fosse um laboratório de anatomia, apresenta esse novo modelo de estudo.

10. Disponível em <https://time.com/6197849/metaverse-future-matthew-ball/> Acesso: set/2022.

11. Idem.

12. Disponível em <https://blog.unity.com/news/unity-and-meta-immersive-learning-partner-to-expand-vr-education-and-inspire-creators> Acesso: set/2022.

13. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8737403/> Acesso: set/2022.



De igual modo, no setor da saúde já se notam indícios de um novo modelo de procedimentos, como, por exemplo, a realização de cirurgias pelo metaverso, as quais um médico não precisa estar fisicamente na sala de cirurgia, conforme simulação realizada por pesquisadores brasileiros<sup>14</sup>.

Não obstante, no setor do varejo, empresas têm visado o metaverso como um novo canal para alcançar mais consumidores. Empresas como Amazon<sup>15</sup>, Alibaba<sup>16</sup>, Nike, dentre outras, têm desenvolvido experiências imersivas de compras em realidade virtual.

Outra grande possibilidade do metaverso é a do setor imobiliário e artístico. Recentemente um agente imobiliário pagou US\$912.228 por 259 ativos de lotes no *Decentraland* para construir um shopping virtual chamado “*Metajuku*”, modelado no famoso distrito “Harajuku”, de Tóquio, para alugar lojas para varejista<sup>17</sup>. Já no setor artístico, obras em NFT chegam a valer até US\$ 92 milhões de dólares<sup>18</sup>.

Essas e outras dinâmicas geram uma série de desafios jurídicos, tais como os de direitos reais aplicáveis aos ativos imobiliários e mobiliários adquiridos no metaverso, reputação e identidade de pessoas públicas<sup>19</sup>, direitos de propriedade intelectual e marca<sup>20</sup>, direitos civis, dentre outros. Como leciona Yuntao Wang (et.al. 2022):

[...] há riscos de segurança cibernética envolvendo avatares e seus ativos digitais no metaverso. Atualmente, já se fala em “Metacriminosos”: grupos de hackers que buscam o roubo de identidade de avatares, do portfólio de propriedades virtuais, tokens e ativos de usuários mantidos no metaverso. Por isso, já existem empresas voltadas à auditoria de Smart Contracts e seguros para ativos digitais no metaverso (“Metassurance”)<sup>21</sup>.

Em igual sentido, os riscos de violações à segurança da informação e à privacidade são aumentados por invasões e acessos não autorizados aos dados em decorrência do volume de dados pessoais que podem ser tratados. Neste contexto, especial atenção deve ser dada aos dados sensíveis. Além da integração de uma variedade de tecnologias recentes, trazem consigo suas vulnerabilidades e falhas inerentes, que podem ser herdadas pelo metaverso (Ibid).

Por essas razões, mister que a comunidade jurídica busque limites e regulamentações para esse universo, antevendo a multiplicidade de efeitos legais que advirão das relações mantidas nesse ambiente virtual (MAFFEIS. et al. 2022).

## 2 REGULAMENTAÇÃO DO METAVERSO

Dada a transformação digital desencadeada pelo avanço tecnológico e a consequente evolução das relações sociais, a regulamentação dos ambientes virtuais muito tem repercutido nos últimos anos. Grandes exemplos são o Marco Civil da Internet

14. Disponível em <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2022/07/31/equipe-de-pesquisadores-brasileiros-realiza-cirurgia-no-metaverso.ghtml> Acesso: set/2022.

15. Disponível em <https://www.retaildive.com/news/amazon-virtual-try-on-shoes/625148/> Acesso: set/2022.

16. Disponível em <https://www.businessinsider.in/business/ecommerce/news/amazon-brings-metaverse-to-the-e-commerce-segment-with-augmented-rooms/articleshow/90999305.cms> Acesso: set/2022.

17. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4085937](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4085937) Acesso: set/2022

18. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/business/nft-chega-a-valer-ate-us-92-milhoes-veja-obras-digitais-que-movimentaram-fortunas/> Acesso: set/2022.

19. Disponível em <https://bigthink.com/the-future/metaverse-fraud-digital-twins/> Acesso: set/2022.

20. Disponível em <https://www.natlawreview.com/article/trademarks-metaverse-brand-protection-virtual-goods-services> Acesso: set/2022.

21. Tradução livre do artigo disponível em <https://arxiv.org/abs/2203.02662> Acesso: set/2022.



(Lei nº12.965/14), a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18), dentre outras que visam a regulamentar a esfera digital.

Corroborando com este entendimento o Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Luís Roberto Barroso, defendeu o enquadramento imperativo das redes sociais na legislação:

A verdade é que houve um primeiro momento no mundo em que se imaginou que a internet e as mídias sociais deveriam ser livres, abertas e não reguladas. Aí surgiram problemas de abuso de poder econômico, invasão de privacidade, disseminação de ódio e comportamentos inautênticos. **Essa regulação se tornou imperativa**, mas é preciso acertar a intensidade da dose **para não matarmos o paciente, que é a preservação da democracia** <sup>22</sup>. (grifei)

No tocante ao metaverso em específico, muitas são as preocupações jurídicas, em especial considerando um cenário global e não apenas nacional. Até o momento, o metaverso ainda é um ambiente não regulado e não há uma unanimidade sobre quais serão os próximos passos desta temática. Há algumas frentes que defendem que considerando as características técnicas do metaverso, como o ambiente descentralizado e distribuído, não deveria se ter um órgão central regulatório. Por outro lado, visando garantir a democracia, confiança e a segurança do ambiente, outras frentes defendem a existência de um órgão central que definirá as leis e as medidas de controle<sup>23</sup>.

Um dos posicionamentos que tem ganhado força, trata da autorregulamentação, que poderia desenvolver padrões e abordagens de governança da plataforma, incluindo códigos de conduta setoriais, selos e certificações, medidas de *enforcement* já programadas na arquitetura do software, tais como medidas de regulação intrínsecas no software capazes de impedir “estupros virtuais”, fraudes, medidas de privacidade desde a concepção do software (*privacy by design*<sup>24</sup>), dentre outras<sup>25</sup>.

Nesse sentido, dada à existência de diferentes plataformas de metaverso, cada uma destas poderia ser regulada pelo teor de seus próprios “termos de uso”, que seriam as diretrizes e normas de conduta dentro do ambiente. Contudo, embora, de fato, sirva para nortear a conduta dos usuários no universo, a ressalva que se faz a esse entendimento é a de que todo o controle regulatório estaria nas mãos das empresas de tecnologia, podendo trazer grandes inseguranças e riscos aos direitos dos usuários, atentando para as finalidades meramente econômicas.

Todavia, considerando o momento presente, mister que antes de se tratar dos impactos da possível autorregulamentação/regulamentação do metaverso, sejam debatidas as questões de legitimidade dos ordenamentos jurídicos nacionais e executoriedade dos órgãos deliberativos no ambiente virtual (KOHL).

22. Disponível em: <https://oantagonista.uol.com.br/brasil/regulamentacao-das-redes-sociais-se-tornou-imperativa-diz-barroso/> Acesso: set/2022

23. Disponível em: <https://www.inset.com.br/techgames/regulamentacao-do-metaverso-sera-necessaria> Acesso: set/2022.

24. O termo foi delineado pela primeira vez em uma estrutura em meados da década de 1990 pela então Comissária de Informação e Privacidade de Ontário, Canadá, Ann Cavoukian, e pode ser traduzido como a privacidade desde a concepção. Refere-se ao entendimento de que os produtos e serviços devam ser criados sob as perspectivas de privacidade e em conformidade com as legislações de proteção de dados aplicáveis. Disponível em <https://iapp.org/resources/article/privacy-by-design/> Acesso: set/2022.

25. Disponível em <https://www.forbes.com/sites/martinboyd/2022/05/16/regulating-the-metaverse-can-we-govern-the-ungovernable/?sh=57b3ff621961> Acesso: set/2022.



### 3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – BRASIL

O quadro regulatório concernente à proteção de dados no Brasil foi drasticamente alterado com a vigência, em 16 de agosto de 2020, da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Desde então, a cultura da proteção de dados tem sido disseminada no país, gerando diversos debates sobre o tema. O que contribuiu para que a proteção de dados fosse reconhecida como um direito fundamental, através da Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019 que acrescentou o inciso XII-A ao artigo 5º e o inciso XXX ao art. 22 da Constituição Federal, para incluir a proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria<sup>26</sup>.

A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe sobre o “tratamento dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, visando proteger assim os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º da LGPD).

Dentre outras premissas, versa sobre os requisitos para tratamento dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis, inclusive no que diz respeito ao seu término; o tratamento de dados pelo poder público; os agentes de tratamento, os direitos dos titulares de dados; a transferência internacional de dados; as responsabilidades e ressarcimento de danos por tais práticas; segurança e boas práticas, em geral, aplicáveis ao tratamento de dados; as sanções administrativas para os caps de descumprimento, bem como, sobre a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”).

De acordo com o artigo 3º, incisos I, II e III, a LGPD se aplica a qualquer operação de tratamento realizada por uma pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, por meios físicos ou digitais,

independentemente do país em que sua sede está localizada ou do país onde os dados estão localizados, desde que: a operação de tratamento seja realizada no território nacional; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados em território nacional; ou os dados pessoais objetivo do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

Ademais, os dados podem ser pessoais, sensíveis ou anonimizados. O dado pessoal é a informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável (titular dos dados), ou seja, quaisquer dados que identifiquem ou possam identificar uma pessoa, tais como nomes, números, códigos de identificação ou endereços (art. 5º, I);

Já o dado pessoal sensível é o dado sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (art. 5º, II); e o dado anonimizado que não é considerado dado pessoal, pois inviabiliza a identificação o titular.

Nesse contexto, a LGPD define tratamento de dados pessoais de forma ampla, dispondo que

---

26. Proposta de Emenda à Constituição nº 17/ 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594> Acesso: set/2022.



“corresponde a qualquer operação realizada dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (art. 5º, inc. X, LGPD).

O mesmo artigo da Lei também estabelece a definição para todos os sujeitos relacionados ao tratamento de dados, quer sejam: os titulares, a pessoa natural a quem se referem os dados objeto do tratamento (art. 5º, inc. V, LGPD); o controlador e o operador.

Nos termos do artigo 3 da lei, quando o agente for responsável pelas principais decisões inerentes ao tratamento de dados, este será o controlador (art. 5º, inc. VI, LGPD). Por sua vez, se o sujeito realizar o tratamento de dados pessoais em nome do terceiro – a quem compete às decisões (controlador), este será o operador (inc. VII).

Nessa toada a LGPD estabelece que todo e qualquer tratamento de dados pessoais deverá ser justificado por uma das bases legais previstas nos artigos 7º, sendo dez hipóteses para o tratamento de dados pessoais e, no artigo 11, oito hipóteses para o tratamento de dados sensíveis.

Há essa distinção para cada uma das espécies de dados, visto que o tratamento de dados sensíveis deve ser precedido de cautelas ainda maiores (com especial atenção aos princípios da lei e direitos dos titulares), uma vez que eventual incidente de segurança com os dados em referência pode trazer consequências mais gravosas aos direitos e às liberdades dos titulares. (MALDONADO, *et.al.*, 2022. RL-1.4)

Desta feita, para fins de elucidação do quanto proposto no presente trabalho, este estudo se cingirá à análise das principais premissas legais, objetivando a comprovação da aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira aos dados coletados no metaverso e sob a perspectiva de segurança.

#### **4 DADOS PESSOAIS E O METAVERSO**

Muito embora o metaverso ainda esteja em desenvolvimento, com a grande repercussão que tem gerado no último ano, estima-se que ele irá revolucionar toda a sociedade.

Considerando a possibilidade de transitar de maneira híbrida no metaverso, quer seja com a aquisição de bens, ainda que não da forma convencional (moeda), mas sim por criptomoedas e que poderão ser selecionados para o uso no mundo real ou o seu uso no metaverso, através dos NFTs, pode-se afirmar que há um grande volume de tratamento de dados pessoais, tanto da pessoa virtual quanto da pessoa real.

Do mesmo modo que a navegação na internet gera pegadas digitais de seus usuários e a análise de comportamento para direcionamento de produtos e serviços que possam interessar ao usuário, isso também ocorre no metaverso, mas de maneira ainda mais robusta, considerando um cenário híbrido e as diversas possibilidades de monitoramento.

Uma pesquisa realizada por pesquisadores da Universidade de Berkeley e Munique (NAIR. *et al*, 2022) apurou que, a partir das plataformas imersivas com realidade virtual, é possível coletar, além de diversos dados pessoais, dados pessoais sensíveis, tais como sexo, poder aquisitivo, etnia, idade e doenças.

Isso se dá através da telemetria geoespacial que permite a verificação de dados de altura, comprimento dos braços, além da voz, possibilitando determinar se trata-se de um



usuário do sexo feminino ou masculino. Além disso, ainda através da telemetria é possível apurar o local físico em que o usuário se encontra o que, somado à análise das especificações dos *devices* utilizados (óculos + *headphones* + controles) permite a inferência de informações como o poder aquisitivo do usuário.

Não obstante, o cruzamento de dados da rede utilizada e do idioma falado pelos usuários, possibilita o mapeamento da etnia destes. Por sua vez, dados comportamentais do usuário – como o tempo de reação, visão de curta à longa distância – permite a inferência em dados relacionados à saúde do usuário e também à sua faixa etária.

Diante da descentralização do metaverso, caracterizada pela ausência de órgão central fiscalizador, e pela até então ausência de regulamentação específica, somado ao evidente tratamento massivo de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis, grande é a preocupação acerca da privacidade e da segurança dos dados dos usuários.

Como leciona Andrade e Cendão (2022) “[...] quanto maior o avanço de imersão no metaverso, mais dados pessoais estarão presentes nos ambientes dessas plataformas, demandando cada vez mais cautela aos controladores, operadores e titulares desses dados [...]”.

No contexto internacional, muito se questiona sobre a aplicabilidade das leis existentes para salvaguardar os usuários do metaverso durante este período de desenvolvimento. Por sua vez, no cenário nacional, acerca da privacidade e proteção de dados, a lei a ser aplicada é a Lei Geral de Proteção de Dados.

Contudo, os principais pontos de questionamento sobre a aplicação da LGPD dizem respeito à titularidade do avatar: É ou não dotado de personalidade jurídica e consequentemente de direitos? Pode ser considerado titular de dados pessoais? A territorialidade da lei brasileira, considerando um universo intangível e cujas empresas detentoras são estrangeiras? Há nesses casos a transferência internacional de dados e como seria regulamentada? E por fim, questiona-se sobre a segurança e medidas de boas práticas aplicáveis ao metaverso.

## 5 TITULARIDADE

Um dos principais questionamentos que tem surgido nos últimos anos sobre a proteção de dados no metaverso diz respeito ao avatar, se seria ou não considerado uma pessoa natural e, portanto, com personalidade jurídica.

A LGPD estabelece que para os fins desta Lei, considera-se dado pessoal como a “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (Art. 5º, inciso I). De igual modo, titular seria a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objetos de tratamento”. (Art. 5º, inciso IV).

Para o civilista César Fiuza, pessoa natural são “os sujeitos dos direitos subjetivos; são entes dotados de personalidade.” (2016. Capítulo IV). Adicionalmente, o Código Civil estabelece em seus artigos 1º e 2º que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” E “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” **Portanto, pessoa natural é um ser que, desde o seu nascimento, é dotado de direitos e deveres.**

Entretanto, Fábio Konder Comparato esclarece que, **“nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los”** (Coelho, 2016 apud 1977:268). “Desse modo, sujeito de direito é gênero e pessoa é espécie; isto é, **nem todo sujeito de**



**direito é pessoa**, embora toda pessoa seja sujeito de direito” (Coelho, 1989:74/89) (grifei e sublinhei).

Nesse diapasão, no contexto do Metaverso, em que se propõe uma extensão da realidade para a virtualidade, ocorre algo análogo ao avatar. Isso porque parece ser uma extensão da pessoa natural que o criou, estendendo-se também a personalidade jurídica de seu titular. Como bem leciona Rodrigo Pironti e Mariana Keppen (2021, p.64):

[...] para nós, **as relações econômicas e institucionais travadas no ambiente virtual por intermédio do avatar, em nome de seu criador, são realizadas com dados pessoais deste**, e não daquele, ainda que tudo pareça estar acontecendo naquele novo mundo. **É dizer, as obrigações assumidas no metaverso e os dados pessoais do avatar (e de seu criador) que circulam na rede, são protegidos pela LGPD, pois caracterizam dados da pessoa natural que deu “vida” ao avatar e, para isso, cadastrou tais dados na rede**, como sua qualificação básica, suas senhas de acesso ou identificação facial ou digital, seu cartão de crédito ou outro meio de pagamento com “lastro real”, ainda que estejamos falando de pagamento com criptoativos ou outras moedas virtuais (como é o caso da Linden no jogo que deu origem ao metaverso, o Second Life), em todos os casos a titularidade dessas moedas e sua aquisição originária sempre partiriam de uma transação do mundo real e apenas se “imaterializaram” no ambiente virtual, sem deixar de ter lastro aferível. (grifei e sublinhei)

Concluindo-se, o avatar seria uma extensão de seu criador, pessoa natural, portanto detentor de personalidade jurídica e consequentemente de direitos como os de proteção aos seus dados pessoais. Para Patrícia H.M Martins (et. al. 2022) estaríamos diante de uma “personalidade híbrida”, para a qual a LGPD seria o elemento-chave para sua proteção e logo seria plenamente aplicada aos dados tratados no metaverso e por extensão aos dados dos avatares.

## 6 TERRITORIALIDADE

Em um contexto histórico, as leis foram criadas e promulgadas para regular as relações sociais e tornar a sociedade civilizada, com direitos e deveres a serem observados. Nesse sentido, “As relações jurídicas foram regulamentadas por um Direito altamente baseado na territorialidade dos fatos.”, como ensina Martins (et al, 2022).

Portanto, a aplicabilidade das leis está estritamente vinculada a sua territorialidade, quer seja o local onde foi editada e promulgada. No contexto nacional, a LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- Decreto-Lei nº 4.657/42) tem o condão de ditar as regras e princípios para a aplicação das leis brasileiras em geral, trazendo o princípio da territorialidade.

Acerca do princípio da territorialidade, a LINDB estabelece<sup>27</sup> que a norma deve ser aplicada em todos os limites territoriais do Estado que a editou (soberania). Contudo, há a previsão da extraterritorialidade para a aplicação de leis estrangeiras no território nacional e até mesmo da aplicação da lei nacional no território estrangeiro, conforme o caso.

Trazendo essas reflexões ao metaverso, nota-se que não há um território tangível no qual estão ocorrendo os fatos jurídicos e sequer um regulamento específico de âmbito global, mas, a certo modo, há a presença de cidadãos de diversos países, questionando-se, portanto, qual lei será aplicada.

27. Artigos. 1º, §1º, 7º e 8º do 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: set/2022.



A realidade híbrida apresenta uma nova possibilidade, eis que, além do conflito territorial entre as leis das partes e objetos participantes do negócio, deve-se considerar a lei do local onde o servidor do metaverso em questão está hospedado, a lei do local onde a empresa dona do servidor está sediada, as leis onde cada usuário se encontra e, quiçá, uma lei própria do metaverso. (ibidem)

Nessa esteira de raciocínio, considerando o acesso por usuários brasileiros e a oferta de diversas plataformas imersivas em território nacional, passamos a analisar a aplicabilidade da LGPD no que tange ao tratamento de dados pessoais no metaverso.

Como demonstrado no tópico supra, o artigo 3º da LGPD estabelece que:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - **a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;**

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. (...)

Por sua vez, o inciso IV do art. 4º mencionado, estabelece que não será aplicada a LGPD para os dados pessoais coletados fora do território nacional

que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

Essa exceção da lei visa a “aumentar a competitividade internacional brasileira, estimulando a contratação de empresas nacionais para serviços de Tecnologia da Informação, como hosting tradicional ou em nuvem, IT Outsourcing, analytics, entre outros (...)” (MALDONADO, 2022. RL-1.2).

Entretanto, como se depreende da análise dos artigos legais supratranscritos, o tratamento de dados realizado no metaverso, ainda que não esteja em território nacional, pode tratar dados de cidadãos brasileiros e as plataformas são oferecidas no território nacional, de modo que se encaixa na hipótese do inciso II da Lei, sendo, portanto, aplicável para esses casos.

## 7 TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL

O Art. 3º da LGPD determina que a lei seja aplicada quando o tratamento tenha por objetivo a oferta de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional (inciso II), como supra demonstrado. Portanto, conforme demonstrado, a LGPD é aplicada ao metaverso e deve ser cumprida por todos os *players* envolvidos no tratamento de dados pessoais, principalmente quando oriundos de indivíduos localizados no Brasil.

Posto isso, tem-se que a LGPD define “transferência internacional de dados” como a transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do



qual o país seja membro (Art. 5º, inciso XV<sup>28</sup>). Assim, considerando que o processamento e armazenamento dos dados coletados dos usuários do metaverso são realizados, muito possivelmente, em nuvem em países estrangeiros, tais como os de sede das empresas de tecnologia por trás das plataformas, restaria configurada transferência internacional de dados.

Em seu Art. 33, a LGPD apresenta rol taxativo de situações nas quais a transferência internacional é permitida. Isto é, a transferência será ilícita se não atender ao menos um dos incisos do referido artigo. Nesse ponto, importante esclarecer que a transferência para países que proporcionem grau de proteção adequado ao previsto na LGPD é apenas uma das hipóteses (Art. 33, inciso I).

Outras hipóteses são: quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios e direitos na forma de cláusulas contratuais específicas para determinada transferência, cláusulas-padrão contratuais, normas corporativas globais, selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos (inciso II); por autorização da ANPD (inciso V), quando for necessária para cooperação jurídica internacional (inciso III) ou resultar de um acordo de cooperação internacional (inciso VI); ou for necessária para a execução de políticas públicas (inciso VII); ou quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação (Inciso VIII), dentre outras previstas na lei.

Contudo, os artigos 34 e 35 da LGPD<sup>29</sup>, respectivamente, determinam que o nível de proteção de dados do país estrangeiro e a verificação de cláusulas contratuais específicas para uma determinada transferência serão realizados pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”).

Contudo, infelizmente, a própria ANPD, em seu site oficial, esclarece que ainda não foram regulamentados os procedimentos que orientarão a atuação da ANPD na verificação dos documentos mencionados no art. 35<sup>30</sup>.

De acordo com a Portaria nº 11, de 27 de janeiro de 2021<sup>31</sup>, que estabeleceu a agenda regulatória da ANPD para o biênio 2021-2022, o tema da transferência internacional de dados começou a receber iniciativas da agenda regulatória, tal como a tomada de subsídios sobre o tema que foi encerrada em 30/06/2022<sup>32</sup>. Assim, espera-se que o tema só será completamente regulamentado próximo ao ano de 2023.

28. XV - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro.

29. Art. 34, LGPD: O nível de proteção de dados do país estrangeiro ou do organismo internacional mencionado no inciso I do caput do art. 33 desta Lei será avaliado pela autoridade nacional, que levará em consideração: I - as normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino ou no organismo internacional; II - a natureza dos dados; III - a observância dos princípios gerais de proteção de dados pessoais e direitos dos titulares previstos nesta Lei; IV - a adoção de medidas de segurança previstas em regulamento; V - a existência de garantias judiciais e institucionais para o respeito aos direitos de proteção de dados pessoais; e VI - outras circunstâncias específicas relativas à transferência.

Art. 35, LGPD: A definição do conteúdo de cláusulas-padrão contratuais, bem como a verificação de cláusulas contratuais específicas para uma determinada transferência, normas corporativas globais ou selos, certificados e códigos de conduta, a que se refere o inciso II do caput do art. 33 desta Lei, será realizada pela autoridade nacional.

30. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais\\_atendimento/agente-de-tratamento/transferenciainternacional-de-dados](https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/agente-de-tratamento/transferenciainternacional-de-dados) Acesso: set/2022.

31. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313> Acesso: set/2022.

32. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/tomada-de-subsidios-transferencia-internacional> Acesso: set/2022.



Até lá, não se pode concluir que os artigos da LGPD sobre transferência internacional ficam sem eficácia. Dessa forma, a falta de regulamentação somente faz com que a ANPD esteja momentaneamente silente quanto ao nível de proteção de dados dos países, bem como faz com que não haja a disponibilização de canal direto para avaliação das cláusulas específicas, nem a disponibilização de documento com cláusulas-padrão, mas mantém-se a eficácia e vigor da lei.

A principal referência para a edição da LGPD e também para esse tema foi a GDPR. Assim sendo, na ausência de regulamentação específica pela ANPD, até o momento, as premissas da lei europeia podem servir para preencher as lacunas existentes. Nesse sentido, Chaves esclarece sobre o tráfego de informações na internet, e a distinção com a transferência internacional:

[...] O primeiro ponto importante é compreender que, pautando-se no melhor entendimento europeu sobre o tema, **um simples acesso à aplicação de internet<sup>2</sup> não deve ser considerado uma transferência internacional de dados para os fins da legislação de proteção de dados pessoais**, sob pena de se banalizar a aplicação do conceito e transformar o regime jurídico *especial* da transferência internacional em *geral*, o que poderia culminar, inclusive, em uma potencial situação de desarmonia com as bases legais do artigo 7º da LGPD. (MALDONADO. 2022. RL. 1-10) (grifei).

Portanto, em analogia aos ambientes de metaverso, conclui-se que o mero acesso, ainda que a plataforma seja gerida por plataformas estrangeiras, não configuraria um tratamento de dados pessoais. Mas qualquer outra operação realizada, tal como interação, o armazenamento deste dado e o processamento por algum *player* do ambiente, em um entendimento mais conservador baseado no conceito amplo da LGPD para tratamento de dados, já se configuraria um tratamento e consequentemente a transferência internacional.

Corroborando com este entendimento, a política de privacidade aplicável aos produtos da Meta, estabelece a transferência internacional com os dados coletados<sup>33</sup>.

Logo, superada a questão da territorialidade de um ambiente intangível e da aplicabilidade da LGPD para as hipóteses do art. 3º, inciso II, em caso de compartilhamento e/ou a transferência de dados pessoais de brasileiros coletados no metaverso, para outros países, restará configurada a aplicação do art. 33 da lei quanto à transferência internacional. Assim, grande é o desafio das empresas detentoras das plataformas do metaverso quanto ao *compliance* às legislações aplicáveis considerando os milhares de usuários ao redor do globo.

## 8 CIBERSEGURANÇA E BOAS PRÁTICAS

No metaverso a segurança da informação e a proteção de dados se tornam ainda mais tangentes, pois, uma vez que o metaverso integra várias tecnologias emergentes e sistemas construídos com base nelas, suas vulnerabilidades e falhas podem ser herdadas, de modo que os incidentes relatados nessas tecnologias utilizadas, tais como sequestro de informações e dispositivos, roubo de moedas virtuais, vazamento indevido de dados pessoais, má conduta de IA, dentre outras, também estão suscetíveis no metaverso.

33. Disponível em <https://www.facebook.com/privacy/policy> Acesso: set/2022.



Impulsionada pelo entrelaçamento destas tecnologias, os efeitos dos riscos existentes podem ser amplificados e se tornarem mais severos em mundos virtuais como o metaverso, tais como perseguição e espionagem virtuais (WANG *et al*, 2022).

Como apurado em pesquisas recentes (NAIR *et al*, 2022) acima mencionadas, a partir das plataformas imersivas com realidade virtual e dos dispositivos utilizados (*headphones*, controles e óculos) é possível coletar, além de diversos dados pessoais, dados pessoais sensíveis, tais como sexo, poder aquisitivo, etnia, idade e doenças.

Por exemplo, para construir uma cena virtual usando algoritmos de IA, os usuários utilizarão inevitavelmente dispositivos AR/VR (realidade aumentada/realidade virtual) com sensores embutidos para coletar de forma abrangente padrões de ondas cerebrais, expressões faciais, movimentos dos olhos, movimentos das mãos, fala e características biométricas, assim como o ambiente ao redor. Além disso, como os usuários precisam ser identificados de forma única no metaverso, significa que os fones de ouvido, óculos VR, ou outros dispositivos podem ser usados para rastrear os usuários locais reais de forma ilegal. (*ibidem*)

Por essas e outras razões que o tema da privacidade e da segurança da informação são as principais preocupações neste cenário precoce, até então não regulado, do metaverso.

Embora a segurança da informação e a privacidade sejam dois princípios distintos, estão atrelados um ao outro. Privacidade pode ser conceituada como o direito do indivíduo se manter isolado, em um espaço reservado e inviolável, em que ele pode livremente dispor de sua autodeterminação (VIEIRA, 2007). A Privacidade atrelada à era digital pode ser entendida como a manutenção do sigilo e o controle do titular sobre seus dados pessoais (VIDAL, 2022).

Por sua vez, segurança da informação pode ser definida como a proteção das propriedades de integridade, disponibilidade e confidencialidade das informações. Isto significa dizer que a segurança da informação tem como objetivo evitar e proteger contra riscos e incidentes como vazamento de dados e acessos não autorizados, ataques cibernéticos e indisponibilidade. Nesse sentido, ambos estão atrelados, uma vez que é por meio da segurança da informação que se viabiliza a proteção dos dados, e consequentemente a privacidade.

Consoante esse entendimento, a Lei Geral de Proteção de Dados dispõe de um capítulo específico (VII) para tratar da segurança e das boas práticas no contexto dos dados pessoais. O artigo 46 da lei estabelece que

os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

De igual modo, o artigo 50 da LGPD também trata das boas práticas, estabelecendo aos agentes de tratamento a incumbência do estabelecimento de boas práticas de governança:

Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, **poderão formular regras de boas práticas e de governança** que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, **as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no**



**tratamento**, as ações educativas, os **mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos** e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. (Grifei)

Muito embora a LGPD não seja expressa sobre quais seriam as medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais, incumbe à Autoridade Nacional de Proteção de Dados essa prerrogativa de estabelecer os padrões mínimos (§1º do art. 46), além de prever a aplicação de outras normas e princípios regulamentares aplicáveis.

Até o momento o tema ainda não foi resolvido pela ANDP, mas enquanto isso, já existem padrões de segurança da informação aplicáveis, como as normas ISO/IEC 23005<sup>34</sup> e IEEE 2888<sup>35</sup> que visam padronizar as interfaces, intercâmbio de informações e interoperabilidade entre o mundo real e o mundo virtual, e podem ser aplicadas ao metaverso, servindo como padrão das medidas a serem adotadas.

Além dessas medidas, outras regras podem/devem ser aplicadas ao metaverso, com base nas instruções da LGPD e de normas setoriais aplicáveis, tais como a implementação de “Políticas Internas” que estabeleçam, dentre outras regras: condução de constantes treinamentos com os funcionários da companhia sobre segurança da informação; medidas técnicas de controle de invasão ou tentativa de invasão pela internet; um plano escrito e estruturado para casos de ocorrência de incidentes envolvendo Dados Pessoais; procedimentos transparentes para com os titulares de dados sobre o tratamento de dados pessoais; procedimentos de autenticação do usuário ao acessar a conta e o avatar; possuir time de gestão de crise; limitação e controle de acesso aos Dados Pessoais; e a revisão periódica das medidas implementadas.

Dado o ordenamento jurídico nacional e o acesso por usuários brasileiros, o metaverso terá que respeitar a LGPD, seus princípios de adequação, necessidade, transparência, livre acesso, e principalmente, a segurança, prevenção e controle de dados, sob pena de responsabilização por eventuais violações (ANDRADE *et al*, 2022).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conjecturas acima expostas demonstram que o metaverso é um grande componente da nova era que tem surgido para internet, a Web 3, caracterizada pela experiência imersiva, descentralizada e aberta, com uma gama imensa de novas possibilidades para diversos setores.

A expectativas são de que o metaverso altere o mercado e as interações sociais, seja no setor da educação, da saúde, setor do varejo, como também há diversos exemplos na área artística e imobiliária, como se mostrou com aquisições milionárias de ativos imobiliários em plataformas do metaverso e obras de arte em NFT.

Apesar das finalidades promissoras da tecnologia e deste novo universo, muitos são os riscos relacionados à segurança, privacidade e à proteção de dados. Tais como os riscos de vazamento de dados pessoais sensíveis e de crianças, além dos sérios riscos de monitoramento e espionagem virtual.

Em razão de suas características de territorialidade intangível, alcance global, tecnologia descentralizada e distribuída, umas das principais discussões sobre o tema diz respeito à sua regulamentação. Muito embora até o presente momento não se tenha uma

34. Disponível em <https://www.iso.org/standard/73581.html> Acesso: set/2022.

35. Disponível em <https://standards.ieee.org/> Acesso: set/2022.



regulamentação específica aplicada, tem-se apurado a aplicação de demais legislações a fim de resguardar os usuários do metaverso.

Diante desse cenário, os órgãos do judiciário e legislativo têm se mobilizado a fim de adaptar o direito a esse novo contexto social. Exemplos claros em contexto nacional são o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados e outras iniciativas legislativas relacionadas.

Enquanto o metaverso não é regulado, analisa-se a aplicação das legislações existentes relacionadas, como a Lei Geral de Proteção de Dados, o que, pelo presente trabalho, apurou-se ser aplicável, considerando o tratamento de dados pessoais de cidadãos brasileiros, usuários das plataformas, dada a oferta dos serviços ao público brasileiro.

Por fim, destaca-se que para o pleno funcionamento e desenvolvimento do metaverso em *compliance* com as normas atreladas à privacidade, todos os princípios da LGPD devem ser observados, em especial os de segurança da informação, boas práticas, governança, transparência e gestão de riscos. Aplicando-se também outras normas regulamentares de segurança da informação, como as normas ISO e outros padrões setoriais.

Grandes são as expectativas de que o metaverso irá melhorar, de maneira imersiva, as experiências virtuais que temos hoje. Mas espera-se que esse desenvolvimento tecnológico seja também um avanço ao cumprimento dos direitos dos cidadãos, de modo que haja também um desenvolvimento das medidas de segurança e privacidade, garantindo um ambiente ainda mais seguro e protegido aos seus usuários.

## REFERÊNCIAS

ANDREW, Jane; BAKER, Max. The general data protection regulation in the **age of surveillance capitalism**. *Journal of Business Ethics*, v. 168, n. 3, p. 565-578, 2021. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-019-04239-z> Acesso em set/2022.

ANDRADE, Lia; CENDÃO, Fábio. Direito, **Metaverso e NFT: Introdução aos desafios na Web 3**. São Paulo. Expressa Jur, 2022. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=xeyKEAAQBAJ&newbks=0&printsec=frontcover&pg=PT71&dq=prote%C3%A7%C3%A3o+de+dados+e+o+metaverso&hl=ptBR&source=newbks\\_fb&redir\\_esc=y#v=onepage&q=prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20e%20%20metaverso&f=false](https://books.google.com.br/books?id=xeyKEAAQBAJ&newbks=0&printsec=frontcover&pg=PT71&dq=prote%C3%A7%C3%A3o+de+dados+e+o+metaverso&hl=ptBR&source=newbks_fb&redir_esc=y#v=onepage&q=prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20e%20%20metaverso&f=false) Acesso em set/2022

FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo - Ed. 2016. Revista dos Tribunais. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/96371818/v18/document/109578523/anchor/a-109578523> Acesso em set/2022.

KOHL, Uta. The Rule of Law, Jurisdiction and the Internet. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 12, n. 3, p. 365-376, p. 375.

MALDONADO, Viviane; BLUM, Renato Opice. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada** - Ed. 2022. Revista dos Tribunais. Disponível em



<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/188730949/v4/page/RL-1.2>  
Acesso em set/2022.

MARTINS, Patrícia Helena Marta. *et al.* A evolução do Metaverso na Sociedade: Principais Desafios Jurídicos. Em SEREC, Fernando Eduardo. **Metaverso: Aspectos Jurídicos**. Grupo Almedina, 2022. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=bxF\\_EAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=prote%C3%A7%C3%A3o+de+dados+e+o+metaverso&ots=1E8DXUmo0n&sig=8cqH45R7g\\_8gRM-u\\_-sFGkV7nfk&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=bxF_EAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=prote%C3%A7%C3%A3o+de+dados+e+o+metaverso&ots=1E8DXUmo0n&sig=8cqH45R7g_8gRM-u_-sFGkV7nfk&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false) Acesso em set/2022.

MOMTAZ, Paul P., Some Very Simple Economics of **Web3 and the Metaverse** (17 de abril de 2022). FinTech. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4085937> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4085937> Acesso em set/2022.

NAIR, Vivek; GARRIDO, Gonzalo Munilla; SONG, Dawn. Exploring the **Unprecedented Privacy Risks of the Metaverse**, 2022. Disponível em arXiv:2207.13176 ou <https://doi.org/10.48550/arXiv.2207.13176> Acesso em set/2022.

PIRONTI, Rodrigo; KEPPE, Mariana. **Metaverso: novos horizontes, novos desafios**. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 57-67, set/dez. 2021. DOI: 10.47975/IJDL.pironti.v.2.n.3. Acesso em set/2022.

SEREC, Fernando Eduardo. **Metaverso: Aspectos Jurídicos**. Grupo Almedina, 2022. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=bxF\\_EAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=prote%C3%A7%C3%A3o+de+dados+e+o+metaverso&ots=1E8DXUmo0n&sig=8cqH45R7g\\_8gRM-u\\_-sFGkV7nfk&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=bxF_EAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=prote%C3%A7%C3%A3o+de+dados+e+o+metaverso&ots=1E8DXUmo0n&sig=8cqH45R7g_8gRM-u_-sFGkV7nfk&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false) Acesso em set/2022.

VIDAL, Gabriel Rigoldi. **Conceituação do Direito à Privacidade em Face das Novas Tecnologias**. Dissertação (Graduação em Direito) - Universidade Estadual Paulista, Franca, Disponível em <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/GabrielVidalConceituacao.pdf> Acesso: set/2022.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358> Acesso: set/2022.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A Right to Reasonable Inferences: **Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI**. Columbia Business Law Review, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3248829> Acesso em set/2022.

WANG, Y., Su, Z., Zhang, N., Xing, R., Liu, D., Luan, T. H., & Shen, X. (2022). A survey on **metaverse: Fundamentals, security, and privacy**. IEEE Communications Surveys & Tutorials. Disponível em: arXiv:2203.02662v4 ou <https://doi.org/10.48550/arXiv.2203.02662> Acesso em set/2022.



WINTERS, Terry. **The Metaverse: prepare for the next thing**. 2021. Disponível em [https://www.amazon.com.br/Metaverse-Buying-Virtual-Preparing-English-ebook/dp/B09BR7LVL2/ref=tmm\\_kin\\_swatch\\_0?\\_encoding=UTF8&qid=1664238561&sr=1-1-catcorr](https://www.amazon.com.br/Metaverse-Buying-Virtual-Preparing-English-ebook/dp/B09BR7LVL2/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=1664238561&sr=1-1-catcorr) Acesso em set/2022.





## AS MEDIDAS ADOTADAS PELAS NAÇÕES UNIDAS EM VIRTUDE DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS PELA RÚSSIA NA GUERRA DA UCRÂNIA

Beatriz Rosa Damasceno dos Santos<sup>1</sup>

Bruna Schubert de Almeida Coelho<sup>2</sup>

Ana Carolina Lopes Olsen<sup>3</sup>

**Resumo:** Considerando a prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade pela Rússia contra a Ucrânia, seria possível afirmar que as respostas fornecidas pelos órgãos de responsabilização internacional que integram as Nações Unidas, como o Conselho de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça, são eficazes no sentido de punir o Estado violador das normas internacionais e prevenir novas violações? Os órgãos de responsabilização internacional que integram as Nações Unidas estão buscando dar respostas segundo as normas internacionais vigentes, todavia, as medidas adotadas tiveram pouco ou nenhum efeito, de modo que a guerra se mantém, inclusive com as práticas atentatórias contínuas aos direitos humanos. Observou-se que as normas internacionais não estão sendo suficientemente eficazes ao desafio imposto pela força bruta aplicada pela Rússia, sendo, um dos principais desafios enfrentados pelos direitos humanos em tempos contemporâneos, tornando imprescindível o respeito à promoção e preservação dos direitos humanos com legitimidade do consenso. Utilizou-se o método de pesquisa indutivo, partindo da premissa de raciocínio lógico e analítico para se chegar a produção de um artigo de científico. Conclui-se que apesar dos órgãos de responsabilização internacional buscarem com urgência medidas para conter as ameaças à paz e evitar outras violações dos direitos humanos, tais medidas não estão tendo eficácia devido ao grande poder que a Rússia detém na ONU, por ser um de seus membros permanentes e deter o poder de veto no Conselho de Segurança, o que tem levantado questionamentos sobre a estrutura organizacional e a sua eficácia.

**Palavras-chave:** Rússia x Ucrânia. Crime de guerra. Responsabilidade internacional. Organização das Nações Unidas.

**Abstract:** Considering the commission of war crimes and crimes against humanity by Russia against Ukraine, it would be possible to state that the answers provided by the international accountability bodies that integrate the United Nations, such as the Human Rights Council and the International Court of Justice, are effective in terms of punishing the State that violates international norms and preventing further violations? The international accountability bodies that make up the United Nations are seeking to respond in accordance with current international standards, however, the measures adopted have had little or no effect, so that the war continues, including practices that continue to violate human rights. It was observed that international norms are not being sufficiently effective to the challenge imposed by the brute force applied by Russia, being one of the main challenges faced by human rights in contemporary times, making it essential to respect the promotion and preservation of human rights with legitimacy of the consensus. The inductive research method was used, starting from the premise of logical and analytical reasoning to arrive at the production of a scientific article. It is concluded that despite the international accountability bodies urgently seek measures to contain threats to peace and avoid other violations of human rights, such measures are not being effective due to the great power that Russia holds in the UN, as one of its permanent members and holding veto power in the Security Council, which has raised questions about the organizational structure and its effectiveness.

**Keywords:** Russia x Ukraine. War crime. International responsibility. United Nations Organization.

1. Acadêmica de Direito; Católica de Santa Catarina Centro Universitário. E-mail: beatrizrdamasceno@gmail.com.

2. Acadêmica de Direito; Católica de Santa Catarina Centro Universitário. E-mail: brunaschubert29@gmail.com.

3. Doutora em Direito pela PUCPR; Professora do Curso de Direito; Católica de Santa Catarina. E-mail: ana.olsen@catolicasc.org.br.



## INTRODUÇÃO

Observado o cenário do conflito armado entre Rússia e Ucrânia que teve início no mês de fevereiro do ano de 2022, o presente artigo científico visa compreender a efetividade da ONU, a partir da atuação de seus órgãos integrantes e competentes, quando da tentativa de responsabilizar a Rússia pelas violações de direitos humanos que configuraram crimes de guerra no plano internacional.

Neste sentido, considerando a prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade pela Rússia contra cidadãos da Ucrânia, verifica-se a possibilidade de afirmar se as respostas fornecidas pelos órgãos de responsabilização internacional que integram as Nações Unidas, especialmente, o Conselho de Direitos Humanos e Corte Internacional de Justiça, são eficazes no sentido de punir o Estado violador das normas internacionais e prevenir novas violações.

Diante da problemática, os órgãos de responsabilização internacional que integram a Organização das Nações Unidas (ONU), buscam a todo modo, respostas de acordo com as normas internacionais vigentes para frear as ações militares russas que estão causando prejuízos incalculáveis a milhões de civis. Desta feita, tem-se como objetivo do presente trabalho, analisar as medidas de responsabilização internacional da Rússia pelos crimes de guerra e contra a humanidade praticados na Ucrânia na guerra de 2022, de fevereiro a julho deste mesmo ano, a partir da atuação dos órgãos competentes. A pesquisa seguiu as seguintes etapas: (i) discriminação das ações tomadas pela Rússia durante a guerra e os apontamentos das normas de direitos humanos violadas; (ii) identificação dos órgãos da ONU competentes para proceder a responsabilização e as medidas já adotadas e, ainda; (iii) mensurar a eficácia dos mecanismos internacionais de responsabilização dos países pelo cometimento de crimes de guerra e contra a humanidade<sup>4</sup>, dentro do parâmetro de desafios contemporâneos para efetivação dos direitos humanos.

A pesquisa seguirá o método de pesquisa indutivo, partindo do estudo do caso Rússia vs. Ucrânia para tirar conclusões a respeito da eficácia dos mecanismos de enfrentamento da ONU. Seguir-se-á como procedimento de pesquisa, caracterizando o estudo aprofundado de um conjunto de dados bibliográficos.

A solução será o objeto de estudo de investigação, bibliográfica e documental, sendo selecionadas as informações de livros, artigos científicos os documentos normativos e tratados internacionais e ainda, medidas provisórias proferidas pela Corte Internacional de Justiça.

---

4. Crimes contra a humanidade são definidos a partir de violações de direitos humanos, conforme consta do conteúdo do próprio Estatuto de Roma, em seu "art. 7º 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental" (BRASIL, 2002).



## 1 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS FIRMADOS POR RÚSSIA E UCRÂNIA

Para determinar a forma pela qual a Rússia pode ser responsabilizada internacionalmente pelas violações de direitos humanos cometidas durante o conflito armado, é necessário elencar os tratados ratificados por ambas as nações e os principais compromissos internacionais com que se comprometeram.

Sendo assim, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos representam para os Estados contrair compromissos uns perante os outros, assim como, em prol da humanidade, e buscam produzir efeitos numa ordem jurídica internacional (PRETI; LÉPORE, 2020). Neste sentido, tendo em vista os ataques proferidos no território ucraniano, frisa-se que, tanto a Ucrânia quanto a Rússia, são signatárias de Tratados Internacionais em conjunto que devem ser seguidos, os quais serão descritos a seguir (OHCHR, 2022).

Primeiramente, Rússia e Ucrânia integram as ONU, sendo a Rússia um de seus membros fundadores (CAMPOS, 2018). Deste modo, diante do compromisso que ambas as nações firmaram com os princípios presentes na Carta de São Francisco, é necessário, nos termos o artigo 1º, que elas se comprometam com a manutenção da paz por meio de medidas coletivas voltadas a evitar ameaças a paz e a reprimir atos de agressão ou outras formas de ruptura da paz, assim como cooperem entre si e com o restante dos países na promoção do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, como também na resolução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural e humanitário como os que estão surgindo em decorrência do conflito armado iniciado em 2022 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDADES, 1945).

Além disso, ambos os países são também signatários dos seguintes tratados internacionais: Protocolo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESC), Convenção contra a Tortura, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que objetivam proteger, de certo modo, os mais vulneráveis (OHCHR, 2022). A seguir serão expostas as principais obrigações contraídas pelos estados ao assinarem esses tratados.

Por meio do Protocolo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) os estados se comprometeram a respeitar o direito à vida, à personalidade, ao livre pensamento, à liberdade, à segurança pessoal, e ao devido processo legal. Bem como, abolir a tortura e a aplicação de penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, prisões arbitrárias (BRASIL, 1992).

Por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESC), os Estados reconhecem que todas as pessoas têm direito a um nível adequado de vida, sendo-lhes garantido o acesso à alimentação, vestimentas e moradia, bem como, o direito ao mais elevado nível de saúde física e mental, educação e cultura (BRASIL, 1992).

Através da Convenção contra a Tortura, os estados se comprometeram a tomar medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza para impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. Assim como, a não proceder à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando



existirem fortes evidências que o indivíduo corre perigo de ser submetido a tortura (BRASIL, 1991).

Já a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, é um instrumento pelo qual os Estados condenam a discriminação racial e se comprometem a adotar todos os meios apropriados para proibir e eliminar a discriminação racial em todas suas formas, garantindo direitos iguais perante a lei, sem distinção de raça, cor, origem nacional ou étnica. Em especial quanto ao gozo de direitos civis e políticos, e a um tratamento igualitário perante tribunais (BRASIL, 1969).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, é um tratado por meio do qual os Estados partes se comprometem a tomar as medidas necessárias para alcançar a igualdade entre homens e mulheres, zelando por iguais condições de trabalho, e acesso igualitário à saúde, educação, atividades recreativas, esportivas e culturais, bem como a condições dignas de vida às mulheres, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, de eletricidade, de abastecimento de água, de transporte e de comunicações (BRASIL, 2002).

Por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança, os estados se comprometem a respeitar o direito à vida, a identidade, ao nome, ao convívio familiar, a educação, ao lazer, à liberdade de expressão e de crença, e a zelar por condições dignas de vida que favoreçam o desenvolvimento físico, mental, espiritual e social da criança. Assim como, comprometem-se a adotar medidas para evitar a transferência ilegal de crianças para o exterior, o abuso, exploração e a violência de qualquer espécie. No que se refere às crianças com deficiência, os estados se comprometem a garantir que estas possam desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade (BRASIL, 1990).

Também por meio destes tratados, em caso de conflito armado, os estados se comprometem a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional no que diz respeito às crianças, de modo que adotarão todas as medidas necessárias a fim de assegurar a proteção e o cuidado com crianças afetadas, bem evitarão o recrutamento nas forças armadas, de pessoas que não tenham completado quinze anos de idade (BRASIL, 1990).

Por meio da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, os estados se comprometem a respeitar a dignidade, a autonomia individual, a liberdade de escolha inerente a todas as pessoas. Ainda, comprometem-se a garantir às pessoas com deficiência, o direito à vida, o acesso à saúde, educação, a liberdade e segurança, proteção à integridade física e mental, liberdade de locomoção, respeito ao lar e a família. Especialmente, em situações de risco e emergência humanitária como é o caso de um conflito armado, os estados-partes devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar a proteção e a segurança das pessoas com deficiência que se encontrarem em situações de risco (BRASIL, 2008).

Mais precisamente no que diz respeito aos conflitos bélicos, Rússia e Ucrânia são signatários das Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais (OHCHR, 2022). As Convenções compõem o núcleo do Direito Internacional Humanitário, ramo do Direito Internacional dedicado a conduzir os conflitos armados buscando limitar seus efeitos, protegendo em especial as pessoas que não participam diretamente na hostilidade como civis, profissionais de saúde e de serviços humanitários e os que deixaram de participar como os soldados feridos, enfermos, náufragos e os prisioneiros de guerra. As convenções trazem ainda medidas a serem adotadas pelos estados para evitar



ou colocar fim às violações do direito humanitário durante um conflito armado (CICV, 2010).

Ambos os estados também assinaram a Convenção sobre certas Armas Convencionais (CCW), mais especificamente, os protocolos, I, II, III, IV, V (OHCHR, 2022). O protocolo I proíbe a utilização de qualquer arma cujo principal efeito seja ferir o corpo humano com estilhaços não localizáveis por meio de raio X (CICV, 1980).

O Protocolo II sobre o Uso de Minas, Armadilhas e Outros Dispositivos de 1980 responsabiliza os estados parte por todos as minas, armadilhas e outros dispositivos que usarem, e proíbe a utilização de minas, armadilha ou outro dispositivo que seja projetado ou que por sua natureza causem danos supérfluos ou sofrimento desnecessário, e proíbe a utilização destas armas contra civis e objetos civis (CICV, 1996).

O Protocolo CCW III sobre Armas Incendiárias de 1980, proíbe a utilização dessas armas contra concentrações de civis, bens civis, florestas e outros tipos de cobertura vegetal (CICV, 1980). O Protocolo IV sobre Armas Laser que provocam cegueira de 1995, proíbe a utilização e a transferência dessas armas a outro estado ou entidades não estatais, bem como obrigado os Estados que utilizarem sistemas laser, a tomarem todas as precauções possíveis para evitar casos cegueira (CICV, 1980).

Por fim, o Protocolo V sobre Remanescentes Explosivos de Guerra de 2003 prevê que ao fim de um conflito armado, as partes signatárias envolvidas deverão tomar todas as medidas nos territórios por elas dominados, para reduzir os riscos representados por resíduos de explosivos de guerra, através de medidas como demarcação, limpeza e remoção de restos de explosivos (CICV, 2003).

Ambos os países também assinaram das Convenções sobre a Proibição de Armas Biológicas de 1972 e sobre a Proibição de Armas Químicas de 1993, as quais complementam as Convenções de Genebra ao impedirem o uso de agentes bacteriológicos, toxinas, gases asfixiantes e tóxicos como arma em conflitos armados (CICV, 2004).

Contudo, somente a Ucrânia ratificou adicionalmente a Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenagem, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sua Destruição de 1997 e Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (OHCHR, 2022).

Note-se que, embora nenhuma das duas nações tenham ratificado a Convenção sobre Bomba de Fragmento de 2008 e o Tratado sobre a Proibição de Armas Nucleares de 2017, ambas possuem o dever de cumprir o tratado geral e as regras consuetudinárias aplicáveis ao uso de qualquer arma ao usá-las (OHCHR, 2022).

Diante do exposto percebe-se que ambos os Estados por meio de tratados de direitos humanos se comprometeram a zelar pela proteção dos direitos humanos no contexto de conflitos armados assim como assumiram o compromisso de agir com o mínimo de civilidade, evitando a utilização de certas armas que causem sofrimento excessivo aos combates e civis envolvidos no conflito.

## **2 DAS CONDUTAS REALIZADAS PELA RÚSSIA NO TERRITÓRIO UCRANIANO E SUA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL**

Em razão dos inúmeros relatos de violações dos direitos reportados no decorrer do conflito entre Rússia e Ucrânia, tendo em vista, a sua extensão, faz-se necessário delimitar o marco temporal para viabilizar a presente pesquisa, sendo, portanto,



compreendido entre fevereiro e julho de 2022, para verificar se as violações e crimes de guerra efetivamente se amoldam aos ilícitos passíveis de responsabilização internacional.

No dia 24 de fevereiro de 2022, a Rússia invadiu a Ucrânia por comboios militares em todas as direções do país, seja por meio da terra, em alto mar ou no ar, sendo, portanto, uma “operação militar especializada” conforme declarado pelo atual Presidente da Rússia, Vladimir Putin, a qual objetivaria, em tese, a desmilitarização da Ucrânia (HODGE, 2022).

Diante disso, em 2 de março de 2022 da Assembleia Geral das Nações Unidas, emitiu uma resolução por meio da qual classificou a agressão da Rússia contra a Ucrânia, iniciada pela denominada “operação militar especial”, como uma violação ao artigo 2º da Carta da ONU (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

O referido artigo dispõe que é dever dos Estados-membros evitar em suas relações internacionais o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, assim como qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

A “operação militar especial”, foi promovida pela Rússia em todo território Ucrâniano, e conforme apurado pela investigação feita pelo Tribunal Penal Internacional, durante a sua realização foram praticadas inúmeras ações tipificadas pelo Estatuto de Roma, como crimes de guerra. Estes crimes também representam graves violações a direitos humanos ratificados pela Rússia, como anteriormente afirmado (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Um desses crimes, foi homicídio doloso praticado por um soldado russo contra um civil, que foi morto com tiro na região da cabeça, somente por estar filmando com o seu próprio celular enquanto passava um comboio de veículos militares na cidade. Esta conduta se enquadra no tipo penal previsto no artigo 8, item 2, alínea a, inciso I do Estatuto de Roma<sup>5</sup> (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2022).

Porém, este não é um fato isolado, o Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos relata que centenas de civis teriam sido mortos por forças russas em situações não relacionadas a combates ativos, e que, desde o dia 15 de maio estão sendo investigadas mais de 300 (trezentas) alegações de assassinatos (OHCHR, 2022).

Contudo, este número pode ser ainda maior, pois, só na cidade de Bucha, foi documentada a morte de mais de 50 (cinquenta) civis, alguns baleados enquanto tentavam deixar a cidade em seus veículos, e outros, torturados e executados sumariamente por serem suspeitos de apoiarem as forças ucranianas (OHCHR, 2022).

No dia 25 de fevereiro de 2022, o hospital clínico regional infantil, referência na cidade de Kharkiv, ficou sem eletricidade após ser atingido aproximadamente vinte vezes por projéteis russos, ocasionando um colapso no hospital. A equipe hospitalar mobilizou-se para que os integrantes internos pudessem se dividir para realizar ventilação manual em pacientes que estavam em situações vulneráveis, para os manter estáveis (NEW DIRECTION, 2022).

O Estatuto de Roma tipifica ataques a hospitais no artigo 8º, item II, alínea “b”, inciso V<sup>6</sup> (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2022), assim também o faz a 1ª

5. Art. 8, 2, a – As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: i) Homicídio doloso” (BRASIL, 1957).

6. Art. 8, 2, b – Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares” (BRASIL, 2002).



Convenções de Genebra no artigo 19<sup>7</sup>, que veda em qualquer circunstância o ataque aos estabelecimentos fixos e as unidades móveis do serviço de saúde.

No dia seguinte, 26 de fevereiro de 2022, um ônibus foi alvejado por forças russas perto da aldeia de *Volokhyi Yar*, levando à morte do motorista responsável, mais dois passageiros e causando ferimentos em mais de dezoito civis. Esta conduta é enquadrada no artigo 8, item 2, alínea b, inciso II do Estatuto de Roma<sup>8</sup>. No mesmo dia, uma ambulância que levava um soldado ucraniano ferido foi bombardeada na cidade de *Kherson*, infringindo o artigo 8º, item 2, alínea “b”, inciso IX do Estatuto de Roma<sup>9</sup> e também o artigo 35 da I Convenção de Genebra<sup>10</sup> (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2022).

Posteriormente, houve reportagens publicadas por Organizações Não Governamentais (ONG's) como *New Direction*, dando conta de outros crimes de guerra cometidos pela Rússia em território ucraniano.

Neste sentido, entre os dias 18 e 20 de fevereiro de 2022, a população da região de *Donbas*, região leste da Ucrânia, foi forçada por agentes da República Popular de *Denetsk* e de *Luhanks*, a deixar a região, por ordens estabelecidas pela Rússia. Esta conduta é proibida pelo artigo 49 da IV Convenção de Genebra<sup>11</sup> e também é tipificada como Crime de Guerra pelo artigo 8º, item 2, alínea b, inciso VII do Estatuto de Roma<sup>12</sup> (NEW DIRECTION, 2022).

Subsequente, no dia 06 de março de 2022, as tropas russas alvejaram contra os corredores humanitários formados na cidade de *Bucha* para evacuar a cidade, matando oito pessoas e ferindo dezenas de pessoas, sendo, uma delas, o prefeito da cidade. Estes atos conforme o artigo 8º, item 2, alínea b, inciso I do Estatuto de Roma<sup>13</sup> são também considerados crimes de guerra (NEW DIRECTION, 2022).

O relatório divulgado pelo Escritório do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos relata também, que, no dia 15 de maio, 62 (sessenta e duas) pessoas que haviam sido presas arbitrariamente pelas tropas russas, muitas das vítimas só foram soltas, pois ocorreu uma troca de prisioneiros de guerra entre a Rússia e Ucrânia, o que se confirmado pode configurar tomada de reféns, que é um crime de guerra previsto no artigo 34, IV na Convenção de Genebra IV (OHCHR, 2022).

7. Artigo 19. Os estabelecimentos fixos e as unidades sanitárias móveis do Serviço de Saúde não poderão, em nenhuma circunstância, ser objeto de ataques, mas deverão ser respeitados e protegidos pelas Partes em luta. Se caírem nas mãos da Parte contrária, poderão continuar a funcionar enquanto a Potência captora não houver assegurado os cuidados necessários aos feridos e enfermos que se acharem nesses estabelecimentos e unidades. As autoridades competentes envidarão esforços no sentido de que os estabelecimentos e as unidades sanitárias aqui mencionados sejam, na medida do possível, localizados de maneira que ataques eventuais contra objetivos militares não constituam perigo para eles” (CICV, 1949).

8. Art. 8, 2, b – Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares” (BRASIL, 2002).

9. Art. 8,2,b, ix – Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares” (BRASIL, 2002).

10. Art. 35 – Os transportes de feridos e enfermos ou de material sanitário serão respeitados e protegidos do mesmo modo que os corpos sanitários móveis. Quando esses transportes ou veículos caírem em poder da Parte adversária, serão submetidos às leis de guerra, contanto que a Parte em luta que os haja capturado se encarregue, em qualquer circunstância, dos feridos e enfermos neles transportados. O pessoal civil e todos os meios de transportes provenientes da requisição serão submetidos às regras gerais do Direito das Gentes” (CICV, 1949).



Em 23 de setembro de 2022, foi publicado um relatório da Comissão Internacional Independente de Inquérito sobre a Ucrânia, criada em março deste ano, a pedido do Conselho de Direitos Humanos (FOLHA, 2022). As investigações se concentraram nas regiões de *Kyiv*, *Chernihiv*, *Kharkiv* e *Sumy*, de onde surgiram as alegações de direitos humanos mais graves. Ao todo, os investigadores visitaram 27 (vinte e sete) cidades e assentamentos, ainda, entrevistaram mais de 150 (cento e cinquenta) vítimas e testemunhas. Também foram verificados locais de destruição, sepulturas, locais de detenção e tortura, bem como restos de armas (NAÇÕES UNIDAS, 2022). De acordo com *Erik Møse*, chefe da Comissão:

Com base nas evidências reunidas até agora durante a existência da Comissão, descobrimos depois de realizar as investigações nessas quatro áreas mencionadas, descobrimos que crimes de guerra foram cometidos na Ucrânia”, disse ele a jornalistas em Genebra (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Os investigadores constataram também, o cometimento de assassinatos, incluindo execuções sumárias de civis por forças armadas russas enquanto controlavam essas áreas no final de fevereiro e março, bem como, execuções brutais que incluem elementos comuns nos corpos como mãos amarradas nas costas, ferimentos de bala na cabeça e gargantas cortadas (VEJA, 2022).

Há relatos também da utilização de armas explosivas sem a distinção entre civis e combatentes em áreas povoadas, bem como de atos de violência sexual inclusive contra crianças (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

O artigo 3º, comum às Convenções de Genebra, determina que, durante um conflito desta natureza, as partes envolvidas têm o dever de preservar a vida dos civis e elenca um rol de condutas que não podem ser praticadas pelos envolvidos no conflito (CICV, 2010).

Porém, caso ocorram graves violações dessa regra, como por exemplo, atos de violência à vida e às pessoas, inclusive, em especial, a prática de assassinatos em qualquer de suas formas, tratamentos cruéis, torturas, mutilação, atentados contra a dignidade humana, tratamentos humilhantes e degradantes, tomada de reféns, condenação e execução de sentenças sem o devido processo legal, tais atos constituem graves violações ao Direito Internacional Humanitário bem como, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo considerados crimes de guerra pelo direito internacional humanitário consuetudinário (HENCKAERTS; DOSWALD-BECK, 2007).

Conforme exposto, muitas dessas ações foram perpetradas pela Rússia no decorrer do conflito e podem ocasionar sua responsabilização em âmbito internacional mesmo que tenham sido cometidas por integrantes das forças armadas conforme determina a norma 149 do Direito Internacional consuetudinário<sup>11</sup> (CNN, 2022).

Portanto, a partir da análise das principais condutas perpetradas pela Rússia durante o marco temporal analisado, verificou-se que, a prática de condutas tipificadas como violações de direitos humanos e crimes de guerra autorizam sua responsabilização internacional.

11. Norma 149. Um Estado é responsável pelas violações do Direito Internacional Humanitário que lhe são atribuídas, incluindo: (a) violações cometidas pelos seus órgãos, incluindo as suas forças armadas; (b) violações cometidas por indivíduos ou agências com competência para exercerem a autoridade governamental; (c) violações cometidas por indivíduos ou grupos que atuem de fato sob suas ordens, direção ou controle; e (d) violações cometidas por grupos particulares com condutas reconhecidas pelo Estado e adotadas como próprias” (HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, 2007).



### 3 A ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA FAZER FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS EM CONTEXTO DE CONFLITO ARMADO

Diante das descrições de condutas praticadas no período de guerra, delimitando o lapso temporal de fevereiro a julho de 2022<sup>12</sup>, tem-se de que é imprescindível a iniciativa de ação internacional que vise proteger as pessoas em face de violações como as narradas, estabelecendo normas e regras a serem seguidas com a possibilidade de responsabilização dos estados que falharam na missão de proteção aos seus cidadãos.

Para que possa contextualizar, insta salientar que o filósofo Norberto Bobbio, reflete que, todo conflito termina ou com a vitória de um dos dois rivais, ou então, com a intervenção de um terceiro, que detém ou não autonomia, devendo ser solucionado pacificamente, sendo necessário a intervenção de um terceiro na qual as partes se submetam (BOBBIO, 2009).

Por isso, a partir da análise, faz-se imprescindível avaliar a importância da ONU que possui como premissa, a garantia da estabilidade nas relações entre diferentes nações do mundo, de modo a evitar conflito e guerra entre países (FOLHA, 2022).

Sendo assim, Norberto Bobbio defende que, o direito realiza a função de dirimir os conflitos de duas maneiras: a primeira, como meio de ação preventiva ou ainda, de forma posterior, como meio de impedir que eles surjam ou partindo do ponto de que já tenham surgido (BOBBIO, 2009).

Inobstante, como meio de pacificar, apresenta e descreve o pacifismo jurídico sobre forma de pacifismo que concebe o processo de formação de uma sociedade internacional, devendo conceber o processo de formação de uma sociedade internacional, na qual os conflitos entre Estados possam ser solucionados sem recorrer em última instância a guerra. (BOBBIO, 2009)

E, ainda, como meio de apresentar o processo de formação para frear qualquer conflito, a estrutura da ONU é constituída por seis órgãos principais, sendo, portanto: Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social, Conselho de Segurança, Conselho de Tutela, Secretariado e a Corte Internacional de Justiça (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Segundo Manuel de Almeida Ribeiro, o Conselho de Segurança é o “principal órgão do dispositivo constitucional destinado a assegurar grandes potências um direito de controle sobre a evolução da organização, bem como, a preponderância no domínio da paz e da segurança internacional” (RIBEIRO, 1998 *apud* XAVIER, 2007). Inclusive, considera-se como o principal órgão do dispositivo constitucional da ONU, por possuir caráter permanente, uma vez que pode se reunir a qualquer tempo, seja por requerimento de um de seus membros ou para discutir alguma questão concreta (XAVIER, 2007).

De acordo com a Carta da ONU, poderão levar uma questão ao Conselho de Segurança: os próprios Estados-membros da ONU sob a alegação de tratar-se de ameaça à paz e a segurança internacional, um Estado não membro que seja parte da controvérsia, desde que aceite como requisito de adesão, as obrigações de empregar soluções pacíficas para resolver o conflito, a Assembleia Geral e o Secretário-Geral (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Sendo assim, o Conselho de Segurança é formado por cinco membros permanentes – Estados Unidos, França, Inglaterra, Rússia e China – e dez membros não

---

12. Em razão da guerra que ainda continua ocorrendo, faz-se necessário delimitar o tempo de período de pesquisa.



permanentes eleitos a cada dois anos pela Assembleia Geral (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Inobstante, a escolha dos membros não permanentes obedece a dois principais critérios: o primeiro, diz respeito à possibilidade de contribuição destes países para a manutenção da paz e da segurança global. O segundo, refere-se ao princípio da igualdade soberana dos Estados materializada por uma repartição geográfica equitativa - três estados africanos, dois estados asiáticos, um estado da Europa ocidental, dois estados da América Latina e dois estados da Europa ocidental (XAVIER, 2007).

Neste viés, os cinco membros permanentes detêm o direito ao veto, sendo este, fator determinante no processo de decisão do Conselho, pois, através dele, qualquer um dos membros permanentes pode impedir uma ação, mesmo que os restantes dos quatorze, tenham votado de forma favorável (XAVIER, 2007).

Neste norte, um dos principais objetivos do Conselho de Segurança é a supremacia do domínio da manutenção da paz e da segurança internacional, exatamente pelo motivo que o artigo 12 da CNU atribui a ele, em detrimento da Assembleia Geral, a competência exclusiva para se manifestar sobre questões que digam respeito a defesa da paz e da segurança coletiva e que estejam sob seu exame, ficando esta última, impedida de se manifestar sobre o tema, enquanto o Conselho o esteja examinando (XAVIER, 2007).

Em situação de crises, o Conselho pode ainda regulamentar os conflitos entre Estados, de modo a favorecer a solução pacífica das controvérsias, servindo de mediador se assim for solicitado por Estado-membro, não membro, pela Assembleia Geral ou pelo Secretário Geral (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Assim como, pode também adotar medidas necessárias para cessar as ameaças à e ruptura da paz ou em casos de agressão, sendo obrigatória nestes três casos a adoção de medidas coercitivas nos termos dos artigos 41 e 42 da Carta da ONU (XAVIER, 2007).

Outra competência importante que é atribuída pela Carta da ONU ao Conselho, é a intervenção direta na admissão, suspensão, expulsão de Estados membros, nomeação do Secretário Geral da ONU e na eleição dos membros do Tribunal Internacional de Justiça (XAVIER, 2007).

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) foi criada em 1945, sedimentada do conceito de órgão jurisdicional capaz de solucionar as controvérsias entre os estados. Sendo, portanto, o principal órgão judicial da ONU em conjunto com os seis principais órgãos (OLIVEIRA, 2016).

A CIJ possui ampla competência, podendo apreciar qualquer tipo de demanda. A competência em razão da matéria (*ratione materiae*), estende-se a todas as matérias que as partes lhe submeterem, assim como todos os assuntos previstos na Carta da ONU e em tratados e convenções em vigor. Podem postular perante a corte (*ratione personae*), somente Estados, sejam eles membros ou não da ONU, de forma geral, podemos dividir a competência da corte em contenciosa e consultiva (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2021).

Neste sentido, a Corte não tem o poder de obrigar os Estados a submeterem suas contendas à Corte, ficando a cargo destes, decidirem se querem ou não, submeter-se à sua jurisdição. Deste modo, cabe aos estados declararem a competência compulsória à Corte para a resolução de disputas referente a interpretação de tratados; questões de direito internacional; disputas sobre a existência de qualquer tipo de fato que venha a significar quebra de obrigação legal; e contestações sobre a natureza e a extensão de reparações a serem pagas devido a quebras legais (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2021).

No entanto, uma vez submetida a questão à Corte, esta emitirá uma sentença, sendo obrigatória somente para os estados que fazem parte do litígio, tal decisão tem



caráter definitivo e inapelável, havendo controvérsia sobre a seu sentido e alcance caberá à Corte interpretá-la a pedido de qualquer das partes (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2021).

Faça-se um adendo, em 2006, após votação por maioria, sendo cento e setenta votos a favor e quatro contrários, a Assembleia Geral da ONU decidiu substituir a Comissão de Direitos Humanos pelo Conselho de Direitos Humanos. Isto porque, houve a necessidade de proporcionar o método mais eficaz e aplicável aos princípios dos Direitos Humanos universalmente reconhecidos, bem como, reafirmar a capacidade da ONU de gerir de forma mais eficaz a paz e a segurança internacional (MAZZUOLI, 2021).

O Conselho de Direitos Humanos institui mecanismos não convencionais de proteção de direitos humanos que continuam em funcionamento até o presente momento. Esses mecanismos são conhecidos por “não convencionais”, significa que não advêm de tratados, contudo, de “resoluções” da Assembleia ou do Conselho Econômico e Social da ONU, que autoriza o monitoramento dos direitos humanos em quaisquer países, sejam eles ou não, Estados-membros da ONU (MAZZUOLI, 2021).

O monitoramento ocorre através de grupos de trabalho e das relatorias temáticas - relatorias especiais – que continuam em funcionamento, analisando os temas de execuções sumárias, tortura, intolerância religiosa, denúncias, podendo receber informações de Governos, Organizações Não Governamentais (ONG) ou da sociedade civil (MAZZUOLI, 2021).

De modo geral, podemos dizer que os mecanismos não convencionais de proteção de direitos humanos têm obtido igual ou maior êxito que os decorrentes de tratados internacionais, seja por permitirem a análise de quaisquer temas de direitos humanos referente a qualquer Estado integrante ou não da ONU, ou ainda, por possibilitarem, por intermédio do Conselho de Direitos Humanos, que se ouça a opinião pública sobre a necessidade da implementação de medidas para o combate de violação dos direitos humanos em determinado Estado (MAZZUOLI, 2021).

Portanto, verifica-se que a ONU possui em sua estrutura organizacional a Corte Internacional de Justiça e o Conselho de Direitos Humanos que são capazes de verificar o cometimento de violações de direitos humanos e responsabilizar o estado agressor. Porém, o único órgão capaz de tomar medidas efetivas para interromper o conflito armado e evitar novas violações de direitos humanos é o Conselho de Segurança, que tem a própria Rússia como membro permanente, podendo vetar medidas em seu desfavor.

#### **4 A MENSURAÇÃO DA EFICÁCIA DOS MECANISMOS INTERNACIONAIS ADOTADOS**

Apresentados os órgãos da composição da ONU, contextualizando o conflito armado da Rússia frente à Ucrânia e os principais tratados internacionais as quais ambas fazem parte com o propósito de selar acordo e a paz, verifica-se que o referido conflito representa grande questão de instabilidade estatal, social e tem refletido em todo o mundo de forma que causa insegurança nas relações internacionais.

Tal fato ainda se torna mais preocupante, visto que a Rússia representa um dos cinco países membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU que detém responsabilidade para garantia da estabilidade internacional, tendo o dever de aprovar ou barrar quaisquer resoluções (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Sendo assim, diante as condutas praticadas no conflito armado no período compreendido entre fevereiro e julho de ano de 2022, o Governo da Ucrânia recorreu à Corte Internacional de Justiça, aceitando sua jurisdição para requerer que determinasse a cessão da operação militar especial russa, uma vez que não haveria nenhum respaldo



legal mediante as alegações para justificar a invasão (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Neste sentido, a Ucrânia solicitou medidas provisórias sob o pretexto de suspensão imediata das operações, uma vez que tinha necessidade urgente de proteger seu povo pelos danos que poderiam tornarem-se irreparáveis, sendo causados pelas medidas militares da Rússia, do deslocamento de mais de um milhão e meio de civis ucranianos, preenchendo todos os requisitos de vulnerabilidade e fragilidade. Uma medida provisória foi concedida pela Corte Internacional de Justiça no dia 16 de março de 2022 (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

A Corte considerou necessária a concessão urgente das medidas provisórias para evitar prejuízos irreparáveis, uma vez que consistia em risco iminente, isto porque, houve descumprimento das Convenções e, por este motivo, proferiu a medida provisória sob o pretexto de que a Rússia deveria imediatamente suspender todas as operações militares especiais que tiveram início no dia 24 de fevereiro, com o objetivo de não agravamento da guerra ou extensão do litígio, sob alegação de genocídio contra populações nas regiões ucranianas de *Donetsk* e *Lugansk* (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

O Conselho de Segurança votou uma resolução exigindo que a Rússia suspendesse imediatamente o ataque a Ucrânia, foram 11 (onze) votos a favor e 2 (duas) abstenções. Contudo, a resolução foi vetada pela Rússia, que utilizou de seu poder de veto para evitar a sua condenação pelas práticas realizadas em território ucraniano. Insta frisar que, a manifestação do veto possui o poder de impedir a adoção de qualquer medida ou projeto de resolução (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

A referida resolução, além da acusação da ameaça ilegal em razão da ruptura da paz e insegurança jurídica, reforçava a importância de manter o compromisso com a soberania, independência, unidade e integridade (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Entretanto, a Rússia se negou a comparecer às audiências da Corte Internacional de Justiça, refutando a competência do Tribunal para retratar-se, uma vez que entendeu que as atitudes cometidas não se enquadravam na Convenção de Genocídio, em que a Ucrânia baseou sua denúncia (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Após a manifestação da Corte Internacional de Justiça, a delegação da Rússia propôs resolução perante o Conselho de Segurança sobre a situação humanitária ocorrida na Ucrânia, exigindo proteção aos civis bem como o acesso de forma livre, como meio de esconder uma campanha de agressão brutal após invasão. Tal resolução restou rejeitada uma vez que se tratava de medida inconcebível por querer justificar a invasão ilegal (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Antes do início da votação, o embaixador da Ucrânia, *Sergiy Kyslytsya*, fez um apelo aos países para que não apoiassem a resolução:

Bucha e dezenas de outras cidades e vilas ucranianas, onde milhares de moradores pacíficos foram mortos, torturados, estuprados, sequestrados e roubados pelo exército russo, servem como um exemplo do quão dramaticamente a Federação Russa se afastou de suas declarações iniciais quanto aos direitos humanos. É por isso que este caso é único e a resposta de hoje é óbvia e autoexplicativa (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Em resposta ao veto da Rússia no Conselho de Segurança, a Assembleia Geral ONU aprovou resolução condenando a Rússia pela invasão à Ucrânia, mediante aprovação de 141 (cento e quarenta e um) Estados, cinco votos contrários e trinta e cinco abstenções (foi atingida com folga a maioria de 2/3 (dois terços) dos votantes) (CNN, 2022).



Desta forma, ainda que o Conselho de Segurança possa impor sanções, imposições e em até alguns casos, utilizar a força de operações aprovadas ONU como último recurso para restauração da paz e segurança, contudo, necessita de decisão aprovada por todos os membros permanentes do Conselho.<sup>13</sup> Apesar de todos os esforços dos demais órgãos da ONU, como já mencionado anteriormente, o único órgão que detém a competência para intervir em situações de crise política ou militar e adotar medidas coercitivas a este respeito é o Conselho de Segurança (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Verifica-se, portanto, ainda que tenham tido tomadas de medidas coletivas altamente eficazes como meio de prevenção e ainda, para afastar as ameaças à paz, reprimindo os atos de agressão e outras violações, mostraram-se impotentes nesse caso (DIGOLIN, 2022). Essa impotência decorre em grande medida do poder de veto da Rússia no Conselho de Segurança, o que compromete eficácia, levando ao questionamento sobre a estrutura da ONU.

Contudo, Norberto Bobbio interpreta o direito ao veto para a algumas grandes potências na qual demonstra que ONU, por mais que seja um grande passo, pode tornar-se uma associação de Estados que não deram origem ao superestado, significa dizer que, são características fundamentais de poder soberano, tornando-se uma problemática, no direito de não reconhecer nenhuma instância superior, pois assim, pode reconhecer como iguais, mas não como superiores, dando origem ao monopólio da força legítima (BOBBIO, 2009).

Norberto Bobbio afirma que o Estatuto da ONU foi inspirado no ideal de cooperação e solidariedade internacional, mas parece deficitário para tratar de conflitos envolvendo os Estados-membros (BOBBIO, 2009).

Nesse sentido, o presidente ucraniano *Volodymyr Zelensky* solicitou à ONU a reforma da estrutura e do sistema utilizado, uma vez que o poder de veto da Rússia no Conselho de Segurança da ONU, ocasionava o “direito de matar, tornando-os escravos silenciosos, ainda, repisando sobre a retomada da força da Carta das Nações Unidas” (CNN, 2022).

Ainda, como meio de ressaltar que as medidas estão sendo pouco ou quase ineficazes frente à Guerra, o Papa Francisco em entrevista, defendeu a reforma da estrutura da ONU, para que ocorra resoluções céleres e eficazes para garantir a segurança integral de todos os direitos diante à Guerra na Ucrânia (G1, 2022).

No final do ano de 2021, a ONU publicou uma nota informando o papel dos mecanismos mandatados pela ONU, a fim de garantir a responsabilização eficiente por violações de direitos humanos nos níveis nacional, regional e internacional. Em nota, afirmou que possui o objetivo de proteção às pessoas, seus direitos e ainda, a eficácia de cada corpo de lei, sendo aplicada de maneira justa (NAÇÕES UNIDAS, 2021).

Ainda, no mesmo texto publicado, ressaltou sobre a importância do mecanismo de investigação para o papel de responsabilização dos Estados, porque registram, analisam e apresentam os fatos. Levou-se em conta que os Estados- membros estavam cientes do potencial assegurar a responsabilização e ainda, garantir justiça para as vítimas, com poder de solicitar a identificação dos violadores (NAÇÕES UNIDAS, 2021).

Consoante ao exposto, nota-se que, os órgãos de responsabilização internacional que integram a ONU como o Conselho de Direitos Humanos e a Corte Internacional de

---

13. Inclusive, a primeira vez que o Conselho de Segurança autorizou o uso de força, foi no ano de 1950, para garantir a retirada das forças norte-coreanas da Coreia do Sul (NAÇÕES UNIDAS, 2022).



Justiça, estão buscando dar respostas segundo as normas internacionais vigentes, inclusive com uma boa dose de urgência (DIGOLIN, 2022).

As medidas provisórias descritas tiveram pouco ou quase nenhum efeito, uma vez que a guerra ainda se mantém, inclusive, com as práticas atentatórias contínuas aos direitos humanos (ILA BRASIL, 2022).

O que se observa é que estas normas internacionais não estão sendo suficientemente eficazes ao desafio imposto pela força bruta aplicada pela Rússia, sendo, portanto, um dos principais desafios enfrentados pelos direitos humanos em tempos contemporâneos, para isso, é imprescindível que se tenha respeito à promoção e preservação dos direitos humanos com a legitimidade do consenso, embora, Rússia detenha o poder de veto (ILA BRASIL, 2022).

E a ineficiência se mostra de forma clara, uma vez que os efeitos da guerra potencializam a vulnerabilidade dos civis, colocando-os em situação de apuros e grave violação das normas de direitos humanos e do direito humanitário (UNICEF, 2022). Nesse sentido, a Alta Comissária da ONU, Michelle Bachelet, ressalta a violação do direito humanitário, definindo as condutas realizadas em território ucraniano como “história de horror de violações contra civis” (NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Deve-se enfatizar que a Guerra está sendo marcada por um número alarmante de pessoas em situação de migração forçada, sendo, aproximadamente, mais de sete milhões de ucranianos refugiados, evidências de assassinatos brutais por tropas russas de milhares de civis, discriminação de africanos e asiáticos, e ainda, crise para as mulheres ucranianas com relatos significantes de violência sexual (OPEB, 2022).

As migrações forçadas de pessoas que tiveram que sair de suas casas no início da guerra, indivíduos que foram obrigados a deixar seu território e migrar para países de fronteiriços, movimentos massivos de pessoas deslocadas, possibilitando que os países próximos ou não, adotassem medidas amparadoras para protegê-los (UNHCR, 2022).

Ainda, em tempos de guerra, o racismo e a violência costumam ser empregados como armas, sendo assim, o conflito afetou as minorias nacionais e étnicas, havendo relatos de que pessoas negras e asiáticas foram expulsas de estabelecimentos de zonas supostamente seguras, para dar lugar às pessoas brancas, selecionando as vidas refugiadas (VEJA, 2022).

Outrossim, houve dezenas de relatos de violência sexual contra as mulheres, relatando que 25 (vinte e cinco) tanto meninas quanto mulheres, entre 12 e 24 anos, foram estupradas durante a ocupação na cidade de *Bucha* (OHCHR, 2022).

A guerra ocasionou instabilidade aos civis, em diversos cenários, tanto na esfera social, como referente à escassez dos elementos mais básicos, o acesso à educação, saúde, alimentação e à moradia (HERB, 2022).

A violação dos direitos humanos tem gerado uma crise humanitária. A ONU estima que o investimento necessário para atender as necessidades básicas das vítimas de guerra, é de U\$ 4,3 bilhões de dólares (CNN, 2022).

Norberto Bobbio argumenta que a política exterior no caso da ONU, deve fazer frente ao perigo no sentido de sobrevivência do Estado que está envolvido no conflito, observando a garantia do direito à sobrevivência e, fazendo prevalecer o direito de liberdade (BOBBIO, 2009).

Neste viés, a jurista e advogada brasileira, Flávia Piovesan afirma que existem desafios da justiça internacional em relação à matéria de direitos humanos, principalmente quanto ao desafio da justiça internacional na tensão entre o direito da força do direito. Sendo assim, a justiça internacional, no que consiste a matéria de direitos humanos,



constitui medida imperativa para o fortalecimento do Estado de Direito, para a construção da paz nas esferas jurídicas. (PIOVESAN, 2015).

A jurista Flávia Piovesan cita Norberto Bobbio e a obra “A Era dos Direitos”, repisando o seguinte:

Como observa Norberto Bobbio, a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”. (PIOVESAN, 2015, p. 74).

Por isso, é preciso que esses sejam cumpridos, ainda que sejam recorridos à força. Não obstante, a ONU apesar de defender ao princípio abstrato, no sentido de que há igualdade em todos os seus membros, veja-se com frequência que inexistente fórmula jurídica, o que por sua vez, são máscaras que escondem os verdadeiros rostos (BOBBIO, 2009).

As condutas supracitadas no decorrer de todo o artigo, desobedecem a ordem jurídica estabelecida pela hierarquia da ONU bem como, suas determinações específicas que determinaram a retirada das tropas russas e enquadrados como crime de guerra previsto no Estatuto de Roma, uma vez que existem valores primordiais que devem ser sempre mantidos e presentes, devendo a Rússia ser penalizada de forma internacional pelas condutas praticadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade pela Rússia contra a Ucrânia, buscou-se verificar se as respostas fornecidas pelos órgãos de responsabilização internacional que integram a ONU, como o Conselho de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça, são eficazes no sentido de punir o Estado violador das normas internacionais e prevenir novas violações.

Tendo em vista os ataques proferidos no território ucraniano, destacou-se os principais tratados internacionais ratificados por ambas as nações envolvidas no conflito, sendo o principal deles a Carta de São Francisco, tratado internacional que deu origem à ONU e que por meio do artigo 1º, obriga os Estados signatários a se comprometerem com a manutenção da paz por meio de medidas coletivas voltadas a evitar ameaças à paz e a reprimir atos de agressão ou outras formas de ruptura da paz, assim como, cooperarem entre si e com o restante dos países, na promoção do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, como também, na resolução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural e humanitário.

Os compromissos assumidos pela Rússia perante a ordem internacional não impediram que ela invadisse a Ucrânia, sendo assim, originou-se o conflito armado cujo desfecho ainda é incerto. Porém, seus atos foram amplamente expostos através de relatórios feitos por organizações internacionais, dentre os quais destacou-se o da Comissão Internacional Independente de Inquérito sobre a Ucrânia, criada em março deste mesmo ano, a pedido do Conselho de Direitos Humanos, cujo conteúdo enumerou diversas violações de direitos humanos, às quais se enquadram como crimes de guerra, sendo: execuções brutais, que incluem elementos comuns nos corpos, mãos amarradas nas costas, ferimentos de bala na cabeça e gargantas cortadas, além disso, vale mencionar sobre os ataques utilizando armas explosivas sem distinção entre civis e áreas



civis, áreas de combate, prisões arbitrárias, violência sexual contra crianças e ataques aos corredores humanitários.

Demonstrou-se que a ONU através de seus órgãos competentes tem buscado frear as ações militares russas no território ucraniano, objetivando responsabilizar a Rússia pela invasão ilegal através de medidas provisórias e aprovação de resoluções. Entretanto, nenhum desses esforços têm se mostrado eficazes para conter o avanço e as violações dos direitos humanos perpetrados pela Rússia, uma vez que a guerra ainda se mantém, inclusive, com as práticas atentatórias contínuas aos direitos humanos.

Conclui-se que, apesar dos órgãos de responsabilização internacional integrantes da ONU buscarem com uma boa dose de urgência a adoção de medidas para conter as ameaças à paz, evitar outras violações que causem prejuízo à Ucrânia, instabilidade jurídica e diversas violações aos direitos humanos, tais medidas não estão tendo eficácia, uma vez que o conflito perdura. Isto porque, a Rússia como membro permanente do Conselho de Segurança e detentora do poder de veto, concentra em si um monopólio de poder legítimo, ocasionando o descrédito dos órgãos da ONU, restando evidente a deficiência da estrutura do Conselho de Segurança.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo B.; SILVA, Geraldo E. do N. **Manual de Direito Internacional Público**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993320/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2009.

BRASIL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Brasília, 06 jul. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/19901994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19901994/d0592.htm). Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes**. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Brasília, 15 fev. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm). Acesso em: 18 set. 2022.



BRASIL. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Decreto n. 65.819, de 8 de dezembro de 1969. Brasília, 08 dez. 1969. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html)>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Decreto n. 4377, de 13 de setembro de 2002. Brasília, 13 set. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Brasília, 21 nov. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/19901994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19901994/d99710.htm)>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Decreto n. 6949, de 25 de agosto de 2009. Brasília, 31 ago. 2008. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. Roma, 17 de jul. 1998. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2022.

CAMPANHA, Marina; SANTOS, Thaís de. **Corte Internacional de Justiça (CIJ): Convenção de**

**Viena sobre Relações Consulares Paraguai vs. Estados Unidos da América (1998)**.

In: RINALDI, Patrícia Nogueira; PINOTTI, Talita de Mello (Orgs.). O futuro que queremos: guia de estudos Facamp Model United Nations 2016. Campinas: Facamp, 2015. p. 223 – 249. Disponível em: [https://famun.com.br/2016/em/wp-content/uploads/2016/05/FAMUN-2016\\_Ebook.pdf](https://famun.com.br/2016/em/wp-content/uploads/2016/05/FAMUN-2016_Ebook.pdf). Acesso em: 11 abr. 2022.

CAMPOS, Mateus. **Organização das Nações Unidas (ONU)**. 2018. Disponível em:

<<https://www.preparaenem.com/geografia/onu.htm>>. Acesso em: 29 out. 2022.

CNN. **Assembleia-Geral da ONU aprova resolução que condena Rússia por invasão à Ucrânia**. 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/assembleia-geral-da-onu-aprova-resolucao-que-condena-a-russia-por-invasao-a-ucrania/>>. Acesso em: 24 set. 2022.

CNN. **Ao invadir Ucrânia, Putin foi contra todo o conceito de direito internacional**. 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/putin-esta-contratodo-o-conceito-de-direito-internacional-entenda/>>. Acesso em: 24 out. 2022.

CNN. **Putin criou crise alimentar global com guerra, diz vice-secretária de Estado dos EUA**. 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/putin-criou->



crise-alimentar-globalcom-guerra-diz-vice-secretaria-de-estado-dos-eua/>. Acesso em: 24 out. 2022.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais**. 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/treatiescustomary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>. Acesso em: 20 set. 2022.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **Protocolo relativo aos estilhaços não localizáveis (Protocolo I às Convenções sobre Certas Armas Convencionais, 1980)**. 1980. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndhd.htm>>. Acesso em: 20 set. 2022.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II to the 1980 CCW Convention as amended on 3 May 1996)**. Protocolo II à CCW. 1996. Disponível em: <<https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=21F4149CD8C96361C12563FB00611D93>>. Acesso em: 19 set. 2022.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **Protocolo sobre a proibição ou limitação do uso de armas incendiárias (Protocolo III às Convenção sobre Certas Armas Convencionais), 1980**. 10 out. 1980. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/treaty/db-treaty-1980-cccw-protocol-3.htm>>. Acesso em: 20 set. 2022.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **Protocolo sobre Armas Laser que causam a Cegueira (Protocolo IV)**. 13 out. 1980. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndh6.htm>>. Acesso em: 20 set. 2022.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **Protocol on Explosive Remnant of War. Protocol V to the 1980 CCW Convention**. Genebra, 28 nov. 2003. Disponível em: <[https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/610#:~:text=The%20Protocol%20on%20Explosiv e%20Remnants,end%20of%20an%20armed%20conflict.](https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/610#:~:text=The%20Protocol%20on%20Explosiv%20Remnants,end%20of%20an%20armed%20conflict.)>. Acesso em: 19 set. 2022.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **Convenção de 1972 sobre a proibição de armas bacteriológicas e sobre sua destruição**. 2004. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5yblc9.htm>>. Acesso em: 22 set. 2022.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. **Convenção de 1993 sobre a Proibição das Armas Químicas e sua Destruição**. 2004. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5yblcz.htm>>. Acesso em: 22 set. 2022.



COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA - CICV. **Convenções de Genebra.** Genebra, 12 de ago. 1949. Disponível em:

<[https://www.google.com/url?](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjEu6T4wfH5AhXMr5UCHVeRAIwQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fshop.icrc.org%2Ficrc%2Fpdf%2Fview%2Fid%2F2491&usg=AOvVaw09ETcu58UeCUe-ruOmgG3t)

[sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjEu6T4wfH5A](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjEu6T4wfH5AhXMr5UCHVeRAIwQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fshop.icrc.org%2Ficrc%2Fpdf%2Fview%2Fid%2F2491&usg=AOvVaw09ETcu58UeCUe-ruOmgG3t)

[hXMr5UCHVeRAIwQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fshop.icrc.org%2Ficrc%2Fpdf%2Fview%2Fid%2F2491&usg=AOvVaw09ETcu58UeCUe-ruOmgG3t](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjEu6T4wfH5AhXMr5UCHVeRAIwQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fshop.icrc.org%2Ficrc%2Fpdf%2Fview%2Fid%2F2491&usg=AOvVaw09ETcu58UeCUe-ruOmgG3t)>. Acesso em: 31 ago. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Registro Verbal de Audiência Pública no caso:**

**Alegações de Genocídio sob a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Ucrânia x Federação Russa).** Palácio da Paz, 29 de março de 2022.

Disponível em: <https://www.icjhttps://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-ORA-01-00-BI.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2022.

DIGOLIN, Kimberly Alves. **A atuação da ONU no conflito entre Rússia e Ucrânia.**

GEDES, UNESP. 2022. Disponível: <<https://gedes-unesp.org/a-atuacao-da-onu-no-conflito-entre-russia-e-ucrania/>>. Acesso em: 25 out. 2022.

ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS

- OHCHR. **Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack:**

24 february - 15 may 2022. ONU, 29 junho de 2022. Disponível em:

<<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-06-29/2022-06UkraineArmedAttack-EN.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

FOLHA UOL. **Comissão da ONU acusa Rússia por crimes de guerra.** 2022. Disponível:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/09/comissao-da-onu-acusa-russia-por-crimes-de-guerrana-ucrania.shtml>>. Acesso em: 24 set. 2022.

GLOBO, G1. **Papa Francisco pede reforma da ONU em novo livro.** 2022. Disponível

em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/10/16/papa-francisco-pede-reforma-da-onu-em-novolivro.ghml>> Acesso em: 17 out. 2022.

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. **Direito internacional humanitário consuetudinário: Volume I: Normas.** Comitê Internacional da Cruz Vermelha, abril de 2007.

Disponível em:

<[https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file\\_plus\\_list/direito\\_internacional\\_humanitario\\_consuetudinario.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/direito_internacional_humanitario_consuetudinario.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2022.

HERB, Jeremy. **Assembleia-Geral da ONU aprova resolução que condena Rússia por invasão à Ucrânia Putin criou crise alimentar global com guerra, diz vice-secretário de Estados dos EUA.** 2022. Disponível

em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/putin-criou-crise-alimentar-globalcom-guerra-diz-vice-secretaria-de-estado-dos-eua/>>. Acesso em: 29 out. 2022.



HODGE, Nathan. **Rússia diz que 1ª fase da guerra na Ucrânia acabou e que avanços pelo país**

**'paralisaram'**. CNN Brasil, 2022. Disponível em:

<<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/russia-diz-que-1a-fase-da-guerra-na-ucrania-acabou-e-que-avancos-pelo-pais-paralisaram>>. Acesso em: 27 abr. 2022.

ILA BRASIL. **As medidas cautelares emitidas pela Corte Internacional de Justiça no caso entre a Ucrânia e Rússia e a Convenção contra Genocídio**. 2022. Disponível em: <<http://ilabrasil.org.br/blog/medidascautelaresucrania/>> Acesso em: 24 out. 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993320/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN News. **A Rússia vetou uma resolução do Conselho de Segurança da ONU**. 2022. Disponível em:

<<https://news.un.org/en/story/2022/02/1112802>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN News. **Corte Internacional de Justiça decide que Rússia deve suspender imediatamente operações na Ucrânia**. 2022. Disponível em:

<<https://news.un.org/pt/story/2022/03/1783052>> Acesso em: 02 jun. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN News. **Assembleia Geral repudia ofensiva militar da Rússia à Ucrânia**. 2 mar. 2022. Disponível em:

<<https://news.un.org/pt/story/2022/03/1781482>>. Acesso em: 28 out. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN News. **Conselho de Segurança rejeita resolução proposta pela Rússia sobre situação humanitária na Ucrânia**. 2022. Disponível em:

<<https://news.un.org/pt/story/2022/03/1783882>>. Acesso em: 24 set. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN News. **TPI define crimes de agressão**. 15 jun. 2010. Disponível em:

<<https://news.un.org/pt/story/2010/06/1346421-tpi-define-crime-de-agressao>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN News. **The role of UN-mandated investigative mechanisms in securing accountability for human rights violations at national, regional and international levels**. 31 ago. 2021. Disponível em:

<<https://www.ohchr.org/en/statements/2021/10/role-un-mandated-investigativemechanisms-securing-accountability-human-rights>>. Acesso em: 24 set. 2022.



NAÇÕES UNIDAS. UN News. **5 coisas sobre a atuação da ONU em conflitos**. 11 abr. 2022. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2022/04/1785762>>. Acesso em: 24 set. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN News. **O que a ONU pode fazer: 5 respostas para suas perguntas**. 07 abr. 2022. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/177026-o-que-onu-pode-fazer-5-respostas-para-suas-perguntas>>. Acesso em: 25 out. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN News. **War crimes have been committed in Ukraine conflict, top UN human rights inquiry reveals**. 23 set. 2022. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2022/09/1127691>>. Acesso em: 25 set. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022 - ES-11/1. Aggression against Ukraine**. 18 mar. 2022. Disponível em: <<https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/36/PDF/N2229336.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 set. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. UN NEWS. **Chefe de Direitos Humanos vê violações e crimes de guerra na Ucrânia**. 2022. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2022/04/1786862>>. Acesso em: 31 ago. 2022.

NEW DIRECTION. **Crimes in Ukraine Committed by The Russian Federation**. 2022. Disponível em: <[https://newdirection.online/ukrainemonitoring/article/crimes\\_in\\_ukraine\\_committed\\_by\\_the\\_russian\\_federation/](https://newdirection.online/ukrainemonitoring/article/crimes_in_ukraine_committed_by_the_russian_federation/)>. Acesso em: 29 ago. 2022.

OBSERVATÓRIO DE POLÍTICA EXTERNA E DA INSERÇÃO INTERNACIONAL DO BRASIL - OPEB. **Violação de Direitos Humanos pela Guerra na Ucrânia alcança patamar da II Guerra Mundial**. 18 de abr. 2022. Disponível em: <<https://opeb.org/2022/04/19/violacao-de-direitos-humanoshttps://opeb.org/2022/04/19/violacao-de-direitos-humanos-pela-guerra-na-ucrania-alcanca-patamar-da-segunda-guerra-mundial/pela-guerra-na-ucrania-alcanca-patamar-da-segunda-guerra-mundial/>>. Acesso: 31 de ago. 2022.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS - OHCHR. **Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack by the Russian Federation**: 24 February - 15 May 2022. Ukraine. 2022. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-06-29/2022-06UkraineArmedAttack-EN.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2022.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves D. **Direitos Humanos**. São Paulo: Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968908/>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://unric.org/pt/wp-content/uploads/sites/9/2009/10/Carta-das-Nações-Unidas.pdf>. Acesso em 17 abr. 2022.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Corte Internacional de Justiça.**

**Alegações de**

**Genocídio sob a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Ucrânia vs. Federação Russa) (Medidas provisórias). Ucrânia v. Federação Russa.**

Presidente: Joan E. DONOGHUE. Haia, 16 de março de 2022. Disponível em:

<<https://www.icj-cij.org/public/files/casereLATED/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>>.

Acesso em: 28 abr. 2022.

PIOVESAN, Flávia C. **Direito humanos: desafios e perspectivas contemporâneas.**

Revisão: TST, Brasília, vol. 75, nº1, jan./mar. 2009.

PIOVESAN, Flávia C. **Direitos humanos e justiça internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeus, interamericano e africano.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Direito Internacional Público e Privado – Vol. 55.** Salvador:

Editora Jus Podivm, 2020. Disponível em:

<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/ff7cc97ec9ffb5935d37b717b3573bd6.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

UNHCR ACNUR. **Um mês após o início da guerra na Ucrânia, quase um quarto do país está deslocada.** 2022. Disponível em:

<<https://www.acnur.org/portugues/2022/03/25/um-mes-apos-o-inicio-da-guerra-na-ucrania-quase-um-quarto-da-populacao-do-pais-esta-deslocada>> Acesso em: 24 out. 2022.

UNICEF. **Guerra na Ucrânia: crianças, adolescentes e suas famílias.** 2022. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/guerra-na-ucrania-representa-ameaca-imediata-para-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 24 out. 2022.

VEJA. **Novo documento coloca luz sobre ‘extensos crimes de guerra’ na Ucrânia.**

2022. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/novo-documento-coloca-luz-sobre-extensos-crimesde-guerra-na-ucrania/>>. Acesso em: 24 out. 2022.

VEJA. **Imigrantes denunciam racismo ao tentar sair da Ucrânia.** 2022. Disponível em:

<<https://veja.abril.com.br/mundo/imigrantes-denunciam-racismo-ao-tentar-sair-da-ucrania/>>. Acesso em: 24 out. 2022.

XAVIER, Ana Isabel. ONU: **A Organização das Nações Unidas.** In: \_\_\_\_\_. A

Organização das Nações Unidas. Coimbra: Humana Global, 2007. p. 17 – 170. Disponível em:

[http://www.dhnet.org.br/abc/onu/onu\\_humana\\_global\\_onu.pdf](http://www.dhnet.org.br/abc/onu/onu_humana_global_onu.pdf). Acesso em: 08 abr. 2022.



## (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Eduardo Correia Dias<sup>1</sup>  
Leandro Gornicki Nunes<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo analisará a (In)Constitucionalidade da Execução Antecipada da Pena no Tribunal do Júri. O tema é importante porque a antecipação do cumprimento da pena privativa de liberdade nos julgamentos perante o Tribunal do Júri fere a presunção de inocência dos acusados prevista na Constituição Federal. O objetivo geral deste artigo é analisar a (in)constitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal do júri. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica, com método dedutivo e aprofundamento explicativo. Como resultado da pesquisa constatou-se que a atual redação do art. 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal trazido pela Lei 13.964/19 é inconstitucional, em razão da ofensa direta ao princípio da presunção de inocência.

**Palavras-chave:** (in) constitucionalidade; execução da pena; tribunal do júri.

**Abstract:** This study will analyze the (un)constitutionality of the anticipated execution of sentence in the Jury's court. The theme is relevant considering that the anticipation of the execution of confinement sentences on the jury court goes against the assumption of innocence provided in the Federal Constitution. The objective of this article is to analyze the (un)constitutionality of the anticipated execution of sentence in the Jury's court. The research has a qualitative approach, of the bibliographic type, with a deductive method and descriptive deepening. As a result of the research, it was found that the current wording of the article 492, I, "e" of the Criminal Procedure Code, brought by the Law 13.964/19 is unconstitutional, for it goes against the assumption of innocence.

**Keywords:** (un) constitutionality; execution of sentence; jury court.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade a análise da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena nos tribunais do júri. Neste sentido, a relevância do tema se apresenta através do conflito direto entre o art. 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.964/2019) e o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal Brasileira, cuja evidente incompatibilidade entre eles é motivo de discussão jurisprudencial até a presente data.

Neste viés, é imperioso compreender a presunção de inocência, a razão pela qual este é um dos pilares da legislação brasileira, de modo a afetar, inclusive, o cenário jurídico-penal face à própria defesa da sociedade. A partir desta acepção, resta solidificado que a inconstitucionalidade do dispositivo supracitado é nada menos que uma afronta a um direito fundamental do acusado, regido por um imperativo constitucional.

Muito embora a matéria tem sido objeto de vigorosos debates pelo Supremo Tribunal Federal (STF), até a presente data não há mudança na ordem jurídica e na aplicação da referida lei. O posicionamento do órgão guardião da Constituição deve ser concretamente baseado nos termos da lei maior, qual seja, a própria Constituição, pois, não o fazendo, consagraria assim uma evidente desídia com a segurança jurídica e o respeito à hierarquia legislativa nacional.

---

1. Estudante da nona série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

2. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor de Direito Penal e Criminologia na Univille. Advogado.



A instituição do Tribunal do Júri é uma forma de atrelar exclusivamente “o povo” como principal julgador de alguns dos delitos mais graves perante a ótica social, quais sejam, aqueles cometidos dolosamente contra a vida e conexos. No Brasil, esta é a única hipótese em que um júri formado por pessoas leigas e, na maioria das vezes, alheias ao universo jurídico, tomará uma decisão e sentenciará no lugar de um juiz togado.

Por conseguinte, haverá sempre as prejudiciais da subjetividade de cada jurado no momento da tomada de sua decisão. Considerando que o corpo do júri é, na maioria das vezes, formado por pessoas de classe média, ocupantes de cargos públicos, instituições de ensino, empresas e bancos, a visão segmentada deste grupo específico terá um peso sobre um indivíduo de outra classe completamente distinta, causando assim uma distorção entre o que é pessoal e o que é legal.

Desta forma, verifica-se que as normas jurídicas nem sempre serão a fundamentação final no momento de sentenciar sobre os fatos ocorridos no caso concreto, mas, sim, aquilo que cada jurado carrega moralmente consigo.

Neste momento, a presunção de inocência se encarregaria de garantir ao acusado uma sentença mais justa, podendo ele recorrer em liberdade daquilo que lhe fora imputado, o que não é totalmente possível nos tribunais do júri, considerando a execução imediata da pena aplicada pelo corpo de jurados - nos casos em que esta for superior a 15 (quinze) anos de reclusão -, mesmo havendo a interposição de recurso, assim como consta expressamente do art. 492, I, “e”, do CPP.

Demonstrar a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena nos tribunais do júri não tem por escopo atacar a formação e/ou necessidade deste órgão, mas, sim, os efeitos provindos da aplicação imediata da decisão tomada. Entender que há uma discrepância entre o que foi instituído e o que é aplicado é basilar para o não surgimento de uma fragilidade jurídica, principalmente considerando a relevância dos crimes que são alvos dessa instituição.

O objetivo deste artigo é contextualizar a presunção de inocência, discorrer sobre os artigos e os temas relacionados com o Código de Processo Penal e a Constituição e, ainda, demonstrar o posicionamento que vem sendo adotado pelos tribunais superiores acerca do tema. Assim, para dar conta dos objetivos da pesquisa, o artigo está estruturado da seguinte maneira: Inicialmente, é esclarecido acerca da presunção de inocência no Brasil. Em seguida, será abordado sobre a instituição do tribunal do júri, o código de processo penal e a jurisprudência. Por fim, será tratada a função punitivista da execução antecipada da pena nos tribunais do júri.

## **1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL**

De início, faz-se necessária uma análise acerca da abordagem principal do tema tratado, qual seja, a importância quanto ao que é imperativo na Constituição federal. Com sua promulgação dada em 1988, a Constituição da República Federativa Brasileira tem como um de seus objetivos ser uma Constituição cidadã. A proteção trazida ao indivíduo é tida como *suprassumo* de todo o contexto jurídico-legal e, como forma de assegurar este desígnio, a carta magna traz então os direitos e garantias fundamentais.

Conforme abrangido pelos entendimentos do jurista e filósofo Hans Kelsen, a necessidade de uma hierarquia das normas tem por base uma organização acerca das próprias normas jurídicas. Com a constituição no topo da pirâmide hierárquica, pode-se então concluir que é ela a norma maior, devendo as que estão abaixo - hierarquicamente falando - obedecê-la, ou, num sentido mais amplo, não a contrariar.



Nas lições de Moraes (2021, p. 37).

Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

Nesse viés, compreende-se a Constituição como a norma máxima de um Estado, sendo esta a regente de todo o ordenamento jurídico. Logo, tudo aquilo que por ela é imposto é tido como regra. Apesar das hipóteses de alteração do texto constitucional, independente dos fatores que originam tal procedimento, a garantia das normas fundamentais é intangível. Tal motivo, impede, portanto, a alteração de dispositivos legais específicos que, em sua maioria, possuem o objetivo de garantir à sociedade como um todo uma maior segurança jurídica, protegendo o que lhes é fundamental.

Por conseguinte, o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) possui um rol de garantias e direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos. Desta forma, tendo em consideração o conteúdo presente neste dispositivo, a própria Constituição impede sua modificação através de emendas, conforme supracitado.

Pode então ser extraído do disposto no artigo 60, § 4º, IV, do mesmo pergaminho legal, que os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de deliberação. Este impedimento possui a definição de cláusula pétrea.

Conforme Sarlet (2012, p. 610):

verificou-se que um dos elementos caracterizadores da fundamentalidade em sentido formal, ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de terem os direitos fundamentais sido erigidos à condição de “cláusula pétrea”, integrando o rol do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Carta Magna, constituindo, portanto, limites materiais à reforma da Constituição. Ora, esta proteção jurídica reforçada, peculiar apenas aos direitos fundamentais e alguns poucos princípios escolhidos pelo Constituinte, não deixa de poder ser considerada um dos efeitos jurídicos gerados pelos direitos fundamentais e, portanto, uma dimensão de sua eficácia.

Por conseguinte, elucidada a importância da Constituição para o ordenamento jurídico, assim como definida a imutabilidade das cláusulas pétreas, é possível adentrar no âmbito da presunção de inocência, um dos princípios considerados como basilares do Direito como norma processual penal. Disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição (1988), “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dentro das garantias fundamentais, este dispositivo tem como foco garantir ao indivíduo que não lhe seja imputada sanção sobre algo não comprovado efetivamente. Esta é a razão pela qual há todo um rito para o processo penal, visto que como resultado por infringir uma norma penal há a aplicação de uma pena, esta podendo atingir um dos direitos individuais mais importantes, a liberdade.

A liberdade possui um amplo significado. Enquanto para alguns, manifesta-se como a capacidade econômica para ir e vir, para outros, mostra-se através da possibilidade de tomar suas próprias decisões nos diferentes campos da vida. No campo jurídico, entretanto, tem-se liberdade como a capacidade de tomar decisões até os limites impostos pelo Estado, neste caso, enquanto não há contrariedade à lei.



Não é possível, portanto, ao considerar um Estado democrático de direito, falar em privação da liberdade de um indivíduo sobre uma condenação ainda não concretizada, do contrário, evidenciar-se-á um retrocesso sob o aspecto social atualmente vivenciado pela nação brasileira.

Primordialmente, o Estado tem o dever de proteger a sociedade como um todo, isto implica a proteção do cidadão em si. Conforme descrito por Moraes (2021, p. 173), “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”.

Logo, por força normativa imutável, a presunção de inocência é claramente definida dentro do texto constitucional, ao enunciar a necessidade de cumprimento integral do devido processo legal antes da aplicação das penas. Portanto, levando em consideração a hierarquia das normas e a impossibilidade de alteração desse dispositivo em específico, é impossível falar em aplicação de contrariedade advinda de norma inferior e/ou posterior.

Ao fazer uma abordagem acerca da presunção de inocência, o qual também é conhecido como o princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, percebe-se então que se trata de um objeto imperativo no âmbito constitucional, mais especificamente previsto no art. 5º, LVII, CRFB/88, afirmando que não poderá haver a consideração de culpa sobre um indivíduo até que se concretize a sentença penal condenatória através do trânsito em julgado.

Conforme afirma Lopes Jr. (2021, p. 251), “(...) se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles”. A necessidade de proteção do cidadão é dever do próprio Estado e, por esta razão, a Constituição de 88 prevê os direitos fundamentais e garante a sua eficácia e soberania perante as leis específicas.

A Constituição brasileira não foi o primeiro documento que registrou a presunção de inocência. Tal dispositivo remete à própria declaração dos direitos do homem e do cidadão, datada de 1789, a qual em seu artigo 9º traz que “todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”.

Em complemento, a própria ONU (Organização das Nações Unidas), através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, traz em seu artigo 11º um texto que não destoa destes acima apresentados e, em termos técnicos, sua abordagem afirma que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”.

É possível extrair que o dispositivo da Constituição brasileira que defende e garante a inocência do acusado até que seja comprovada sua culpa não é exclusivo, mas sim, abrangido universalmente como meio de proteção. A indispensabilidade do devido processo legal é ferramenta essencial para a garantia da presunção de inocência.

## **2 A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI, O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A JURISPRUDÊNCIA**

O tribunal do júri está previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, assim como no art. 74, §1º, do Código de Processo Penal. Quando se trata da execução antecipada da pena, faz-se relevante uma análise acerca da própria instituição do júri, do Código de Processo Penal como instrumento de formalidade processual dos ritos e,



ainda, do entendimento e formas de aplicação utilizados e regidos pela jurisprudência trazida pelos tribunais superiores.

## 2.1 A legalidade e a fragilidade do tribunal do júri

Com origem latina, a palavra “Júri” tem como significado “fazer juramento”, uma clara referência ao rito realizado no momento da prestação de serviço dos jurados, no qual os indivíduos que formarão o conselho de sentença prestam, necessariamente, um juramento perante a lei, conforme está previsto no art. 472 do Código de Processo Penal. Afinal, o Tribunal do Júri nada mais é que a voz da sociedade sendo externada, com o juiz togado apenas garantindo a celeridade do rito e a aplicação da decisão tomada conforme o veredicto do conselho.

Nas palavras de Nucci (2021, p. 179), “O júri constitui o direito individual de participação no Poder Judiciário, de forma ativa, compondo Conselho de Sentença apto a deliberar sobre casos concretos”. Como tal, o conselho de sentença é formado por 7 representantes da sociedade, escolhidos dentre 25 dos presentes no momento do sorteio, de acordo com o que define o art. 447 do Código de Processo Penal.

Não havendo a objetividade no critério de escolha dos jurados, a característica acima descrita acaba sendo abraçada pelo molde do “cidadão de bem, com bons costumes”. No que se refere à moral do indivíduo, a única avaliação possível acerca de seu comportamento seria a verificação de condenações criminais anteriores, visto que elas são passíveis de comprovação eficaz de fatos ocorridos. Logo, em sua maioria, os representantes trazidos na lista de juradas não contemplam pessoas de “toda a sociedade”, mas, sim, trata-se de pessoas de classe média, ocupantes de cargos públicos, instituições de ensino, empresas, bancos, etc.

Em contraponto, a maioria dos acusados nos tribunais do júri são indivíduos que vivem às margens da sociedade, em sua maioria pessoas que vivem na linha da pobreza, com baixo grau de escolaridade e pouco acesso às necessidades básicas previstas constitucionalmente e que deveriam ser garantidas pelo Estado. Portanto, ao imaginar uma classe julgando a outra, é impossível caracterizar uma sentença justa e com base na lei.

Conforme trazido por Rangel (2018, p. 85):

É fator psicológico que um indivíduo, ao julgar o outro, observa-o de cima para baixo em um polo social como que mais elevado, razão pela qual o magistrado, quando interroga um empresário, ou um profissional liberal, trata-o de forma diferente daquilo que faz com um torneiro mecânico, mesmo que o crime de ambos seja um homicídio.

Afinal, as decisões tomadas por um magistrado devem ser compostas pela devida fundamentação, para só então possuir validade jurídica. Com o conselho de sentença, o princípio da soberania dos veredictos garante que a decisão tomada por este não necessite de um embasamento, pois é de convicção pessoal a determinação que os leva a decidir acerca dos fatos e materialidade ocorridos. Portanto, as apreciações tomadas pelos jurados serão sempre enraizadas sob bases subjetivas, como religião, cor, orientação sexual e, como na maioria das vezes, abrangidas por cunhos ideológicos e classistas.

A ausência de motivação traz a liberdade para a disparidade entre o que realmente ocorreu e o que está sendo sentenciado. As tomadas de decisões podem ser de acordo com a convicção e intuição de cada julgador, logo, são decisões expressas de formas



irracionais. A desigualdade social é um dos grandes males da sociedade moderna, e, até o presente momento, não foi e não há previsão de ser saneada. Haverá então um julgador de classe alta, tomando uma decisão infundada e com base em preconceitos que decidirá sobre o futuro de um indivíduo de classe baixa, socialmente inferior a si. O olhar de superioridade e o egocentrismo tomam conta e acabam sendo trazidos à tona no momento de decidir. A soberania deste veredicto completamente envenenado por preceitos infundados será o destino de um acusado que não obteve a chance de um julgamento justo e livre de motivações pessoais.

## **2.2 Dispositivos legais e a jurisprudência**

O dispositivo legal que dispõe acerca do processo penal, promulgado em 1941 através do decreto-lei 3.689, é o atual Código de Processo Penal vigente no âmbito jurídico brasileiro. Considerando que a Constituição brasileira é posterior ao referido decreto lei, a continuidade deste código é possível devido a não necessidade de completa revogação do texto legal ali presente, restando sua vigência em consonância com a carta magna, ou, assim devendo ser.

Ato de conhecimento público, a aplicação das penas cominadas em relação aos crimes trazidos pelo Código Penal brasileiro tem como objetivo punir o indivíduo, ressocializá-lo e, servindo também, como uma prevenção geral. Não adentrando no mérito de cada objetivo, faz-se necessária uma breve análise sobre a mais severas das sanções trazidas pela lei, a privativa de liberdade. Nas palavras de Rossetto (2014, p. 118), “A pena privativa de liberdade é a sanção mais severa porque ‘atinge o homem em sua totalidade, sua honra, seu patrimônio, sua liberdade e suas futuras oportunidades no seio social’”.

Por este entendimento, a pena privativa de liberdade é aquela que mais atinge o indivíduo, tanto pessoal quanto socialmente, razão pela qual ela necessita de toda a fundamentação legal que comprove a necessidade de sua aplicação, assim como lhe seja garantido todos os meios de defesa antes de ser efetivamente cumprida. Neste sentido, entra então como defesa do acusado a presunção de inocência, a qual impede a aplicação da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por 7 votos a 4, em conhecer e prover o pedido realizado, o qual atacava a decisão proferida anteriormente que confirmava a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, pois esta afirmava que não havia contrariedade ao princípio constitucional da presunção de inocência. Sob égide do entendimento majoritário do órgão defensor da Constituição, entendeu-se por afastar a execução antecipada da pena, consagrando assim o que já restava imperioso na carta magna, a necessidade de exaurir todos os meios de defesa e configurar o trânsito em julgado de sentença condenatória antes do cumprimento da pena.

No ano de 2016, apesar da jurisprudência há anos consolidada, fora aplicada a execução da pena em segundo grau, sob fundamento de não haver mais tratativas acerca dos fatos, tanto quanto não haver a aplicação do efeito suspensivo em sede de recursos especiais e extraordinários. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, decidiu então pela constitucionalidade da execução da pena em 2º grau, ou seja, em grau de apelação. Confirmando os fundamentos do juiz a quo, o fato de haver a possibilidade da interposição de recursos especiais ou extraordinários, no teor dos votos que se tornaram maioria, não ensejaria em afronta ao princípio de inocência, pois



conforme o embasamento exposto, não se trataria mais de matérias de fato/materialidade, mas sim de matérias formais do direito em si.

Percebe-se, porém, a fragilidade no julgamento do tema à época, isto nas palavras do Ministro Celso de Mello - cujo voto foi vencido -, ao final de seu voto no Habeas Corpus em questão (2016, p. 95):

Lamento, Senhores Ministros, registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado.

Entretanto, a partir do julgamento do referido tema, tendo sido então proferida a uniformização para julgamentos no território nacional, a aplicação e execução da pena antes do trânsito em julgado passou a fazer parte do cotidiano jurídico, gerando então uma instabilidade e insegurança legal, visto que um dos princípios que norteiam e garantem a proteção ao cidadão frente ao autoritarismo estatal passou a ser relativizado de forma esdrúxula e em completa contraposição constitucional.

Pouco tempo após, em 2019, o mesmo órgão julgador procede então à análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54 em uníssono, as quais tinham por objeto o art. 283 do Código de Processo Penal, que em seu texto afirma que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”.

Em redação clara, o dispositivo alinha-se com a presunção de inocência - que nesse deturpado período desde o julgamento do HC 126.292 fora relativizada -, para então confirmar a necessidade do devido e estrito processo legal, garantindo que não haja a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, restaria novamente a aplicação do que já era sabido, a soberania da presunção de inocência e da não compatibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado.

Nos ensinamentos de Nunes (2022), uma das funções essenciais da jurisprudência e seus precedentes é garantir a legalidade penal. Neste seguimento, quando houver inconstitucionalidade partida de lei, deve a jurisdição penal realizar o controle de constitucionalidade repressivo, em conformidade às regras previstas na Constituição, afastando assim a aplicabilidade da lei contrária, considerando que nenhuma lei ou decisão pode violar o texto constitucional. Ainda nas palavras de Nunes (2022, p. 176), “concebida a Constituição de Direito como *supremacy clause*, nem mesmo uma decisão judicial - seja qual for a instância - ou a vontade da maioria, representada no parlamento, poderá modificá-la”.

Por conseguinte, entende-se que as leis devem seguir os ditames da Constituição, assim como a jurisprudência deve uniformizar as leis e realizar o controle delas, em especial o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, visto que são os órgãos que geram e uniformizam a aplicação das leis vigentes, tendo o dever de garantir a supremacia da Constituição Federal.

### 2.3 O Código de Processo Penal e o pacote anticrime

Ainda no ano de 2019, foi promulgada a lei 13.964/19, também conhecida por “pacote anticrime”, que passou a ter vigência no ano de 2020. Em suas disposições, alterou em essência o art. 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal.



Anteriormente, limitando-se às prisões preventivas e cautelares, a execução das prisões antes do trânsito em julgado agora se torna objeto de lei, trazendo então uma clara afronta à própria Constituição brasileira, assim como ao que já fora decidido pelo STF.

O Código de Processo Penal define em seu art. 312 que a prisão preventiva poderá ser decretada como meio de garantir a ordem pública, econômica e ou por conveniência para a instrução criminal. Portanto, toda e qualquer prisão cautelar só pode ser decretada através de uma decisão judicial que possua fundamento. Até mesmo a prisão em flagrante necessita de uma análise por parte do juiz togado, o qual manterá a prisão ou a relaxará, após avaliação direta com base nos termos legais. Conforme explica Lopes Jr. (2021, p. 252), “As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”.

Portanto, não se entende as prisões preventivas como um cumprimento de pena condenatória por parte do executado, mas sim como uma garantia do desenvolvimento do processo penal, o qual necessita ser idôneo e independente de interferências externas durante o seu curso. O que não pode ser confundido com a execução antecipada da pena, que exime o acusado, sem a devida fundamentação e necessidade, da liberdade que possui, o acometendo ao cumprimento da pena sobre acusação não definitivamente comprovada, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Nos termos da redação trazida pela lei 13.964/19, o art. 492, inciso I, alínea “e” agora há a previsão da prisão de um acusado se este for condenado à pena superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinando que cumpra provisoriamente a pena imposta. Imperioso retomar a supremacia da Constituição, assim como a função jurisprudencial das decisões definidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Tendo sido assentada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal nas ADCs 43,44 e 54, não resta dúvida quanto à necessidade do trânsito em julgado para que possa ser executada a pena.

Acerca da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado, as palavras de Lopes Jr. (2021, p. 251):

É inconstitucional, pois não se reveste de caráter cautelar e não foi recepcionada pelo art. 283 do CPP, além de violar a presunção de inocência ao tratar alguém de forma análoga à de um condenado, antes do trânsito em julgado. Neste sentido, após uma oscilação de entendimento inaugurada pelo julgamento (errôneo) do HC 126.292 em 2016, o STF julgou procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, em 2019, que tinham por objeto o art. 283 do CPP. Com isso, a execução antecipada não foi recepcionada pela Constituição.

Por conseguinte, a redação trazida pelo pacote anticrime para o artigo supracitado é inteiramente inconstitucional. Não há como coexistir normas legais que se contrapõem e, nos casos em que esta mutação legal se apresentar, é dever dos defensores da Constituição garantir a supremacia desta, declarando então a inconstitucionalidade da norma inferior e contrária.

Nos casos dos tribunais do júri, a aplicação e a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado é decorrente do princípio da soberania dos veredictos. Este princípio é o que garante a soberania daquilo que o júri decide ao analisar o caso. Conforme Campos (2018, p. 8), “a soberania dos veredictos é endereçada ao juiz presidente a quem é vedado contrariar a decisão dos jurados, sentenciando de maneira diversa ao deliberado por eles.”. Desta forma, a execução imediata da pena cominada



através da deliberação do conselho de sentença tem como fundamento que esta é soberana, não sendo passível de alteração.

Entretanto, esta é uma interpretação errônea, visto que o devido processo legal garante a interposição de recursos e de revisão da sentença, não estando a decisão de primeiro grau, até mesmo a proferida pelo júri soberano, definida como sentença final ao caso concreto. Assim, a soberania dos veredictos interpretada como suficiente para execução antecipada da pena é inteiramente contrária ao princípio da presunção de inocência, assim como faz contrariedade ao art. 283 da Constituição, já declarado constitucional.

Por fim, por se tratar de um tema de grande ambiguidade, há atualmente em curso o julgamento do RE 1235340, o qual pretende uniformizar a constitucionalidade da execução antecipada da pena nos tribunais do Júri. Ante todo o exposto, resta evidente a inconstitucionalidade do ato, tanto em uma visão interpretativa quanto em uma visão literal dos textos Constitucionais.

### **3 A FUNÇÃO PUNITIVISTA DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NOS TRIBUNAIS DO JÚRI**

#### **3.1 O populismo punitivo**

Em busca do etéreo idealismo de defesa social, vê-se uma sociedade cada vez mais antagonista aos próprios direitos fundamentais e sociais paulatinamente conquistados em seu favor. Esta compreensão é perceptível ao passo que a população, em sua maioria, busca não mais os meios de ressocializar ou recuperar os indivíduos que por algum motivo incidiram em algum delito, mas sim a punição mais severa possível, como forma de enxergar uma suposta justiça.

Tal enfrentamento pode ter sido desencadeado pelo desdém estatal ao longo dos anos. A sociedade cada vez mais desamparada busca refúgio na crença de estar fazendo justiça, entendendo que assim há uma evolução ou retribuição sobre aquilo que lhe afeta objetivamente. Como ensinado por Aristóteles (por volta de 300 a.C.) apud CAEIRO, (2017, p. 101), “parece para alguns que a justiça é simplesmente retaliação, tal como disseram os pitagóricos. Eles definiram o sentido de justiça como sendo simplesmente fazer alguém passar pelo sofrimento que infligiu a outrem.”.

É neste viés que se encontra a busca populista pelo punitivismo atual. O desejo de ver a punição mais severa sendo aplicada se apresenta como o remédio apaziguador para as dores sociais causadas por uma cultura de descontentamento. A falta de conhecimento jurídico implica também neste contexto, pois a não compreensão do sistema legal afeta a visão de justiça, fazendo-os crer que a impunidade é cotidiana.

O tribunal do júri, como representação direta da população no meio jurídico, traz consigo o entendimento moral desta. É sabido que um dos princípios que regem o sistema judiciário é a imparcialidade. O julgador tem o dever de impor a lei e somente a lei, não cabendo interpor sobre suas decisões as interpretações pessoais e sentimentais que carrega consigo, sob risco de afastamento de sua própria função, que é a aplicação da lei.

O mesmo não pode ser dito do conselho de sentença dos tribunais do júri. Legalmente, os jurados devem decidir conforme sua consciência, através daquilo que lhes for apresentado durante a sessão de julgamento. Assim, ouvidos os fatos, a acusação e a defesa, resta aos jurados a decisão final sobre o caso em pauta. Reitera-se que não há



aqui uma crítica acerca da instituição do tribunal do júri, mas sim dos efeitos jurídicos que advém dela, pela sua desconformidade com a própria Constituição.

Considerando que os crimes trazidos para julgamento pelo tribunal do júri são crimes considerados de maior potencial ofensivo, tem-se ainda a influência midiática incidindo sobre os ombros daqueles que compõem o júri. Casos emblemáticos que geram uma maior comoção social, como os casos da Boate Kiss, Suzane von Richthofen e Eliza Samudio, acabam trazendo uma maior sede de vingança, influenciando então os jurados a decidir com base em sua própria moral. Isto não só em casos conhecidos nacionalmente, como também casos locais, como o que foi conhecido como o caso das “bruxas de Guaratuba”. Todos eles possuem um grande apelo midiático e muitas vezes sensacionalistas, nublando então a decisão final com conceitos subjetivos e morais que atrapalham o devido julgamento.

Não há então como dizer que as decisões tomadas pelo conselho de sentença sejam sempre adequadas, pois pelo apelo social punitivista haverá sempre a interferência moral de cada um pesando sobre sua decisão. É por este sentido que, mais do que nunca, os direitos fundamentais devem se sobrepor como meio de garantia para cada indivíduo, neste caso, especificamente, o *in dubio pro reo*.

### 3.2 O pacote anticrime como política do pão e circo

A “política do pão e circo” é a crítica acerca do desconhecimento e falta de informação da população da época (por volta de 100 a.C. e 27 a.C. - império Romano). Naquele período, não havia interesse por assuntos políticos, pois o que os mantinha era a alimentação e o divertimento. Os líderes utilizavam disso para manter a população satisfeita, enquanto essa, por sua vez, mantinha-se obediente, sem questionar o poderio.

A redação dada pelo art. 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, nada mais é do que um aproveitamento da vontade da massa como forma de popularidade política. A revolta social ao redor das punições é utilizada então como forma de ganhar apoio da população, a qual se vê satisfeita com uma lei mais rigorosa. Ainda, a rivalidade política entre diferentes partidos e posicionamentos também serviu como pauta para a criação da referida lei.

Desde o golpe de 2016, aplicado à então Presidente da República Dilma Rousseff, o cenário jurídico e político brasileiro se encontra extremamente fragilizado, em todo um contexto nacional. A desinformação como forma de arma resulta então na rivalidade interna que afeta a população e o direito de maneira geral.

É neste cenário que se manifesta Mascaro (2018, p. 81):

A luta contra o golpe de 2016 não pode ser o pleito pela restauração fantasiosa ou sebastianista de 1988, mas a efetiva superação de uma sociabilidade capitalista, consorciada entre setores burgueses nacionais e internacionais, que tem o autoritarismo como marca patente na administração política, jurídica e institucional de suas próprias contradições insolúveis, porque estruturais.

Sobre o aspecto jurisprudencial, o próprio Supremo Tribunal Federal vinha decidindo acerca da execução antecipada da pena, quando em 2019 firmou seu entendimento sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, concretizando assim a necessidade do trânsito em julgado ser anterior à aplicação da pena.

Em que pese o efeito vinculante das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a este o poder legislativo é imune em sua integralidade, podendo propor e aprovar lei



contrária ao que fora pacificado pelo próprio STF, em respeito à separação dos poderes. Entretanto, é visível a afronta trazida pelo texto legal do pacote anticrime contra as decisões firmadas pelo órgão defensor da Constituição. Um ataque direto ao Supremo, uma forma de criar popularidade no meio social - atendendo aos anseios de punição - e, por fim, um resultado contrário à própria lei e às próprias garantias individuais.

Assim se firmou o pacote anticrime, enraizado em jogos políticos com interesses subjetivos, trazendo legalidade ao ato da execução antecipada da pena nos tribunais do júri e resultando na inconstitucionalidade completa da aplicação da sentença, contrariando tanto o art. 283 do CPP quanto a presunção de inocência, prevista constitucionalmente no art. 5º, LVII da Constituição.

### **3.3 A execução da pena no caso boate Kiss**

Em um dos casos que mais chocaram o país, está o incêndio da Boate Kiss, ocorrido no ano de 2013. O caso foi levado à júri no ano de 2021, tomando vários dias de sessões, visto a necessidade de oitiva de diversas pessoas envolvidas no caso, dentre os quais, incluíam-se os acusados, os sobreviventes do incêndio e os familiares das vítimas falecidas durante o fatídico caso.

Sendo um dos júris mais aguardados do país, o caso Boate Kiss foi emblemático não só em seu julgamento, como também na execução da sentença aplicada. Ao fim do julgamento, decidiu-se então pela condenação dos acusados à pena de reclusão, com sentença definida pelo corpo de jurados e aplicada pelo juiz presidente da sessão.

A defesa havia apresentado habeas corpus preventivo com o intuito de impedir o cumprimento imediato da pena, o qual fora acolhido e provido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Todavia, em atendimento ao pedido do Ministério Público, o presidente do STF, Luiz Fux, sustou a decisão proferida pelo Tribunal do TJRS, a fim de que os acusados iniciassem imediatamente o cumprimento da pena.

Sob claro interesse e entendimento pessoal, a decisão proferida pelo Ministro contraria até mesmo a decisão da maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal. Havendo ainda que ser decidido pelo órgão acerca da execução antecipada da pena no tribunal do júri, no caso em tela a supressão do habeas corpus com base em preceitos infundados atinge não somente as decisões anteriores do STF, como atinge também a égide da segurança jurídica, em especial o habeas corpus, visto que afronta diretamente a aplicação da lei e da jurisprudência.

## **PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

A escolha do tema surgiu com o inconformismo da aplicação de uma lei inconstitucional no Tribunal do Júri, este tendo sido instigado no decorrer do curso, assim como por experiência prática vivida em contato direto com o tribunal do júri através de um estágio. É necessária a reflexão acerca dos perigos do afastamento dos direitos individuais na sociedade, assim como o risco para com a democracia.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Marconi e Lakatos (2022, p. 303), é uma pesquisa que “desenvolve-se numa situação natural, oferecendo riqueza de dados descritivos, bem como focalizando a realidade de forma complexa e contextualizada”. Desta forma, a reflexão e a explicação são uns dos pilares principais da pesquisa. De forma subjetiva, analisou-se toda a tratativa do tema, com reflexões sob o viés jurídico e os reflexos sociais pautados na atualidade.



Por esta visão, Henriques e Medeiros (2017) ponderam que o Direito, ao estudar os fenômenos sociais, expressam a sociedade de modo geral e não sujeitos em particular. Analisando a referida expressão, tem-se que a pesquisa qualitativa se molda durante o percurso da investigação, permitindo haver um aprofundamento sobre as aplicações e as normas da ciência jurídica.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, tendo como base as referências sobre o assunto pautadas em livros, jornais, publicações, internet e outros meios de comunicação que possam agregar ao conteúdo da pesquisa. Neste sentido, conforme Nunes e Lozada (2020, p. 158), a pesquisa “propicia o exame de um tema para que o pesquisador construa um enfoque ou abordagem nova sobre ele, com o objetivo de chegar a conclusões inovadoras e que componham a sua gama conceitual”.

Ainda, a pesquisa baseia-se na modalidade documental, a qual, segundo Lakatos (2021, p. 49) “é feita com base em textos, como livros, artigos científicos, ensaios críticos, dicionários, enciclopédias, jornais, revistas, resenhas, resumos”. Fica por entendido que os documentos que acompanham a pesquisa podem ser elucidativos e, assim, demonstram a relevância e a atualidade do tema trazido.

O método, sendo dedutivo, pressupõe que o conhecimento verdadeiro só é obtido através da razão. Para Lozada e Nunes (2019, p. 149) “o raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas e, por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, chegar a uma conclusão”. Desta forma, o texto se norteia sob uma busca qualitativa, tentando sempre manter uma construção e conexão lógica, com o anseio de trazer argumentos sempre sólidos e plausíveis.

A pesquisa é explicativa, pois mostra as relações causais entre as variáveis. Heerdt e Leonel (2007, p. 66) enfatizam que esse nível de pesquisa possibilita a explicação, a razão e o porquê das coisas. Neste viés, o objeto em estudo é atendido claramente pelo aprofundamento explicativo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a realização deste estudo, foi possível verificar a presença de um conflito constitucional com relação ao tema, visto que ao permitir a execução antecipada da pena nos casos de sentença não transitada em julgado, há uma brecha legal e jurisprudencial que invalida toda a presunção de inocência a favor do acusado.

A presunção de inocência é uma conquista da sociedade. Por muito tempo, historicamente relembrando, os direitos individuais foram deixados de lado, vigorando uma justiça inquisitiva e punitivista que levava em consideração os interesses daqueles que detinham o maior controle de poder. Em contraponto, a evolução humana trouxe consigo uma preocupação maior com a proteção do indivíduo, já que não era mais cabível aceitar as políticas condenatórias da antiguidade como pilares do mundo moderno.

A redação trazida pela Lei 13.964/19 ao art. 492, inciso I e alínea “e” do Código de Processo Penal, traz também consigo uma afronta a um dos direitos fundamentais conquistados pela sociedade. Mascarado como a resposta para o aumento da criminalidade, o pacote anticrime não combate a fragilidade do sistema jurídico brasileiro, mas sim ataca diretamente a democracia como um todo.

A condenação penal deve ser o último ato imposto ao acusado, e por esta razão a jurisdição brasileira garante o devido processo legal a todos. A gravidade de uma condenação injusta é imensurável, privar um indivíduo de sua liberdade é privá-lo de viver, o afastando de seu bem mais precioso. Por esta razão, a Constituição e o próprio



Código de Processo Penal são taxativos ao descrever a necessidade do trânsito penal condenatório anterior ao cumprimento da sentença.

O populismo punitivo é um grande empecilho na luta pelas garantias fundamentais do homem. O descontentamento social com as políticas de segurança pública criou uma cultura negativa com relação aos direitos individuais, buscando-se não mais uma reforma estrutural e um afago social, mas sim uma condenação cada vez mais imediata e mais severa.

Como meio de garantia da democracia e dos direitos individuais da sociedade, é impossível abarcar na legislação brasileira uma Lei que fere escancaradamente os princípios constitucionais. O uso do anseio social por políticas punitivistas como meio de ascender politicamente é estritamente uma afronta aos interesses democráticos brasileiros, o qual se mantendo, acarreta o risco de desestruturar todo o sistema jurídico penal brasileiro. Apesar da consolidação do pacote anticrime, é dever do Supremo Tribunal Federal zelar pela proteção da Constituição e da democracia, reconhecendo a completa inconstitucionalidade da redação trazida ao art. 492, I, "e".

Por fim, compreende-se que a redação trazida pela Lei 13.964/19 ao artigo 492, inciso I e alínea "e" do Código de Processo Penal é inconstitucional, visto que é uma ofensa direta ao direito fundamental da presunção de inocência, já que o direito ao devido processo legal não pode ser relativizado. Não é cabível ao legislativo particionar o que é trazido pela Constituição, definindo o afastamento de um direito individual com base no órgão julgador ou pelo tempo de condenação definido na sentença. A fragilidade do julgamento realizado pelo tribunal do júri, por si só, deve garantir ainda mais o direito à defesa do acusado, não podendo abreviar o processo penal condenando o acusado ao cumprimento de uma pena que sequer lhe foi concretamente atribuída.

Para o melhor aproveitamento e conhecimento acerca do tema, recomenda-se leituras complementares de livros, artigos científicos e pesquisas sobre a questão trazida, a fim de agregar de forma aprofundada os tópicos e as informações encontradas nesta pesquisa científica.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Coleção fora de série - ética a nicômaco**. 2ª ed. Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977467/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). "**Declaração universal dos direitos humanos**"(217[III]A) Paris. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 08 abr. 2022.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, Versalhes, França: Assembleia Nacional Constituinte Francesa, ano 1789, 26 ago. 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 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: 12 abr. 2022.



BRASIL. **Decreto-lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 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: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. **Pacote anticrime**. Diário Oficial da União, Brasília, 29 de abril de 2021. 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: 01 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 43, 44 e 54**. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292/SP**. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.078/MG**. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CAMPOS, Walfredo C. **Tribunal do júri - teoria e prática**. 6ª ed. Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017724/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

GLOBO, Memória. **Incêndio da boate kiss**. G1: Globo, 28 out. 2021. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/incendio-da-boate-kiss/noticia/incendio-da-boate-kiss.ghtml>. Acesso em: 2 abr. 2022.

HEERDT, Mauri Luiz; LEONEL, Vilson. **Metodologia científica e da pesquisa**. 5ª ed. Unisul. Virtual. 2007. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22112/1/fulltext.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2022.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João B. **Metodologia científica da pesquisa jurídica**. 9ª ed. Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Direito processual penal**. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

LAKATOS, Eva M. **Fundamentos de metodologia científica**. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026580/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

LIMA, Daniela. **Hans Kelsen: breve incursão biográfica e literária**. Âmbito Jurídico,



1.Nov.2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-82/hans-kelsen-breve-incursao-biografica-e-literaria/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina da S. **Metodologia científica**. Grupo A, 2019. disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595029576/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

MARCONI; Marina de A.; LAKATOS, Eva M. **Metodologia científica**. Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770670/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018.

MORAES, Alexandre D. **Direito constitucional**. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Processo penal e execução penal - esquemas & sistemas**. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993153/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

NUNES, Leandro Gornicki. **Os limites da jurisprudência na jurisdição penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol 188. ano 30. p. 163-194. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.88].

OKA, Mateus. **Pão e circo**. Todo Estudo. Disponível em: <https://www.todoestudo.com.br/historia/pao-e-circo>. Acesso em: 23 abr. 2022.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri - visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6ª ed. Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016598/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

ROSSETTO, Enio L. **Teoria e aplicação da pena**. Grupo GEN, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Editora Livraria do Advogado, 2012.



## CONTRAPONTO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Julia Freire Paiva Alves<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo geral analisar os possíveis contrapontos entre o direito ao esquecimento e a Constituição Federal; como objetivos específicos, iremos compreender o conceito do direito ao esquecimento, do direito à liberdade de expressão e do direito à personalidade e apresentar alguns estudos de caso. O direito ao esquecimento surgiu em 1890, após a publicação de um artigo sobre privacidade, escrito por Warren e Brandeis e originando o termo 'right to be let alone'. Ganhando, com isso, grande notoriedade e protagonizando debates cada vez mais presentes na justiça brasileira. O crescente avanço tecnológico e das redes sociais, nos quais tornam o acesso e a distribuição da informação mais rápidos e fáceis, obstando o direito de ser esquecido e assim conflitando dois direitos fundamentais da nossa Constituição Federal, o direito da personalidade e o direito à informação, consequentemente restringindo sua atuação. Em certos aspectos, o direito de ser esquecido é harmônico com normas que concernem à personalidade e desarmonioso com a liberdade de expressão. O exemplo desta contraposição está presente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ e no Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário Nº 1.010.606/RJ. Por não termos uma hierarquia de direitos fundamentais, é necessário que cada caso seja analisado individualmente. Portanto, utiliza-se da metodologia de análise dedutiva, pesquisa bibliográfica e documental, analisando o tema, por meio de jurisprudência, de artigos científicos, de doutrinas e de reportagens.

**Palavras-chave:** Direito ao esquecimento. Direito Fundamentais. STJ e STF.

**Abstract:** The general objective of this article is to analyze the possible counterpoints between the right to be forgotten and the Federal Constitution; as specific objectives, we will understand the concept of the right to be forgotten, the right to freedom of expression and the right to personality and present some case studies. The right to be forgotten emerged in 1890, after the publication of an article on privacy, written by Warren and Brandeis and originating the term 'right to be let alone'. Gaining, with this, great notoriety and leading debates that are increasingly present in Brazilian justice. The growing technological advancement and social networks, which make access and distribution of information faster and easier, preventing the right to be forgotten and thus conflicting two fundamental rights of our Federal Constitution, the right of personality and the right to information, consequently restricting its performance. In certain respects, the right to be forgotten is harmonious with norms concerning personality and disharmonious with freedom of expression. The example of this contrast is present in the decisions of the Supreme Court of Justice in Special Appeals 1,334,097/RJ and 1,335,153/RJ and in the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal Nº 1,010,606/RJ. As we do not have a hierarchy of fundamental rights, it is necessary that each case be analyzed individually. Therefore, it uses the methodology of deductive analysis, bibliographical and documental research, analyzing the theme, through jurisprudence, scientific articles, doctrines and reports.

**Keywords:** Right to be forgotten. Fundamental Law. Decision of the STJ and STF.

### INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento “é aquele direito das pessoas físicas de fazer com que a informação sobre elas seja borrada depois de um período de tempo determinado” (TERWANGNE, 2012, p. 54). Este termo é muito associado à expressão *right to be let alone*, empregada inicialmente em 1890 por Warren e Brandeis, porém vem se intensificando com o surgimento e o crescimento da internet. Como se sabe, a memória digital é quase infalível, podendo reter informações por anos e sendo difícil de ser controlado e apagado.

1. Julia Freire Paiva Alves, Graduada do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco no primeiro semestre de 2022. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0250565484342938>, endereço eletrônico: [juliafpalves@outlook.com](mailto:juliafpalves@outlook.com) – (81) 99946-1704.



Este direito apresenta benefícios e malefícios no ordenamento jurídico. Alguns dos malefícios seria o embate constitucional com a liberdade de expressão, mais especificamente a de imprensa, pela importância de informar fatos de relevância social; por outro lado, os benefícios ao direito da personalidade do indivíduo, da privacidade, da honra e da intimidade da pessoa e família.

Vale destacar também que as informações, as quais foram esquecidas com o passar do tempo, são recordadas nesta era virtual e nos noticiários trazendo consigo os sentimentos e as lembranças, para as vítimas, os familiares e os atuentes que já se responsabilizaram pelos seus atos. É o que afirma Ferreira (2014, p. 10): “Atos praticados ou sofridos no passado não devem reverberar perpétua e incondicionalmente, minando uma renovação natural no ciclo da vida de qualquer cidadão.” Com isso, dificultando que os indivíduos sigam em frente.

Inclusive, percebe-se que na justiça o direito ao esquecimento ganha espaço nos tribunais do Brasil e do mundo, assim como nos tribunais apresentam-se dois importantes casos conhecidos como “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, os quais serão abordados neste artigo.

Assim, para analisar possíveis contrapontos entre o direito ao esquecimento e a Constituição Federal na presente pesquisa, iremos utilizar o método de pesquisa hipotético dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, fazendo uso de livros, revistas científicas e artigos.

## 1 O QUE É DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento surgiu com o uso da expressão ‘*right to be let alone*’ em um artigo sobre privacidade escrito por Warren e Brandeis (1890), o qual tratava do surgimento de novos direitos, a partir das mudanças sociais, políticas e econômicas. Este direito a ser esquecido vem ganhando grande notoriedade devido ao avanço tecnológico, que se torna mais presente na sociedade e no cotidiano. Com tanta tecnologia, tem-se tornado mais fácil o acesso às informações e a circulação de dados pessoais, que são facilmente armazenados e acessados a qualquer momento. Inclusive, a divulgação de casos passados pode reacender feridas antigas, muitas vezes até superadas, por conseguinte, reativando a sociedade para um assunto que já se fez presente (COSTA JUNIOR, 2007, p. 16).

Diante disso, pode-se conceituar, como Zschaber (2019, p. 95) afirma, o “[...] direito que toda pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verdadeiro, seja eternamente exposto na sociedade, causando danos e sofrimento à pessoa a quem é atribuído”. Este direito visa possibilitar uma reabilitação ao condenado, cujos atos praticados sejam esquecidos e não julgados novamente, assim como o direito das vítimas, familiares e inocentados no sentido de seguirem em frente com suas vidas.

Para Pires e Freitas,

Direito ao esquecimento tem sido abordado como uma espécie de defesa para proteger o indivíduo da invasão de privacidade pelas mídias sociais, blogs, provedores de conteúdo ou buscadores de informações, especialmente em relação a fatos públicos referentes ao passado do indivíduo (2013, p. 157).

Compreende-se que a passagem do tempo possibilita alterações, que intervêm na manifestação desse direito, assim como nos diz Mendes e Branco que:



Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES; COELHO; BRANCO, 2012, p. 374).

Inclusive, uma normativa de suma importância para o direito do esquecimento foi o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), no ano de 2013. Ele validou o direito ao esquecimento, pois o corpo do texto do enunciado traz que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. O intuito central do enunciado é tutelar a existência privada de cada sujeito, fazendo juntamente que casos passados jamais venham intervir no presente, mesmo que aquela difusão seja realizada por meio do próprio sujeito.

O desembargador federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, em entrevista, fala que:

No campo criminal, a reabilitação apaga completamente os efeitos do crime cometido. Mas no mundo dos fatos, não se pode negar que o evento ocorreu. Quando o crime foi de repercussão midiática, ainda mais difícil se torna a solução. Muitas vezes o fato ganha repercussão de tal monta que se torna parte da história ou ainda inspira produção literária e cinematográfica. Os provedores de pesquisa na internet poderiam, por exemplo, bloquear a menção ao nome de Ronald Biggs quando a busca demanda a frase “assalto ao trem pagador”? O nome do coronel Ubiratan Guimarães, que restou absolvido e hoje é falecido, poderia ser suprimido das matérias jornalísticas a respeito do julgamento, dias atrás, de outros policiais pelo chamado “massacre do Carandiru”? Os réus condenados na ação principal atinente ao furto ao Banco Central, em Fortaleza, após dois anos do cumprimento da pena, poderiam pleitear a retirada de seus nomes de toda a sociedade da informação, quando até mesmo um filme com atores consagrados nacionalmente foi feito a respeito do episódio? A resposta, evidentemente, seria negativa. Nessas hipóteses, o direito à informação e à preservação da história deve ter a primazia em relação ao resguardo da imagem dos envolvidos, pois não se trata de fatos atinentes à privacidade ou à vida íntima.<sup>2</sup>

Da mesma forma, para o desembargador, o emprego do citado direito caberia também aos fatos da existência privada e fatos históricos no que afeta a particularidade do sujeito e sua relação de resguardo com sua imagem e privacidade.

## **2 CONFLITOS ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Ao longo deste capítulo, será realizada a conceituação de dois direitos fundamentais presentes no artigo 5º da nossa Constituição da República Federativa do Brasil, que são os direitos da personalidade, que dá direito à liberdade de expressão. Além disso, serão debatidos os pontos nos quais o direito ao esquecimento é favorável ou desfavorável perante a Constituição.

Vale destacar também serão abordados casos concretos de nossa justiça brasileira, analisando as decisões e quais são suas influências no direito do esquecimento.

---

2. <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao#:~:text=O%20Enunciado%20531%20diz%20que,%C3%A0%20dignidade%20da%20pessoa%20hu>



## 2.1 Direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem

Inicialmente, é importante destacar a privacidade como um elemento essencial do debate na medida em que tem-se direito de escolher manter privados certos aspectos da vida e preservar a imagem e honra. Logo, a Carta Magna em seu artigo 5º, inciso X, estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Desta forma, a proteção prevista pela constituição estende-se tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas, contemplando, até a demanda da proteção da imagem e honra em vista aos mecanismos de comunicação em massa.

Além disso, destaca-se, no Código Civil de 2002, dez artigos referentes ao direito da personalidade, os quais versam sobre direitos à integridade física, o direito ao nome, a proteção à honra, à imagem e à privacidade.

Dos direitos citados nos artigos acima, entende-se a privacidade como um complexo de informações sobre a pessoa, que cabe a ela decidir manter somente para si ou compartilhar.

Pode-se usar como exemplo, os ensinamentos de Anderson Schreiber, em relação a importância de preservação da intimidade de cada indivíduo.

[...] a proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano. Tratava-se, em essência, de um direito à intimidade. É visível, nesse primeiro momento da privacidade, uma forte influência do modelo proprietário: “não se entra na propriedade, não se entra na vida privada”. Do mesmo modo que o direito à propriedade permitia repelir o esbulho dos bens materiais, a privacidade permitia afastar a interferência alheia sobre a vida íntima de cada um. Em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima. Deve abranger também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais. Mais sutil, mas não menos perigosa que a intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa, é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva, no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um site qualquer da internet. O uso inadequado desses dados pessoais pode gerar diversos prejuízos ao seu titular (SCHREIBER, 2013, p. 135 - 136).

A intimidade, muitas vezes, pode ser considerada sinônimo de privacidade. Vale destacar que em nossa Constituição apresenta uma diferenciação em relação à intimidade e à personalidade. Conforme Dotti (*apud* SILVA, 2016, p. 207), a intimidade compõe: “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Nesta lógica, abrange a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência, o segredo profissional e também a honra e a imagem dos sujeitos.

Deste modo, o direito à honra é essencial inclusive às pessoas falecidas, pois até que ele se encontre sem vida, a sua recordação se prolongará no tempo, sendo assim digna de cuidado pelos legitimados, que procuraram preservá-las em concordância com o entendimento mais próximo do que um dia foi a honra para o *de cujus*. Como aponta Schreiber:

O direito à honra assume posição especial nesse contexto. A íntima coligação entre a reputação dos diversos integrantes de uma família faz com que, para além do direito de protegerem, nos termos do art. 12 do Código Civil, a honra do morto, os seus parentes acabem, algumas vezes, pessoalmente atingidos pelas ofensas pós- tuntas ao falecido. Não se trata de voltar ao tema da “honra coletiva”,



tutelando-se a honra da família em si, como entidade supraindividual. O que se quer destacar é que os próprios familiares, em sua individualidade, podem sofrer, cada qual em uma medida, violação a seu direito à honra pela ofensa perpetrada contra um parente já falecido. Ressalte-se que a efetiva violação à honra de cada familiar deve ser perquirida no caso concreto, à luz da relação que o vinculava à pessoa ofendida. Nem se trata, aliás, de hipótese restrita à ofensa praticada contra pessoas falecidas: a violação à honra de um pai vivo pode repercutir diretamente sobre a honra do filho, fazendo nascer pretensão fundada em direito próprio. Do mesmo modo, aquele que ataca indevidamente a fidelidade de um homem ou de uma mulher pode causar dano à honra do cônjuge, ostentando este último o direito próprio de obter a cessação e a reparação da lesão sofrida. Em síntese: a especial conexão entre a reputação de certos indivíduos no meio social (em especial, cônjuges, companheiros e familiares) pode resultar em que a ofensa praticada contra a honra de uma pessoa acabe por gerar, também, violação à honra individual de outra pessoa, que passa a ostentar direito próprio de ver cessada e reparada a sua lesão (SCHREIBER, 2014, p. 103).

Portanto, a preservação dos direitos fundamentais associados à personalidade torna-se importante, visto que há mais disseminação de informação, por causa de um crescimento dos recursos de comunicação, que não validam alguns dos direitos fundamentais ligados à personalidade. Como abordado por Cinara Palhares:

[...] a esfera privada é constantemente invadida pelos meios de comunicação, sujeitando os indivíduos até mesmo a informações indesejadas, como é o caso dos Spams, do telemarketing, das propagandas enganosas e abusivas, dos programas sensacionalistas ou violentos, dentre outras formas que poderíamos imaginar, deve-se reforçar a importância da proteção aos direitos da personalidade ligados à proteção da vida privada (PALHARES, 2008, p. 46).

Em virtude dos fatos mencionados, com os direitos da personalidade, o propósito de assegurar-lhes um amparo não deve dificultar as garantias alheias (sem examinar os fatos), de modo que os indivíduos não possam demonstrar sua liberdade de expressão.

## **2.2 Direito à liberdade de expressão e à informação**

Verifica-se principalmente que a comunicação está com acesso cada vez mais rápido, facilitando o diálogo na sociedade ou notícias nacionais e internacionais, graças à tecnologia.

Ainda convém lembrar que a liberdade de expressar pensamentos, ideias e informar são direitos igualmente assegurados e presentes nos incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo 5º e também os artigos 220 a 224 da Constituição da República Federativa Brasileira, compreendendo este direito como uma forma de criação, expressão e manifestação dos seus pensamentos e a organização dos meios de comunicação. Segundo Mendes e Branco (2013, p. 263), a liberdade de expressão: “[...] é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”.

Além disso, este direito ganhou força e credibilidade como direito fundamental, a partir das revoluções liberais, sua introdução se deu na Inglaterra, em 1695, e, subsequentemente, nos Estados Unidos da América, o qual se empenhou em levantar a bandeira pelos direitos da liberdade de expressão, por isso, com a Constituição dos Estados Unidos da América aprovada, este direito ganhou atributos fundamentais com a primeira emenda, ocorrida em 1791.



Por outro lado, a liberdade de expressão foi consagrada mundialmente por meio das convenções internacionais. Dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, aprovada pelo Convênio Europeu em Roma e o Pacto de San José da Costa Rica de 1969. No Brasil, as primeiras indicações sobre o tema aparecem na Constituição de 1824 e na Constituição Republicana de 1891.

Apesar de resguardado constitucionalmente como direito único, o direito à liberdade de expressão se divide em liberdade à manifestação do pensamento (de opinião e de ideias), direito à informação (liberdade de informar, de informar-se e de ser informado) e liberdade de imprensa (informação jornalística).

A autonomia de pensamento é um bem jurídico protegido à medida em que o sujeito concorde em expressá-las, pois, visto que esteja no seu racional e fora do poder social, não existirá como regularizar senão acontecendo uma restrição no mundo irreal, o qual não se torna primordial nestas circunstâncias.

De acordo com Castanha de Carvalho (1999), a relevância de conservar o valor imparcial da informação está presente na:

[...] função social de disseminar o conhecimento humano para pôr em ordem a sociedade, ou seja, ministrar aos membros da sociedade o mesmo conhecimento a fim de torná-los mais iguais no saber, mais próximos uns dos outros, mais aptos a tomar decisões e para que uns aproveitem e compartilhem o saber dos outros. Além dessa justificação social, a informação tem outra função política de grande monta. Em um sistema democrático, onde o poder político repousa no povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, sobreleva a necessidade de cada membro do povo fazer opções políticas sobre a vida nacional [...] (CASTANHA DE CARVALHO, 1999, p. 52 – 53).

Ainda sobre o direito da informação, encontra-se o direito de ser informado, que segundo Cunha Júnior corresponde:

[...] à faculdade de ser mantido completa e adequadamente informado. Esse direito, entretanto, na ordem constitucional brasileira, como ressalta Vidal Serrano Nunes Júnior, é restrito aos assuntos ligados às atividades do poder público. Com efeito, prevê o inciso XXXIII do art. 5º que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 650).

Por outro lado, o direito de se informar atinge qualquer sujeito, sem nenhum obstáculo. Este direito é certificado na base do Estado Democrático de Direito é assegurado pelo artigo 5º, XIV, o qual indica que: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Ainda em relação ao direito de informar, temos dois aspectos fundamentais por apresentar uma informação e difundir em massa. Logo, o constituinte observou este direito ao desenvolver o artigo 220, caput, da Constituição Federal de 1988, que define: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

É necessário destacar, sobretudo, que os doutrinadores qualificam nossa sociedade como sendo a sociedade da informação, a qual significa que a imprensa está associada a todo meio de comunicação. Para Costa Garcia (2003, p. 276): “[...] a imprensa hoje significa informação, jornalismo, independentemente do processo que o



gerou, preponderando a atividade e não o meio empregado para divulgá-la: jornais, revistas, televisão, rádio, internet”.

É importante destacar que, desde o final dos anos 80, com o avanço tecnológico, os meios de comunicação não são regulados pela Constituição de 1988. Desta forma, o legislador deverá cuidar de regular estes vários sistemas de comunicação social, pois, segundo Malheiro:

[...] evidente que diversos direitos assumiram novas feições, situação essa que também pode ser constatada quando da análise da liberdade de expressão. Deveras, o papel da Web 2.06 deixa essa constatação ainda mais evidente, pois, de meros telespectadores, os usuários passaram a produzir informações (MALHEIRO, 2018, p. 134).

Em virtude dos fatos mencionados, com a falta de abrangência por parte da nossa constituição aos avanços tecnológicos trazidos, encontra-se justamente uma ausência de amparo em relação ao direito ao esquecimento. Por isso, podemos salientar a existência de um choque entre o direito à liberdade de expressão e o direito da personalidade, que conseguiu destaque atualmente como informa Villa Bôas:

Nos últimos anos o conflito entre liberdade de expressão e intimidade tem despertado, no Brasil, grande interesse da doutrina jurídica, dos meios de comunicação e da sociedade em geral, especialmente a respeito dos limites a que a imprensa estaria submetida ao noticiar certos fatos, afetos à vida privada, do cidadão comum e de determinadas pessoas públicas (VILLA BÔAS, 2014, p. 59).

Dado exposto, serão abordadas decisões, que trataram do direito ao esquecimento e com foco justamente neste conflito entre liberdade de expressão e personalidade, mostrando-se um direito conhecido por poucos e ainda muito debatido. Além disso, veremos que cada caso deve ser analisado individualmente.

## **2.3 Aplicação do Direito ao esquecimento no Brasil**

No Brasil, há dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual trazem em sua abordagem o pedido ao direito ao esquecimento e apresentam alguns aspectos semelhantes. Os dois utilizam de decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, também foram julgados pela Quarta Turma do Tribunal e ambos tratam sobre reportagens do programa *Linha Direta Justiça*, da Rede Globo. Os casos diferem, nos seguintes fatos: em um dos casos, foi concedido, pelo Tribunal de Justiça Fluminense, a indenização; no outro caso, não; em um dos julgados, foi pleiteado pela família da vítima; e, no outro, é solicitado por um sujeito acusado indevidamente. Distingue-se também, porque, em um deles, a votação foi unânime e, no outro julgado, houve divergência; um dos casos recorreu ao STF, e o outro, não.

### **2.3.1 Chacina da Candelária**

Dentre os casos apresentados acima, temos o que ficou conhecido como Chacina da Candelária. Ocorreu na Igreja da Nossa Senhora da Candelária, localizada na região central da cidade do Rio de Janeiro, em um dos templos católicos mais famosos do Brasil, onde foi vivenciado um dos crimes mais bárbaros já vivenciados no país: na noite do dia 23 de julho de 1993, quando mais de 50 crianças e adolescentes dormiam nas redondezas, um grupo de indivíduos encapuzados abrem fogo contra elas, deixando um total de oito pessoas mortas, sendo seis delas menores de 18 anos.



Devido a vários protestos nacionais e internacionais alcançados pela chacina, apressadamente as autoridades competentes executaram apurações acerca do caso, baseadas, sobretudo, em testemunhos dos sobreviventes. As denúncias ocorreram no envolvimento de nove homens elencados no massacre: oito agentes militares, dos quais três foram condenados, e um serralheiro, Jurandir Gomes de França.

Após ficar mais de três anos detido, Jurandir foi isento de forma integral pelo Tribunal do Júri, em dezembro de 1996. Porém, a TV Globo em sucessão da transmissão do *Linha Direta Justiça* que, ao restabelecer a Chacina da Candelária, ligou seu nome e sua imagem ao massacre. O requerido foi procurado pela estação de TV para permitir entrevista ao programa, entretanto rejeitou-se a fazê-lo, mostrou total desinteresse no uso de sua imagem. Ainda assim, o episódio em que acabou sendo retratado como um dos envolvidos na chacina foi ao ar em 27 de julho de 2006. Embora contendo a observação de ter sido inocentado, Jurandir ficou lesado pela sua exposição em rede nacional, visto que foi trazido a público, um incidente do passado por ele já esquecido, assim dando início à ação que resultou no recurso especial.

Diante da violação de sua imagem e invasão de seu ambiente privado sem anterior consentimento, o Sr. Jurandir entrou com uma ação de indenização sobre a emissora, procurando um reembolso pelos danos morais sofridos. Na primeira instância, seus requisitos vieram a ser julgados incongruentes ao alegar que a reportagem da imprensa só conseguiria almejar reparação se existir dolo, o que não existe e nem pode existir se as circunstâncias levadas a público eram reais e vieram a ser noticiados precisamente e como aconteceu.

Compreensão esta que foi rejeitada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos autos da Apelação Cível de nº 2008.001.48862 (Processo originário de no. 0029569-97.2007.8.19.0001), que reparou a sentença, punindo o apelado, Globo Comunicações e Participações S/A, ao pagamento do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ao apelante, o Sr. Jurandir.

Observou-se que, no caso, a Rede Globo invadiu o anonimato de um sujeito esquecido, e esquecido, sobretudo, por ter sido inocentado, divergindo do seu interesse de assim continuar, com o objetivo de ganhar com um episódio histórico, que sinceramente conseguiria ter sido exposto sem a divulgação de seu nome verdadeiro.

No seu voto, o Relator, Desembargador Eduardo Gusmão Aves de Brito Neto, disse que:

[...] Não há como negar, com efeito, que certos episódios históricos são, ao final, bem como seus participantes, insuscetíveis de serem esquecidos. São fatos que se prendem à própria essência de um povo ou marcaram de forma indelével a história, que a seu turno há de ser recontada para a formação da identidade cultural do país. Não há, por exemplo, como falar da história americana sem mencionar o assassinato de Kennedy em novembro de 1963 por um homem chamado Lee Oswald. Tampouco é razoável supor a impossibilidade de lançar no esquecimento as circunstâncias que levaram à morte de Euclides da Cunha e mais tarde seu próprio filho. Como Capitu e Bentinho, são todas estas pessoas reféns de um momento em que saíram do anonimato e entraram na história. Todavia, contra esta regra devem ser erguidas necessárias barreiras de proteção ao cidadão. Assim, por exemplo, não se justifica o retorno ao passado com a divulgação de nomes dos envolvidos se o réu foi absolvido e o episódio, embora marcante e hediondo, possa ser contado sem a revelação de sua presente identidade. Porque ao lado do direito coletivo de conhecer os fatos do passado, há também aquele inerente à dignidade da pessoa humana, de não ter a existência sacrificada por um erro judiciário ou pela notoriedade que o episódio



involuntariamente conquistou. Penso que esta seja a hipótese dos autos. O crime da Candelária teve os seus culpados e estes foram condenados. Quem queira recontar a estória, que o faça preservando o anonimato daqueles que foram absolvidos. Estes têm o direito de serem esquecidos, nada justificando o sacrifício de sua própria vida, além da tomada daqueles anos durante os quais tramitou o processo. [...] (BRASIL, 2008).

Ficou esclarecido no voto do Desembargador que, embora o direito à informação tenha função de notoriedade no atual sistema jurídico, este não é absoluto, identificando limites também no fundamental princípio da dignidade da pessoa humana.

Estes acontecimentos se tornaram relevantes e compõem a singular identidade cultural da nação, precisando ser recontados com o objetivo de que se compreenda a história daquele país. Contudo, há que se defender a personalidade daqueles que vieram a ser inocentados. Constatase, atualmente, que a informação acabou de ser apenas um direito e tornou-se empregada como uma atividade lucrativa, em que esquece o direito à privacidade do sujeito objeto da informação, em procura do capital que a esta notícia produzirá com quem a divulga.

Por isso, há que se impor limites ao direito de informação, acarretando uma conciliação com os direitos consecutivos da privacidade do indivíduo, considerando-se as características do caso concreto para se ratificar qual direito predomina no contexto.

### **2.3.2 Aída Curi**

Outro caso tratado é o de Aída Jacob Curi, filha de imigrantes sírios, nasceu em Belo Horizonte, em dezembro de 1939. Na noite de 14 de julho de 1958, foi encontrada morta na Avenida Atlântica, próxima à Rua Miguel Lemos, no bairro de Copacabana, na zona sul do Rio de Janeiro. Apesar de muitas dúvidas acerca do caso, entenderam que a jovem fora jogada do 12ª andar do Edifício Rio-Nobre, situado no nº 3.388, da Avenida Atlântica, para onde teria sido levada à convite de Ronaldo Guilherme de Souza Castro, de 19 anos, o menor de idade Cássio Murilo Ferreira da Silva, filho do síndico do edifício, e Antônio João de Souza, porteiro do prédio, que estariam acompanhando Ronaldo. Detalhes sobre o caso podem ser encontrados na obra “Aída Curi - A jovem heroína de Copacabana”, de Maurício Curi (1960).

O julgamento foi muito conturbado e acompanhado de perto pela imprensa e população. O porteiro foi absolvido no segundo julgamento; Ronaldo foi condenado, em seu terceiro julgamento; e o filho do síndico não foi submetido a julgamento, por ser menor de idade, tendo respondido a uma legislação especial.

Este processo tornou-se nacionalmente famoso, surgindo vários livros e reportagens sobre o caso. No dia 29 de abril de 2004, quase meio século após o falecimento da vítima, o programa *Linha Direta Justiça* concedeu um episódio à morte da jovem, acontecimento que proporcionou a interposição da ação de reparação por danos morais, materiais e à imagem pelos seus quatro irmãos, em face da TV Globo.

Na primeira instância, os requisitos dos requerentes vieram a ser julgados improcedentes pelo juízo de direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, estando a sentença mantida em grau de apelação, os dois embargos de declaração opostos foram negados. Subsequente, aconteceram os recursos especial e extraordinário. No recurso especial considerado, argumenta-se relativo ao mérito, que a exibição do programa manchou o intitulado direito ao esquecimento quanto à calamidade a qual aconteceu à família Curi na década de 1950.



A sentença foi sustentada na Segunda Instância, favorecendo a intervenção de Recurso Especial para o STJ, o qual foi decidido por a Quarta Turma que constatou que a liberdade de imprensa se depara com algumas limitações, como:

[...] (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*) [...] (Recurso Especial 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012).

O julgamento deste recurso demonstrou divergências de entendimento e interpretação sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informação, os quais necessitam ser analisados desde a nova realidade social, de informações em massa, surgimento da internet e redes sociais, em que se chocam cotidianamente com o advento de novos direitos descendentes da proteção da dignidade da pessoa humana.

Deve ser levado em reflexão o dever com a história da sociedade, classificada como patrimônio imaterial, o qual se unem as circunstâncias e pessoas competentes de mostrar para o futuro as características culturais, sociais e políticos de uma dada época, pois o emprego do direito ao esquecimento levaria com que crimes e criminosos que adentraram para a história unicamente desapareçam.

É possível afirmar que não é apenas o criminoso que usa o direito ao esquecimento como também a vítima e sua família, não estando consentido que os canais de informação prosperem, por meio de aproveitamento comercial dos inconvenientes que vivenciaram. Mas, nos crimes com muita reverberação nacional, o prejudicado, pelo contexto ocorrido, vira elemento inerente da violação; em geral, impede que a narrativa do caso se reserve a imagem da vítima. Seria, por exemplo, relatar o caso Daniella Perez, sem Daniella Perez ou o caso de Eloá Pimentel, sem Eloá Pimentel, dentre outros, que foram parte da história criminal do Brasil.

Como aponta o Ministro Relator Luis Felipe Salomão:

[...] Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi. É evidente e possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime se tornou histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. [...] (BRASIL, 2013).

A rejeição deste Recurso Especial deixa claro que, como todo direito, o direito ao esquecimento não é supremo, deparando-se com uns limites nos casos concretos. Deste modo, embora seja reconhecido tal direito, muitas vezes, determinados fatos e pessoas ficam tão marcados na história, que provavelmente não serão esquecidos.

É evidente que o reconhecimento do "direito ao esquecimento" necessita de uma investigação caso a caso, tendo em vista o choque entre direitos de mesma valia no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, os direitos da personalidade e o direito de informação, bem como a liberdade de expressão.



### 3 ANÁLISE DA DECISÃO DO STF DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606/RJ

Como já foi apresentado anteriormente, o Caso Aída Curi, após ter passado pelo Supremo Tribunal de Justiça a partir da RESP Nº 1335153/RJ, depois de alguns anos, chegou ao Supremo Tribunal Federal para ser discutido no RE Nº 1.010.606/RJ.

Sendo assim, julgado em fevereiro de 2021, com a presidência do ministro Luiz Fux, este recurso trouxe questões acerca dos direitos fundamentais, direito da personalidade, liberdade de expressão e de informação, todos estes direitos presentes na Constituição Federal. Com a maioria dos votos, a decisão do STF foi pela incompatibilidade do Direito ao Esquecimento com a Constituição da República Federativa do Brasil (STF, 2021).

Logo após a declaração da repercussão geral do RE nº 1.010.606/RJ, em junho de 2017, o ministro Dias Toffoli executou uma audiência pública para que fossem debatidos sobre os conflitos polêmicos vigentes no RE, um embate visível entre a liberdade de informação e o direito ao esquecimento.

Desta audiência pública, saíram três correntes a respeito do direito ao esquecimento, segundo Anderson Schreiber<sup>3</sup>:

1ª) **Posição pró-informação:** para os defensores desse entendimento simplesmente não existe um direito ao esquecimento. Foi a posição defendida por diversas entidades ligadas à comunicação. Seus representantes sustentaram que o direito ao esquecimento, além de não constar expressamente da legislação brasileira, não poderia ser extraído de qualquer direito fundamental, nem mesmo do direito à privacidade e à intimidade. Um direito ao esquecimento seria, ademais, contrário à memória de um povo e à própria História da sociedade. A liberdade de informação prevaleceria sempre e a priori, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América (ver New York Times Co. vs. Sullivan, entre outros). Os defensores desse posicionamento invocam, ainda, a jurisprudência mais recente do nosso Supremo Tribunal Federal, especialmente o célebre precedente das biografias não autorizadas (ADI 4.815).

2ª) **Posição pró-esquecimento:** para os defensores dessa posição, o direito ao esquecimento não apenas existe, como deve preponderar sempre, como expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade. Na esteira da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana – valor supremo na ordem constitucional brasileira –, esses direitos prevaleceriam sobre a liberdade de informação acerca de fatos pretéritos, não-atuais. Entender o contrário seria rotular o indivíduo, aplicando “penas perpétuas” por meio da mídia e da internet. O IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cujo representante defendeu essa posição, chegou a propor um prazo de cinco anos, contados do fim do cumprimento da pena, para que informações sobre condenações penais sejam “apagadas” da imprensa e da internet. Os defensores da posição pró-esquecimento amparam-se na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no célebre caso da Chacina da Candelária, no qual reconheceu aquela Corte um direito ao esquecimento que definiu como “um direito de não ser lembrado contra sua vontade” (REsp 1.334.097/RJ). Aludem, ainda, à experiência europeia, que, em contraposição à experiência norte-americana, inclina-se pela prevalência do direito ao esquecimento, como se vê na decisão da Corte de Justiça da União Europeia, que, em 2014, determinou determinado motor de buscas na internet desvinculasse e o nome do cidadão europeu Mario Costeja González de antiga notícia sobre penhora de seu imóvel.

3. Sócio do escritório Schreiber, Domingues, Cintra, Lins e Silva Advogados e representante do IBDCivil (Instituto Brasileiro de Direito Civil) na audiência pública.



3ª) **Posição intermediária:** para os defensores dessa terceira corrente, a Constituição brasileira não permite hierarquização prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria um desdobramento). Figurando ambos como direitos fundamentais, não haveria outra solução tecnicamente viável que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão. Esta foi a posição defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, que, à luz da hipótese concreta subjacente à audiência pública, qual seja, a veiculação de programas de TV com relato e/ou encenação de crimes reais envolvendo pessoas ainda vivas, chegou a propor parâmetros para a ponderação, como, por exemplo, o parâmetro da fama prévia, que impõe distinguir entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública (retratação do suicídio de Getúlio Vargas ou do assassinato de JFK, em que tende a preponderar a liberdade de informações) e pessoas que somente têm projeção pública como vítima daquele delito (em que tende a preponderar o direito da vítima de não ser reapresentada publicamente à sociedade como vítima de crime pretérito) (SCHREIBER, 2017).

O julgamento do Recurso Extraordinário aconteceu nos dias 3, 4, 10 e 11 de fevereiro de 2021. Os ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam por nove votos contra um que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal brasileira. Apenas o Ministro Edson Fachin entendeu pela compatibilidade do instituto com o texto constitucional e, em razão disso, seu voto foi vencido (BAUER; BRANDALISE, 2021, p. 9).

O ministro e relator Dias Toffoli baseou seu voto, a partir de uma perspectiva histórica sobre o direito ao esquecimento, sempre aduzindo que a utilização deste instituto deve ser de forma subsidiária a outros direitos (BAUER; BRANDALISE, 2021, p. 9):

Dias Toffoli faz uma avaliação em relação à passagem do tempo:

O que se observa é que, conquanto os efeitos da passagem do tempo sejam apresentados de distintas formas pelos doutrinadores (descontextualização, fragmentação, prejuízo à psique do envolvido, apelo ao perdão ou perda do interesse público), é ponto comum que o elemento temporal definidor do pretense “direito ao esquecimento” não seria computado pelo transcurso de um exato número de dias, meses ou anos, mas sim por decurso temporal suficiente para descontextualizar a informação relativamente ao momento de sua coleta. É sob essa concepção de que a passagem do tempo pode descontextualizar as informações ou os dados pessoais comparativamente ao momento em que produzidos ou coletados que se aproximam a concepção original do direito ao esquecimento [...] e sua perspectiva mais recente [...] (BRASIL, 2021, p. 29).

Observando o voto, o ministro Dias Toffoli afirma que o direito ao esquecimento é:

a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais, seja virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante (BRASIL, 2021, p. 31-32).

Inclusive, no seu voto, o ministro afirma que o direito ao esquecimento é um confronto à liberdade de expressão:

[...] a previsão ou aplicação de um direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. A existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos precisa estar prevista em lei, de



modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão (BRASIL, 2021, p. 60).

Por fim, o que fica firmado pelo voto do ministro Dias Toffoli é que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, mas quaisquer abusos deverão ser analisados individualmente em cada caso:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social, analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (BRASIL, 2021, p.62).

Os outros ministros assentiram com o voto do relator Dias Toffoli, com ressalva do ministro Edson Fachin, que votou a favor da existência de um direito ao esquecimento:

Parece-me importante enfatizar, diante do quadro normativo assim delineado, que eventuais juízos de proporcionalidade, em casos de conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, devem considerar a posição de preferência que a liberdade de expressão possui no sistema constitucional brasileiro, mas também devem preservar o núcleo essencial dos direitos da personalidade (BRASIL, 2021, p. 161).

Ainda que o ministro Edson Fachin assentiu com a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico, ele apoiou o argumento do relator Dias Toffoli da qual a liberdade de expressão apresenta uma posição prioritária no sistema brasileiro e, no caso concreto, realmente deve ter um juízo de reflexão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade nos julgados.

Desta forma, com o início do julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606, firmado com a compreensão da Suprema Corte Brasileira na perspectiva de que o direito ao esquecimento não é composto pelo ordenamento jurídico brasileiro vigente. Entretanto, podemos salientar que, se houver abuso no uso da liberdade de expressão e de informação, cada caso deve ser julgado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo desta pesquisa, verifica-se um momento de grande exposição da vida privada, fruto de uma divulgação cada vez mais excessiva dos meios de comunicação, assim como a democratização das mídias sociais, permitindo uma difusão global da informação rápida e de forma descentralizada. Enfim, uma verdadeira revolução da informação com mudanças na estrutura da organização social e econômica mundial.

Entende-se que, por todo este avanço tecnológico, fica difícil separar o espaço público do privado, por conta de divulgações excessivas da vida privada, sem autorização. As informações que não tenham mais contemporaneidade ou importância pública são facilmente lembradas na internet, contexto que se intensifica pela possibilidade de fácil acesso à informação, graças ao uso dos elementos de busca, aptos a pesquisar uma diversidade de informações de forma imediata, sem os inconvenientes demandados no passado.



Consequentemente, torna-se capaz de prejudicar a privacidade se for ponderado que as informações (vídeo, áudios, imagens ou texto), apresentadas na internet ficam permanentemente armazenadas. No instante em que a geração atual demanda a prevenção da vida privada, é que se localizarão as complicações causadas pela memória eterna da internet.

Desta forma, pode-se admitir que as novidades tecnológicas ampliaram os direitos fundamentais. Sobretudo, aqueles que retêm um relacionamento à livre progressão da personalidade. Por esta razão, tradicionalmente, a privacidade foi mais protegida com a ascensão da tecnologia e o advento de formas de comunicação de massa.

O direito ao esquecimento, analisado em algumas decisões no Brasil é considerado com muita relutância e deveras reprovado pelos doutrinadores. Esta reprovação ocorre, principalmente, porque o direito ao esquecimento choca-se com o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF/88), ao direito de acesso à informação (art. 5º, XIV) e a plena liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1). Entende-se, assim, que sua aceitação seria uma tentativa errada de excluir fatos e reformular a história, em detrimento para a composição da memória coletiva.

Entretanto, é fundamental analisar que, nessa sociedade de informação, é preciso proporcionar o direito de ser esquecido, considerando cuidar da honra do sujeito. Além de certas circunstâncias, deve ser guardado o interesse público posterior à manutenção da informação, visto que o livre acesso de ideias age de forma essencial ao desempenho da democracia. Logo, embora seja primordial proporcionar o direito de ser esquecido, para defender a honra do indivíduo nas circunstâncias em que se difundem dados e informações obsoletos e desnecessários ao interesse público, fica vital traçar os limites de seu emprego, a fim de que seja protegida a memória pública e prezada a liberdade de expressão.

Em virtude do que foi mencionado, por causa da origem da principiologia dos direitos inversos, que se encontram no mesmo plano, apenas se solucionaria pelo sistema de proporção, considerando que um dos princípios haverá prioridade em face do outro, pois o impasse da prioridade será capaz de ser deliberada em sentido inverso.

Diante disso, pode-se constatar que, embora os princípios e valores que baseiam o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de expressão, ambos mostram-se em clara oposição. Portanto, a análise só conseguirá ser exercida casuisticamente por meio do sistema de proporção de valores, a partir da definição de critérios que serão classificados para fundamentar as definições sobre a matéria.

## REFERÊNCIAS

BAUER, Luciana; BRANDALISE, Giuliana de Miranda. **O direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: um delineamento do instituto levando em consideração os desafios da era virtual, as contribuições da jurisprudência internacional e o julgamento do RE nº 1.010.606. 2021.** Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2151#\\_ftnref60](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2151#_ftnref60). Acesso em: 12 de agosto de 2021.

VILLAS BÔAS, Regina Vera Villa. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. **Revista de Direito Privado**, v. 60, p. 57–81, out. – dez., 2014.



BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.010.606, Rel. Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603> Acesso em: 21 de outubro de 2021.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.679.465/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.335.153/RJ (2011/0057428-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=36170660&tipo=91&nreg=>

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº. 2008.001.48862. Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Aves de Brito Neto. Rio de Janeiro, RJ, 13 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F> Acesso em: 21 de outubro de 2021.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COSTA GARCIA, Guiomari Garson. **Estado democrático de direito e liberdade de expressão e informação**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 42, p. 258 – 298, jan. – mar., 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3a ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

CURI, Maurício. **Aída Curi** – A jovem heroína de Copacabana. São Paulo: Edições Paulinas, 1960.

FERREIRA, Fábio de Oliveira. **O princípio de inocência em frente da força estigmatizante da mídia**. 2014. 23 f. Artigo Científico (Pós-graduação Lato Sensu). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2014.

FERREIRA, Mikaelle Laine Souza. **O direito ao esquecimento: o conflito entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

FREIRE, Geovana Garcia. **Análise do Direito ao esquecimento e seus conflitos**. 2021. p. 40 – UniEVANGÉLICA, Goiás, 2021.



LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro.** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8, 2015, p. 511 – 543.

MALHEIRO, Emerson Penha. **A liberdade de expressão como direito difuso na sociedade da informação.** Revista dos Tribunais, v. 994, p. 133–147, ago., 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 8. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PALHARES, Cinara. **Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade.** Revista dos Tribunais, v. 878, p. 42–66, dez., 2008.

PIRES; Mixilini Chemin; FREITAS, Riva Sobrado de. **O direito à memória e o direito ao esquecimento: o tempo como paradigmas de proteção à dignidade da pessoa humana.** Unoesc International Legal Seminar, v. 2, n. 1, 2013.

REDE GLOBO DE TELEVISÃO. **Sítio eletrônico Memória Globo** – Programa Linha Direta. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/progra-mas-jornalisticos/linha-direta.htm> Acesso em: 02 de setembro de 2021.

SCHREIBER, Anderson. As três correntes do direito ao esquecimento. **JOTA.** 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em 03.10.2022.

\_\_\_\_\_. **Direitos da Personalidade.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA, Mariane Cruz de; DINIZ, Marlene; MOREIRA, Raquel Veggi. **Direito ao esquecimento como garantia fundamental.** Link Science Place. Interdisciplinary Scientific Journal. vol. 4, no. 5, p. 179-207, Oct-Dec, 2017.

REDE GLOBO DE TELEVISÃO. **Sítio eletrônico Memória Globo** – Programa Linha Direta Justiça. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/formato.htm>>. Acesso em: 02 de setembro de 2021.

TERWANGNE, Cécile. **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido.** Revista de Internet, derecho y política. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, febrero 2012.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. **The Right to Privacy.** Harvard Law Review, vol. IV, 1890.



ZSCHABER, Ana Luisa Soares Nader. **O direito ao esquecimento aplicado ao patrimônio digital do morto.** Revista dos Tribunais, v. 1004, p. 85–120, jun., 2019. Cap 1 Constituição federal e código civil Pacto de San José da Costa Rica, admitido no Brasil pelo Decreto 678 de 1992.





## CRIMES DE PEDOFILIA E PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA TUTELA PENAL SOB A ÓTICA DA DUPLA FACE DA PROPORCIONALIDADE

Luana Peixoto<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho acadêmico tem por objetivo analisar a tutela penal acerca dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, avaliando criticamente se as disposições atuais em vigor estão de acordo com o mandado constitucional de criminalização. Para tanto, parte-se da doutrina da proteção integral e moderna aceção do princípio da proporcionalidade, mais especificamente, a vedação à proteção deficiente. Realiza-se breve explanação acerca das alterações legislativas nos últimos anos e entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores sobre o tema, bem como, estudo comparativo com outros bens jurídicos, que, em que pese não albergados pelo mandado constitucional de criminalização, receberam maior proteção. Por fim, apresenta-se indicadores estatísticos e perspectivas para o futuro.

**Palavras-chave:** Crimes sexuais contra Crianças e Adolescentes. Mandado Constitucional de Criminalização. Dupla Face da Proporcionalidade.

**Abstract:** This academic paper aims to analyze the criminal protection of children and teenagers against sexual crimes, critically evaluating whether the current laws are attending to the constitutional criminalization warrant. To do so, embassies in the doctrine of integral protection and the modern acception of the proportionality principle, more specifically, the prohibition of deficient protection. There is a brief explanation about the legislative changes through the last years and the jurisprudential understanding of the Superior Courts about the topic, as well as a comparative study with other legal interests, which, despite not being covered by the constitutional criminalization warrant, received greater protection. Finally, statistical indicators and perspectives for the future are presented.

**Keywords:** Sexual crimes against Children and Teenagers. Constitutional Warrant of Criminalization. Double Face of Proportionality.

### INTRODUÇÃO

É certo que crianças e adolescentes não foram vistos como sujeitos de direitos por muito tempo ao longo da história, após inúmeros avanços no cenário internacional dos direitos humanos e diversos compromissos assumidos pelo Brasil que indicavam a obrigação dos Estados Partes tomarem todas as medidas para conferir-lhes Proteção Integral, finalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes passaram não somente a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, mas também, merecedores de proteção integral e respeito a especial condição de pessoa em desenvolvimento.

Neste cenário, chama a atenção o mandado constitucional de criminalização, sendo o único da espécie que explicita “punir severamente” no que tange aos delitos sexuais contra crianças e adolescentes. Isto porque o princípio da proporcionalidade, basilar do direito penal, historicamente era visto como uma limitação ao poder punitivo estatal, porém, com a evolução dos direitos fundamentais, que intrinsecamente ligados aos direitos humanos supracitados, a ideia de um Estado Liberal, absenteísta passou a não mais fazer sentido, mostrando-se insuficiente para as novas demandas da população, dando azo a um Estado Social, que impõe um agir do Estado.

Assim, a doutrina passa a conceber a proporcionalidade sob uma dupla face, não mais apenas a proibição do excesso, mas também, a proibição da proteção deficiente.

---

1. Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal - UniBF. E-mail: luanaluanapeixoto@gmail.com.



Neste sentido, se a constituição manda punir com maior rigor uma determinada categoria de crimes, tendo em vista que o bem jurídico tutelado possui um valor maior sob a ótica do constituinte, e o legislador não o faz ou o faz de forma precária, insuficiente, tal omissão é tida como inconstitucional.

Objetiva-se com o presente trabalho chamar atenção acerca da posição do legislador frente a tal comando, realizando-se, para isso, análise de modificações relevantes na legislação desde o advento da Constituição de 1988, destacando pontos positivos e negativos, como o efeito rebote de algumas alterações que ao invés de recrudescer, tornaram o cenário mais benéfico para o criminoso, evidenciando a falta de atenção e técnica do legislador.

Ademais, demonstra-se o rígido posicionamento das Cortes Superiores que visam através de interpretação teleológica, em respeito ao mandado constitucional conferir ampla proteção a crianças e adolescentes, muito embora, em diversos momentos, a atecnia legislativa tenha sido tão grande que lhes torna impossível.

Destacar-se-á, estudo comparativo acerca do peso dado para diferentes bens jurídicos, mais especificamente, dignidade sexual de crianças e adolescentes versus patrimônio, evidenciando-se que, embora não possuam o mesmo mandado constitucional de criminalização para “punir severamente”, de fato, recebem uma proteção muito maior.

Por fim, será realizada uma análise crítica acerca do Projeto de Lei nº 4.299/2020, destacando-se crescente preocupação com o tema, porém, que a resposta legislativa às demandas sociais ainda se encontra muito aquém do esperado, representando mais um Direito Penal Simbólico do que efetiva proteção, podendo ensejar, com sua atecnia em diminuição ao invés de aumento da proteção.

## **1 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A ACEPÇÃO MODERNA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

A análise acerca da doutrina da proteção integral, com o advento da Constituição Federal de 1988, que alterou sobremaneira a posição do Estado no que tange a tutela jurídica de crianças e adolescentes, mostra-se indispensável para fundamentar a incidência do princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição da proteção deficiente no objeto do presente trabalho.

É certo que hodiernamente a doutrina da proteção integral ou prioridade absoluta, conforme dispõe a Constituição Federal, rege o microssistema jurídico protetivo de crianças e adolescentes, supra princípio este, elencado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e, em consonância com a lei suprema, artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). (ZIESEMER, 2021).

Os citados diplomas normativos preveem respectivamente:

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.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

De acordo com Ferreira; Dói (S/D), a doutrina da proteção integral:



Representa um avanço em termos de proteção aos direitos fundamentais, posto que calcada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo, ainda, como referência documentos internacionais, como Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aos 20 de novembro de 1959, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing - Res. 40/33 de 29 de novembro de 1985, as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil - Diretrizes de Riad, de 1º de março de 1988 e a Convenção sobre o Direito da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990.

A mudança de paradigma no que diz respeito aos regimes jurídicos anteriores, como o Código de Mello Mattos (1927) e Código de Menores (1979) que lhes tratavam como objeto de tutela e não sujeitos de direitos, foi resultado de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. (FERREIRA; DÓI, S/D).

Como exemplo, pode-se citar o Decreto 99.710, publicado em 1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, que dentre outras disposições, prevê que *“os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção”*. (ZIESEMER, 2021)

Neste cenário, destaca-se a determinação constitucional de que *“a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”* art. 227, § 4º, CRFB/88, sendo o único mandado de criminalização previsto na lei maior que elenca o dever de punição mais rigorosa. (BRASIL, 1988)

Pode-se inferir que a determinação constitucional vem de encontro as novas perspectivas de Direitos Humanos e evolução dos direitos fundamentais, desvinculando-se da ideia de um Estado Liberal, onde visava-se basicamente a não interferência e limitação ao Poder Estatal sobre a vida dos particulares, para um Estado Social, exigindo-se atuação Estatal com vistas a promover a justiça social. (REZENDE, 2021)

Corroborando com este entendimento, Macedo *apud* Sarlet (2010, p. 9):

“É nesse contexto, ainda, que surge a Teoria dos Deveres de Proteção, *Schutzpflichten*, como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual cabe ao Estado não apenas abster-se, mas também proteger os titulares de direitos contra lesões ou ameaças de terceiros. Seria a vertente positiva do dever de proteção que, tradicional e historicamente, tinha apenas uma dimensão negativa. Trata-se, pois, de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado ou de função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela.”

Diante do exposto, resta evidente que a omissão estatal diante de tais deveres, resulta em violação à proteção eficiente, o que é vedado de acordo com a moderna doutrina da proporcionalidade. (MACEDO, 2010)

O princípio da proporcionalidade, outrora conhecido apenas como limitador do poder punitivo estatal na seara criminal, passa a ser concebido sob dupla acepção, de acordo com Streck (2005) princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e princípio da proibição da insuficiência (*Untermassverbot*).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, ao reconhecer a legitimidade da criminalização do porte de arma, tendo em vista o interesse público e social da conduta, que, dentre outros argumentos, o Egrégio Tribunal destacou a dupla face da proporcionalidade, *in verbis*:



HABEAS CORPUS . PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. [...] Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam, não apenas uma proibição do excesso (*Überrasungsverbote*), como também podem ser traduzidos em proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Unterrasungsverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. [...] (STF. HABEAS CORPUS 106.163/RJ Rel. Min Gilmar Mendes 06/03/12).

Diante do exposto, conclui-se que, a vedação à proteção insuficiente prevê que o legislador estaria obrigado a tutelar determinados bens jurídicos obedecendo ao comando constitucional de proteção positiva, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade diante de sua inércia ou proteção aquém da legitimamente esperada. (STRECK, 2008)

## 2 CENÁRIO ATUAL DA TUTELA PENAL

Com o advento da Lei nº 12.015/09 que promoveu uma reestruturação no Código Penal (Título VI), passando a tutelar a dignidade sexual, abandonando-se a ideia de “crimes contra os costumes” onde a *mens legis* estava mais voltada para o controle do comportamento social que para a dignidade, liberdade e personalidade do ser humano. (TERRA, 2021)

Intensos debates foram travados acerca da possibilidade de abolitio criminis com a revogação do tipo de “atentado violento ao pudor”, tendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidado no sentido de tal argumento não merecia prosperar, entendendo pela continuidade normativo típica, conforme tese 4 da Edição 151 do Jurisprudência em Teses:

“Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor foram reunidos em um único dispositivo após a edição da Lei n. 12.015/2009, não ocorrendo abolitio criminis do delito do art. 214 do Código Penal - CP, diante do princípio da continuidade normativa.”

No entanto, valendo-se de uma análise técnica, o STJ também editou as Teses 5 e 6 na mesma Edição, que dispõem respectivamente acerca da aplicação da retroatividade da lei penal mais benéfica, bem como, o reconhecimento de crime único de estupro caso praticada conjunção carnal e ato libidinoso diverso no mesmo contexto e contra a mesma vítima.

Em que pese o comando constitucional de criminalização enfatizando necessidade de punição severa, nota-se que a lei em comento acabou por promover alteração em sentido contrário, conforme a aplicação prática do STJ demonstra:



AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA REAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. APLICAÇÃO RETROATIVA DO DISPOSTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. REVOGAÇÃO DO ART. 9º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O estupro e o atentado violento ao pudor, quando praticados contra vítima menor de 14 anos, passaram a ser regidos pelo art. 217-A do Código Penal. Embora o referido dispositivo legal preveja penas mínima e máxima mais elevadas que a previsão anterior, quando conjugado o tipo revogado com o do art. 224 do Código Penal e com o do art. 9º da Lei n. 8.072/1990 - com previsão de aumento em metade -, a nova cominação evidencia-se menos severa. Desse modo, imperiosa a aplicação das novas regras ao caso presente. Precedentes. (AgRg no REsp n. 1.332.691/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.)

Doravante, faz-se extremamente relevante salientar que todo delito de estupro, seja contra vulnerável (art. 217-A, CP) ou não (art. 213), tentados ou consumados, são considerados crimes hediondos (Lei 8.072/90), atraindo a incidência de consectários mais gravosos, como, por exemplo: impossibilidade de concessão de graça ou anistia, maior prazo de prisão temporária (30 dias ao invés de 05), regime inicial fechado de cumprimento de pena, progressão de regime condicionada ao cumprimento de 40% se primário, 50% em caso de morte da vítima, 60% se reincidente específico em delito hediondo ou equiparado, e, por fim, 70% em caso de reincidência específica com resultado morte, sendo nesta hipótese também vedado o livramento condicional. (TERRA, 2021)

Ademais, de acordo com Terra (2021), necessária se faz a distinção da tipificação em virtude da idade da vítima, enquanto o artigo 213 pune o estupro contra vítima menor de 18 e maior de 14 anos em sua forma qualificada, com pena de 8 a 12 anos, o artigo 217-A pune o estupro contra menor de 14 anos com pena de 8 a 15 anos, ressalta-se a lacuna legal para a data do aniversário de 14 anos, que de acordo com o princípio da legalidade estrita, há de ser punido na forma simples do artigo 213, 6 a 10 anos. Destaque-se ainda que se cometidos tais delitos no contexto de violência sexual intrafamiliar incide o aumento de metade do art. 226, II, conforme dispõe o Código Penal em vigor:

#### **Estupro**

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

#### **Estupro de vulnerável**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

#### **Aumento de pena**

Art. 226. A pena é aumentada:

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.”



No que diz respeito à violência sexual contra vulnerável a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem posicionamento bastante severo, neste sentido, a súmula 593 do Tribunal da Cidadania:

“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.”

Entendimento este que fora positivado com o advento da Lei nº 13.718/18, ao inserir no art. 217-A o § 5º, dispondo que *“As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.”*

Nesta toada, em sede de recurso repetitivo, o STJ fixou a seguinte tese:

“Presente o dolo específico de satisfazer a lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal – CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a sua desclassificação para o delito de importunação sexual (artigo 215-A do CP).”

Neste mesmo sentido o STF já vinha decidindo, destaca-se o posicionamento adotado pela Corte no HC 134591/SP frente a conduta de homem que beijou criança de 5 anos de idade, colocando a língua no interior da boca (beijo lascivo), entendeu-se que ocorreu no caso estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), não prosperando a tese defensiva de desclassificação para a contravenção penal de molestamento (art. 65 do DL 3.668/41). (CAVALCANTE, 2019)

Destaca-se ainda, entendimento do STF no informativo 837, em síntese apresentada por CAVALCANTE (2016):

O agente que passa as mãos nas coxas e seios da vítima menor de 14 anos, por dentro de sua roupa, pratica, em tese, o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Não importa que não tenha havido penetração vaginal (conjunção carnal). STF. 1ª Turma. RHC 133121/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Edson Fachin julgado em 30/8/2016 (Info 837).

Diante do exposto, resta nítida a rigorosa posição adotada pelos Tribunais Superiores frente aos delitos sexuais contra menores de 14 anos, observando-se na fundamentação dos respectivos acórdãos a menção ao comando constitucional de punição severa (art. 227, p. 4º, CRFB/88), inicialmente exposto no presente trabalho.

O Legislativo, no entanto, apresenta conduta vacilante no cumprimento do referido mandado constitucional, a despeito das críticas já expostas no presente, destaca-se que apenas em 2022, com o advento da Lei “Henry Borel” passou-se a vedar a aplicação da Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Criminais e institutos despenalizadores, independentemente da pena prevista para o delito praticado contra a criança e adolescente, vedando-se ainda a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária. (BRASIL, 2022)

Tal previsão trouxe avanços, principalmente no que diz respeito aos delitos sexuais virtuais tipificados no ECA, que, em tese admitiam a aplicação de institutos despenalizadores os arts. 241-B, 241-C, 241-D, que tratam sobre registros pornográficos



envolvendo crianças ou adolescentes, bem como, o incentivo destes a tais conteúdos com a finalidade de com eles praticar ato sexual/libidinoso; (BRASIL, 1990) e até mesmo o art. 241-A do mesmo diploma legal, com o advento do Acordo de Não Persecução Penal, atualmente previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941).

Já no que diz respeito aos delitos previstos no Código Penal, em tese admitiriam a aplicação dos referidos institutos os delitos dos artigos 215-A, 216-A e 218-C, que tratam respectivamente da Importunação sexual, Assédio sexual e Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia. (BRASIL, 1940)

A pesar da novel possuir grande semelhança com a Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, e das críticas à ela tecidas, o legislador acabou por cometer o mesmo equívoco, pois, ao fim e ao cabo, a aplicação do artigo 77 do Código Penal (suspensão condicional da pena) permanece, em tese, sendo admitida. (BRASIL, 1940)

Doravante, não restam dúvidas acerca dos bens jurídicos que o legislador elencou como merecedores de maior proteção, a *contrário sensu* do que dispõe a Constituição Federal (art. 227, § 4º), os delitos contra o patrimônio, conforme passa-se a analisar.

O delito de Roubo (art. 157), por exemplo, quando resultar em lesão corporal grave (§ 3º, I) possui pena de reclusão, de 7 a 18 anos, e multa, já o delito de estupro contra menor de 18 e maior de 14 anos de idade (213, § 1º), possui pena *in abstracto* prevista de reclusão de 8 a 12 anos. (BRASIL, 1940)

Quando resultar morte (art. 157, § 3º, II), a diferença torna-se ainda mais gritante, sendo a pena prevista de reclusão de 20 a 30 anos, e multa, já no delito de estupro, independe da idade da vítima, quando resultar morte (213, § 2º e 217-A, § 2º) a pena é de reclusão de 12 a 30 anos. Além de não realizar uma gradação quanto a gravidade da conduta, tendo em vista a vulnerabilidade presumida, os bens jurídicos patrimônio e vida partem de uma pena base praticamente que em dobro dos bens jurídicos dignidade sexual de crianças e adolescentes e vida. (BRASIL, 1940)

Diante do exposto, dispensam-se maiores digressões acerca dos delitos de “Sequestro Relâmpago” art. 158, § 3º e Extorsão mediante sequestro (art. 159, §§ 2º e 3º) que possuem penas de reclusão de 16 a 24 anos, quando resultar lesão corporal grave, e, 24 a 30 anos de reclusão, quando resultar morte. (BRASIL, 1940)

Doravante, passa-se a realizar comparativo acerca da violação dos bens jurídicos supracitados na modalidade virtual, no que diz respeito aos delitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 1990)

Com exceção do crime previsto no artigo 241 que possui pena igual aos delitos de Furto Eletrônico (art. 155, § 4º-B, CP) e Fraude Eletrônica (art. 171, § 2º-A, CP), a pesar dos delitos patrimoniais contarem com causas de aumento de pena, sem que nenhuma tenha sido prevista para o art. 241, ECA, todos os outros delitos previstos no ECA que visam tutelar a criança e adolescente contra a violação sexual (arts. 241-A, 241-B, 241-C e 241-D) possuem reprimenda muito menor que os delitos virtuais contra o patrimônio recentemente inseridos no Código Penal, veja-se um exemplo comparativo do art. 241-D do ECA *versus* art. 155, § 4º-B, CP (Furto Eletrônico):

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:



I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

§ 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:

I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

Como pode se verificar, a desproporcionalidade das reprimendas é gritante, não apenas na modalidade física, mas também virtual, seja pelo *quantum* da pena prevista em abstrato, que em determinados cenários, a pena base de um corresponde quase a pena máxima do outro, sem contar as diversas causas de aumento previstas nos delitos contra o patrimônio, quanto a possibilidade de aplicação de institutos benéficos de política criminal, como por exemplo, a suspensão condicional da pena.

Assim, conclui-se que o cenário atual da resposta penal a delitos sexuais contra crianças e adolescentes, em que pese o comando constitucional de punição severa, está distante do que se espera, e ainda, em muitos cenários, endossa a ideia de que tais crimes compensam para aqueles que desejam cometê-los, pois ao fim e ao cabo, o maior infortúnio será ter respondido a um processo criminal.

### 3 PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

Conforme pode-se observar ao longo do presente trabalho acadêmico, crianças e adolescentes passaram a ser constitucionalmente reconhecidas como sujeitos de direitos apenas há 34 anos e muitas das alterações legislativas vieram ainda depois, até mesmo poucos meses atrás.

De acordo com Terra (2021), crescente tem sido a preocupação acerca dos grandes índices de delitos sexuais contra crianças e adolescentes, principalmente com o advento do isolamento social em virtude da pandemia do Covid-19, e, devido ao fato de que estudos apontam que na maior parte dos casos tais crimes são cometidos em cenário intrafamiliar, tendo sido registrados, pelo menos, 46.289 estupros de vítimas entre 0 e 19 anos em 2020, embora menor que os números de 2019, conforme relatório da UNICEF, acredita-se que o que de fato ocorreu foi uma redução no número de denúncias e não da violência sexual em si, ademais, estudos demonstram que tais índices voltaram a subir.

Infelizmente, pela brevidade que o presente trabalho impõe, não se faz possível maior aprofundamento acerca de tais dados, no entanto, tais estudos mostram-se extremamente relevantes tanto para conscientização, quanto para adoção de medidas futuras, neste sentido, faz-se mister destacar o Projeto de Lei nº 4.299/2020, que visa criminalizar a Pedofilia, inserindo o artigo 218-D no Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 218 – D – constranger criança ou adolescente, corromper, facilitar, expor, exhibir o corpo apenas com roupas íntimas, ou tocar partes do corpo com o objetivo



de praticar ato para satisfazer a própria lascívia ou a de outrem, com ou sem conjunção carnal utilizando criança ou adolescente.

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

Aumento de pena

§1º A pena é aumentada até 1/3 (um terço) se o agente se prevalecer de relações domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício ao emprego, cargo ou função.

§ 2º A pena é aumentada até 2/3 (dois terços) se o agente for ascendente, parente legítimo ou ilegítimo, mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação a vítima ou a qualquer pessoa de sua família.

Em que pese a justificativa do PL apresente total congruência com o exposto nos estudos acima, sob o ponto de vista técnico-jurídico se apresenta como resposta muito aquém da esperada, podendo gerar o trágico efeito reverso, assim como a Lei 12.015/09 anteriormente citada.

Notadamente, o caput in fine *“tocar partes do corpo com o objetivo de praticar ato para satisfazer a própria lascívia ou a de outrem, com ou sem conjunção carnal utilizando criança ou adolescente”* é amplamente enquadrado pela jurisprudência atual como estupro de vulnerável. (BRASIL, 2020)

Ademais, o parágrafo primeiro, possui aumento de pena de 1/3, enquanto que em condições semelhantes, o artigo 226, II, CP já em vigor, prevê aumento de metade, sem prejuízo do aumento de 2/3 que seria abrangido pelo parágrafo segundo do PL, em que pese a inconstitucional e atécnica previsão distintiva entre parentes legítimos e ilegítimos.

Por fim, destaca-se a questionável tentativa de criminalizar uma doença classificada pela OMS, como a própria justificativa do projeto prevê, o que levanta discussões acerca da efetividade da repressão criminal atual a tais delitos, e, possibilidade de adoção de meios alternativos como castração química, por exemplo, sem objetivo de esgotar o tema, e, a despeito da evidente necessidade de reforma estrutural para solução do problema em estudo, é certo que mesmo diante das medidas repressivas típicas, o legislador encontra-se em mora com o comando constitucional do art. 227, parágrafo 4º da CRFB/88. (BRASIL, 2020)

Ao contrário das aberrações trazidas no PL acima citado, recentemente retomou andamento no Congresso Nacional o Projeto de Lei 1776/15, que visa a inclusão de crimes de Pedofilia no rol dos crimes hediondos e aumento de algumas de suas penas.

A proposta do referido projeto apresenta-se muito mais técnica que o anterior, iniciando-se justamente com a apresentação do conceito de “pedofilia”, que, sem excluir a sua origem etimológica “amor por crianças” e de distúrbio patológico e psicológico, apresenta o contexto jurídico e social, conforme o seguinte:

“No campo jurídico, o termo pedofilia vem sendo utilizado para indicar crime de natureza sexual, em que um indivíduo adulto comete atos libidinosos contra uma criança, que são incapazes de consentir, compreender, e de agir contrário aos abusos cometidos contra sua integridade física e psíquica. Nesse contexto, a natureza dos crimes de pedofilia está ligada a perversão sexual de um indivíduo adulto por uma criança, que é desprovida de qualquer elemento erótico. Por isso, as condutas dessa natureza se encontram no topo da pirâmide de desvalorização axiológica criminal, representando uma maior reprovação social, uma vez que representam atos que visam macular aquilo de mais puro existente, a inocência de uma criança.”



Adiante, o PL reforça a necessidade e até mesmo obrigação do Estado em adotar políticas criminais mais rígidas na prevenção e repressão de tais delitos. E, apresenta quais tipos penais em vigor devem ser entendidos como “Crimes de Pedofilia”, sendo eles:

“[...] consideram-se como Crimes de Pedofilia as condutas descritas, no Código Penal, nos artigos 217-A, caput, Estupro de vulnerável; 218, Corrupção de menores; 218-A, Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e 218-B, Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Em relação ao ECA, consideram-se como Crimes de Pedofilia os tipos penais inscritos nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, condutas relacionadas a pornografia infantil e no art. 241-D, referente a utilização de meio de comunicação para buscar praticar ato libidinoso com criança.”

Interessante observação é apontada no projeto, de que apenas dois dos delitos citados são classificados como crimes hediondos, sendo eles: Estupro de Vulnerável e ao Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, conforme art. 1º, VI e VIII da Lei 8.072/90 que dispõe sobre os crimes hediondos. Neste sentido, destaca-se a necessidade de inclusão dos demais para ampliar a proteção às crianças e adolescentes vítimas de pedofilia. (BRASIL, 1990)

Além dos consectários atinentes a hediondez do delito, como insuscetibilidade de anistia, graça, indulto e fiança (art. 5º XLIII, CF/88), maior lapso temporal para obtenção de livramento condicional (art. 83, V, CP), sendo este vedado para reincidente específico, e, maior lapso temporal para a progressão de regime prisional (art. 112, V a VIII da Lei de Execução Penal), o projeto aprovado até o momento na Câmara de Deputados, o qual, seguiu para apreciação do Senado Federal, ainda prevê medidas mais rigorosas.

Dentre elas, acrescenta a LEP o aumento do lapso temporal para progressão de regime para os reincidentes em crimes hediondos ou equiparados contra criança ou adolescente ao patamar máximo de 70%, e, em que pese a previsão de vedação à saída temporária para os condenados por tais delitos, o projeto prevê também a proibição de se aproximar de escolas de ensino infantil, fundamental e médio, parques e praças frequentados predominantemente por menores de 18 anos para os presos por tais delitos que estiverem em saída temporária, dispondo para tanto a necessidade de monitoramento eletrônico.

Ressalta-se que o projeto passará por análise do Senado, não se pode afirmar no momento que seja uma antinomia, pois a redação final pode ser corrigida. Ademais, não se pode olvidar que vedações legislativas peremptórias quando confrontadas com a individualização da pena já foram rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal em oportunidade anterior, conforme HC 82959. (BRASIL, 2006)

Doravante, verifica-se que o projeto além de criar novos tipos, altera delitos em vigor, com vistas ao recrudescimento da resposta penal a tais práticas, por exemplo, o delito do art. 218-C do Código Penal (Divulgação de cena de estupro ou cena de estupro de vulnerável de cena de sexo ou pornografia) passará a ter sua pena aumentada e a modalidade de apologia torna-se qualificada, e, ainda, cria nova modalidade qualificada quando o registro é feito sem o consentimento da vítima. (BRASIL, 1940)

Há ainda, no referido PL, previsão de aumento de penas para os delitos que classifica como de pedofilia, para melhor compreensão, segue tabela comparativa das previsões atuais no Código Penal (1940) e Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), e, em vermelho, como ficarão caso o projeto seja aprovado sem alterações:



| CRIME                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | PENA                                                                                                                                                                                              | FORMA EQUIPARADA                                                                                                                                                                                                                                      | CAUSA DE AUMENTO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Art. 217-A Estupro de vulnerável: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.<br><br>Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.                                                                                           | § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. | § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.<br>Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.<br>§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.<br>Pena – reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos.                |
| Art. 218 Corrupção de menores: Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.<br>Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Art. 218-A Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente: Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:                                                                                                                                       | Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.<br>Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Art. 218-B Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável: Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone. | Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.<br>Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.<br>§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. |                                                                                                                                                                                                                                                       | § 2º Incorre nas mesmas penas:<br>I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;<br>II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. |
| Art. 240 Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou                                                                                                                                                                                                                                                | reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.<br>Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos, e                                                                                             | § 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou                                                          | § 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:<br>I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;<br>II – prevalecendo-se de relações domésticas, de                                                                                                                                    |



|                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| adolescente.                                                                                                                                                                                                                                                                                        | multa.                                                                                                       | ainda quem com esses contracena                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | coabitação ou de hospitalidade; ou<br>III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.<br>§ 2º (Revogado). |
| Art. 241 Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.                                                                                                                                         | reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.<br>Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos, e multa. | Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime mediante o uso de conteúdo não indexado na internet ( <i>deep web</i> )                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Art. 241-A Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. | reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.<br>Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos, e multa.    | § 1º Nas mesmas penas incorre quem:<br>I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;<br>II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.<br>§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime mediante o uso de conteúdo não indexado na internet ( <i>deep web</i> ) |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Art. 241-B Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.                                                                                                   | reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.<br>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.  | § 4º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime mediante o uso de conteúdo não indexado na internet ( <i>deep web</i> )                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Art. 241-C Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou                                                                                                                      | reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.<br>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.    | Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |



|                                                                                                                                                               |                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |  |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| qualquer outra forma de representação visual.                                                                                                                 |                                                                                                                  | artigo.<br>§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime mediante o uso de conteúdo não indexado na internet ( <i>deep web</i> )                                                                                                                                                                                                    |  |
| Art. 241-D Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso.               | Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.<br>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. | Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:<br>I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;<br>II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita |  |
| Art. 241-F. Produzir, vender, expor à venda, oferecer ou distribuir objeto que simule ou represente criança ou adolescente com fins sexuais ou pornográficos. | Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.                                                         | Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem facilita, induz ou assegura, por qualquer meio, a produção, a venda, a exposição, a oferta ou a distribuição do objeto de que trata o caput deste artigo.”                                                                                                                                                 |  |
| Art. 241-G. Comprar, armazenar, possuir ou portar objeto que simule ou represente criança ou adolescente com fins sexuais ou pornográficos.                   | Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |  |

Faz-se extremamente relevante salientar que parágrafo segundo do art. 240 consta como revogado porque o projeto prevê a inserção do art. 244-C que estabelece as mesmas situações como causa de aumento para todos os delitos previstos no ECA supra citados.

Diante do exposto, pode-se verificar que o Projeto de Lei 1.776/15 apresenta importantes avanços na proteção integral das crianças e adolescentes vítimas de delitos sexuais (pedofilia). Em que pese o delito de estupro (art. 217-A, CP) ainda conte com pena menor que latrocínio, sequestro relâmpago e extorsão mediante sequestro com resultado morte, e, nesses dois últimos a pena base ainda é superior, verifica-se um recrudescimento na resposta penal, sobretudo nos delitos virtuais, que não apenas preocupou-se o legislador em aumentá-las, mas também graduá-las conforme gravidade em abstrato, por fim, destaca-se o agravamento nas medidas de execução penal que visam efetivar a resposta estatal, em sintonia com o mandado constitucional de criminalização.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, buscou-se justificar a aplicação do princípio da proporcionalidade, na vertente que veda a proteção deficiente, no âmbito dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, destacando-se que o bem jurídico que se visa resguardar merece maior rigor em sua repressão, conforme dispõe a Constituição ao mandar que tais delitos sejam “punidos severamente”.

Conforme destacou-se ao longo do presente, a atual doutrina da proteção integral é fruto da evolução dos direitos humanos e diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, somente adquirindo status constitucional em 1988. A evolução de tais direitos está intrinsecamente ligada com a evolução dos direitos fundamentais, os quais, no atual estágio, não se satisfazem apenas com a abstenção do Estado, mas necessitam de medidas ativas.

Neste cenário, ressaltou-se que a melhor doutrina entende o princípio da proporcionalidade através de uma dupla face, não mais apenas a vedação ao excesso, mas também, a vedação à proteção deficiente.

Diante do exposto, restou nítida a mora legislativa em punir severamente os delitos sexuais contra crianças e adolescentes, incorrendo assim, em inconstitucionalidade por omissão. Ressalte-se que, a inconstitucionalidade por omissão não diz respeito apenas a ausência total de norma, mas também na proteção deficiente, ou seja insuficiência dos meios atualmente existentes para atingir os objetivos propostos pelo constituinte.

Tal fato restou evidenciado através de alterações legislativas como a Lei nº 12.015/09, que, ao revogar o tipo “atentado violento ao pudor” e englobar no delito de “estupro” tanto a conjunção carnal, quanto atos libidinosos diversos, ensejou no reconhecimento de delito único quando praticados atos diversos no mesmo contexto e contra a mesma vítima, o que acarreta numa pena menor que as duas anteriormente geradas, desembocando na retroatividade penal benéfica, conforme jurisprudência em teses do STJ e AgRg no REsp n. 1.332.691/SC.

Ademais, realizou-se criteriosa análise acerca da tutela penal conferida aos delitos contra o patrimônio *versus* dignidade sexual de crianças e adolescentes, concluindo-se que os primeiros recebem proteção estatal muito maior, tanto nos delitos presenciais, quanto virtuais. Para exemplificar, o delito de extorsão mediante sequestro com resultado morte (art. 159, § 3º), parte de uma pena-base de 24 anos, enquanto que o estupro com resultado morte (art. 213 e 217-A, § 2º), independentemente da idade da vítima, parte-se de uma pena-base de 12 anos.

Por fim, destaca-se que até o advento da Lei 14.344/22, diversos dos delitos em estudo admitiam, em tese, aplicação dos institutos despenalizadores, em que pese o avanço, o legislador esqueceu-se da suspensão condicional da pena (art. 77, CP) ainda aplicável.

Sob esta ótica pode-se avaliar criticamente o posicionamento legislativo frente a proteção de diferentes bens jurídicos, concluindo-se que em que pese o mandato constitucional de criminalização para punir severamente delitos sexuais contra crianças e adolescentes, de fato, a tutela jurídica atual em vigor encontra-se muito aquém, seja porque vacilante em muitas alterações atécnicas, que acabam por diminuir a proteção ao invés de aumentar, ou, porque prioriza outros bens jurídicos, embora não entendidos pelo constituinte como mais relevantes.

Por fim, apresentou-se uma projeção da tutela que tais bens jurídicos podem vir a receber do acordo com projetos de lei em andamento, tendo um dos projetos avaliados



apresentado-se como mais uma aberração, diminuindo novamente a proteção que deveria ser integral; e outro, muito mais técnico, ainda não totalmente alinhado com o mandado constitucional de criminalização e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, mas que trará importantes avanços caso aprovado sem alterações ou com alterações mais benéficas às crianças e adolescentes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **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: 16/07/2022

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) > Acesso em: 20/07/2022

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm) > Acesso em: 20/07/2022

BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) > Acesso em: 26/11/2022

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **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: 20/07/2022

BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos (1990). **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm) > Acesso em: 26/11/2022

BRASIL. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências (1995). **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm) > Acesso em: 26/11/2022

BRASIL. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. (2006) **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340) > Acesso em: 20/07/2022

BRASIL. Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente. (2022). **Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2022/lei/L14344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2022/lei/L14344.htm) > Acesso em: 20/07/2022

BRASIL. Câmara dos Deputados. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a fim de tipificar como crime o emprego de criança e adolescente para a realização dos delitos que menciona. **Projeto de Lei nº 4.299 de**



**2020.** Disponível em: <

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1924296&filename=PL+4299/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1924296&filename=PL+4299/2020) > Acesso em: 28/07/2022

BRASIL. Câmara dos Deputados. Inclui no rol de Crimes Hediondos os Crimes de Pedofilia. **Projeto de Lei nº 1.776 de 2015.** Disponível em: <  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1301482> >  
Acesso em: 26/11/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1332691 / SC.** Sexta Turma, Relator Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. Julgado em 10 de agosto de 2021, DJe 16 de agosto de 2021. Disponível em:<  
<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> > Acesso em: 26/07/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Edição 151 – Jurisprudência em Teses.** Dos Crimes contra a Dignidade sexual I. Disponível em: <  
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%20151:%20DOS%20CRIMES%20CONTRA%20A%20DIGNIDADE%20SEXUAL%20-%20I%3E> >. Acesso em: 26/07/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Repetitivo – Tema 1.121.** Terceira Seção, Relator Min. Ribeiro Dantas. Disponível em:<  
[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1121&cod\\_tema\\_final=1121](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1121&cod_tema_final=1121) > Acesso em: 26/07/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593.** 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. Terceira Seção 25 de outubro de 2017, DJe 6 de novembro de 2017. Disponível em: <  
[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista\\_eletronica/stj\\_revistasumulas-2017\\_46\\_capSumulas593-600.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revistasumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf) > Acesso em: 26/07/2022

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 106.163/RJ,** Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <  
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/761705>>. Acesso em: 26/11/2022

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82.959/SP,** Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 6 de março de 2012. Disponível em: <  
[file:///C:/Users/Windows/Downloads/HC%20106.163%20SOBRE%20DUPLA%20FACCE%20PROP%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Windows/Downloads/HC%20106.163%20SOBRE%20DUPLA%20FACCE%20PROP%20(1).pdf) >. Acesso em: 26/07/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Homem que beijou criança de 5 anos de idade, colocando a língua no interior da boca (beijo lascivo) praticou estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), não sendo possível a desclassificação para a contravenção penal de molestamento (art. 65 do DL 3.668/41).** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:



<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d582ac40970f9885836a61d7b2c662e4> > . Acesso em: 24/07/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Passar as mãos nas coxas e seios da vítima configura, em tese, estupro**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7895fc13088ee37f511913bac71fa66f> > . Acesso em: 24/07/2022

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DÓI, Cristina Teranise. **A PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES VÍTIMAS**. (S/D) Disponível em: <[https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/protecao\\_integral\\_ferreira.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/protecao_integral_ferreira.pdf) . > . Acesso em: 16/07/2022

MACEDO, Celina Maria. **BEM JURÍDICO E PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE NO DIREITO PENAL**. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (Pós-graduação). Rio de Janeiro: EMERJ, 2010. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/celinamacedo.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/celinamacedo.pdf) > Acesso em: 24/07/2022

REZENDE, Guilherme Carneiro de. **A EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL COMO DIREITO HUMANO DA VÍTIMA DE CRIME: Uma análise a partir das diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2021 16/07/2022

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (Ubermassverbot) à proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. In: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2428/MariaStreckDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 16/07/2022

TERRA, Venâncio Antônio Castilhos de Freitas. **A (IN) EFICÁCIA DA TUTELA PENAL CONSTITUCIONAL ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES VÍTIMAS DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO AMBIENTE FAMILIAR**. Porto Alegre: 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <<https://fmp.edu.br/wpcontent/uploads/2022/04/VERSAO-POS-BANCA-Venancio-Antonio-Castilhos-deFreitas-Terra.pdf> > Acesso em 26/07/2022

ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Interesses e Direitos Difusos e Coletivos** – 3 ed. Ver., atual. E ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.



## DE AGRAVANTE À ATENUANTE: A REINCIDÊNCIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Ícaro Machado Pereira Pedroso<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo teve como objeto de estudo a reincidência penal. A hipótese inicial buscou, através da crítica criminológica da realidade prisional brasileira, a possibilidade da inversão de recidiva como agravante para atenuante de pena. Para tanto, foram analisadas as teorias da pena, o conceito e espécies de reincidência, bem como a sua incidência como agravante na dosimetria. O estudo baseou-se no método dedutivo, partindo de uma abordagem que utilizou técnicas de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se, assim, que a legislação penal deve inverter a lógica da reincidência, ante à irracionalidade de usá-la como agravante da pena dentro de uma política criminal que visa reduzir a insegurança pública, especialmente, em razão do já reconhecido “estado de coisas inconstitucional” (ADPF n. 347).

**Palavras-chave:** Dosimetria da Pena. Reincidência. Atenuante. Estado de Coisas Inconstitucional.

**Abstract:** The object of this article was criminal recidivism. The initial hypothesis sought, through criminological criticism of the Brazilian prison reality, the possibility of inversion of recurrence as an aggravating factor for attenuating the penalty. For this, the theories of the penalty, the concept and species of recidivism were analyzed, as well as its incidence as aggravating in dosimetry. The study was based on the deductive method, based on an approach that used bibliographic research techniques. It was concluded, therefore, that criminal legislation must reverse the logic of recidivism, in the face of the irrationality of using it as an aggravating factor of the penalty within a criminal policy aimed at reducing public insecurity, especially because of the recognized “unconstitutional state of things” (ADPF n. 347).

**Keywords:** Dosimetry. Recidivism. Attenuation. Unconstitutional state of things.

### INTRODUÇÃO

A reincidência criminal é instituto frequentemente presente nas sentenças penais condenatórias, como também o é nas críticas doutrinárias. Na busca por segurança pública, o punitivismo é considerado a melhor opção para suprir os anseios populares, que festejam as possibilidades de aumentos de penas e punições desenfreadas.

Nessa linha, tem-se a reincidência como fator chave para a satisfação – ainda que parcial - desse desejo por punição, uma vez que tal circunstância é fator que sempre irá agravar a pena, sendo preponderante na análise das circunstâncias legais dentro da dosimetria da pena (CP, arts. 61, I, e, 67).

Tem-se, contudo, a necessidade de analisar se o agravamento da pena em razão da reincidência é uma solução estrategicamente inteligente e racional de uma política criminal que esteja alinhada com os preceitos da Carta Magna.

Assim, a presente pesquisa dispõe-se a analisar a reincidência criminal e o cárcere brasileiro, a partir do entendimento legal e doutrinário, a fim de encontrar racionalidade jurídica e sociológica no instituto.

Dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho busca demonstrar, a partir da crítica criminológica, a possibilidade de a reincidência ser transformada de agravante em atenuante da pena criminal. Para isso, tem-se como objetivos específicos a análise das Teorias da Pena; o desenvolvimento do conceito da reincidência de acordo com a legislação vigente no Brasil, bem como seus desmembramentos doutrinários; ainda, objetiva-se criticar a ação criminógena do cárcere, a partir da realidade brasileira; e, por

1. Advogado. Especialista em Criminologia, Política Criminal e Justiça Restaurativa pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: icaro-ppedroso@hotmail.com.



fim, denunciando a (ir)racionalidade da reincidência servir como agravante da pena – dentro de uma política criminal que visa reduzir a insegurança pública. Assim, busca-se pensar sobre uma possível mudança significativa no seu tratamento, na dosimetria da pena, passando-a de agravante à atenuante.

Ao que se trata da parte metodológica, o método dedutivo é o aplicado no presente trabalho, uma vez que necessário o raciocínio a partir de uma premissa já definida, para que seja alcançada uma conclusão. Quanto ao procedimento, o tipológico é o que melhor se aplica às intenções da pesquisa, posto que se baseia em analisar conceitos já existentes na intenção de buscar um resultado ideal para o tema. Ante a isso, a pesquisa bibliográfica, por meio de leis e doutrinas, é o que dá alicerce à realização do trabalho em tela na busca pela resposta do problema de pesquisa levantado.

Dessa forma, divide-se a pesquisa em três partes de desenvolvimento. A primeira irá desmembrar as Teorias da Pena, apresentando suas classificações e respectivas críticas. No segundo ato abordam-se os conceitos de reincidência, suas espécies e a maneira como ela incide na dosimetria da pena. Ainda, analisa-se o cárcere brasileiro, com sua influência na consolidação de carreiras criminosas ante a inefetividade dos objetivos ressocializadores. Propõe-se, por fim, a inversão conceitual da reincidência: de agravante à atenuante da pena.

## 1 TEORIAS DA PENA

Duas são as teorias que constituem o discurso oficial da Teoria Jurídica da Pena: as teorias retributivas e as teorias preventivas. A teoria retributiva, conhecida como absoluta, tem como objetivo final punir aquele que cometeu ato tido como ilícito como forma de retribuição pelo dano causado. Assim, para Zaffaroni *et al.* (2003, p. 115), essas teorias “tendem a a) retribuir b) para atingir externamente a eticidade c) quando uma ação objetivamente a contradiga d) infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião).” Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 423) complementa que a retribuição se dá pela “imposição de um mal justo contra um mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito.”

De acordo com Luigi Ferrajoli (2006, p. 236) as teorias absolutas são “todas aquelas doutrinas que concebem a pena como fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime [...]”. Logo, a pena retributiva deverá fazer Justiça, única e exclusivamente, fundamentando-se no questionável livre arbítrio do causador do injusto, impondo a ele um mal – a pena –, em troca do mal que ele gerou (BITENCOURT, 1999).

Assim, pode-se dizer que a função retributiva tem caráter expiatório ou compensatório e, ainda que possa corresponder a uma crença, não corresponde à democracia ou à ciência (ROXIN, 1993, apud CIRINO DOS SANTOS, 2017). Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 425) fundamenta:

Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito (a) o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus –, e (b) o Direito Penal tem por objetivo proteger bens jurídicos – e não realizar vinganças. Por outro lado, não é científico porque a *retribuição* do crime pressupõe um dado indemonstrável: a *liberdade de vontade* do ser humano, pressuposta no *juízo de culpabilidade* [...] não admite prova empírica.

A teoria preventiva, por sua vez, divide-se em duas: prevenção geral e prevenção especial, as quais dividem-se em positivas e negativas. Para Zaffaroni *et al.* (2003, p. 115),



a teoria da prevenção geral tem como público-alvo aqueles que não delinquiram, pretendendo que o valor positivo da criminalização atue sobre eles. Segundo os autores, a prevenção geral negativa age de forma dissuasória, enquanto a positiva se manifesta de forma reforçadora.

Através da dissuasão, a prevenção geral negativa espera que aquelas pessoas que não delinquiram não se sintam tentadas a delinquir. Dessa forma, “a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 117). O efeito dissuasivo da prevenção geral negativa se verifica através dos estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas:

Situações similares são conjunturais e, quando ocorrem, promovem tal concentração de poder que os operadores das agências tornam-se detentores do monopólio do delito impune, aniquilam todos os espaços de liberdade social e neutralizam as agências judiciais, suprimindo-lhes possibilidades de intervenção, tal como no Brasil de 1968 se deu com o Ato Institucional nº 5, que proibiu conhecessem os tribunais de *habeas corpus* em matéria de ‘segurança nacional’ (ZAFFARONI *et. al.*, 2003, p. 118).

Ou seja, na prevenção geral negativa, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 429), “aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusado potenciais”.

Ocorre, contudo, que essa função negativa da prevenção geral nunca teve sua eficácia comprovada, uma vez que, segundo Maria Lucia Karam (1991, p. 175), “a ameaça, mediante normas penais, não evita a prática de delitos ou a formação de conflitos”. Ou seja, a aparição do delito não se relaciona com o número de pessoas punidas, nem mesmo com a intensidade das penas impostas (KARAM, 1991).

Nesse sentido, destaca-se a ineficácia da ameaça como inibidora de comportamentos desviantes diante da “inutilidade das cruéis penas corporais medievais e a nocividade das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno.” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 429). Não distante disso, a prevenção geral positiva também encontra desafios em seu caminho.

Ao contrário da maneira dissuasória utilizada pela prevenção geral negativa, a teoria positiva utiliza a criminalização como valor simbólico, a fim de produzir consenso social acerca da suposta efetividade do sistema penal (ZAFFARONI *et al.*, 2003). Assim, a pena imposta, ainda que não atenda à reparação de danos causados à vítima, servirá como um “processo comunicativo”, impondo “um mal ao autor” do referido dano (ZAFFARONI, *et al.*, 2003, p. 121).

Ocorre, contudo, que a prevenção geral positiva não encontra eficácia, assim como a já citada prevenção geral negativa. Isso porque, quanto mais conflitos tiverem em uma sociedade estruturalmente injusta, menos consenso ocorrerá e, portanto, maiores penas deverão ser aplicadas na busca pela produção desse consenso (ZAFFARONI *et al.*, 2003). Assim, de acordo com os autores, a lógica da prevenção geral positiva indica que:

[...] em um sistema bastante desequilibrado devido às suas falhas, à injustiça distributiva, às carências da população, à seletividade do poder etc., a confiança naquele, por intermédio da criminalização, exige penas eventualmente atroz e recursos de investigação inquisitoriais, desde que proporcionem resultados nos casos que suscitem preocupação por causa de sua capacidade desequilibrante: a tendência será privilegiar a suposta eficácia e eliminar qualquer consideração limitativa nos casos mais visíveis, e ao mesmo tempo desinteressar-se pelo



restante dos casos não divulgados pela comunicação. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 123-124).

Por outro lado, enquanto a prevenção geral visa atingir a sociedade não delinquente através dos efeitos da pena, a prevenção especial foca no sujeito criminoso, buscando a correção ou a neutralização do autor. A neutralização do agente delinquente se consolida por meio da teoria da prevenção especial negativa e, ao contrário das ideologias 're' que serão comentadas mais a frente, a prevenção negativa não busca melhorar o criminoso, mas sim "neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social" (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 127).

Essa neutralização se dá através do aprisionamento do delinquente, com a privação da sua liberdade e, ante à realidade dos presídios brasileiros, de outros direitos que não lhe deveriam ser privados. A privação de liberdade, contudo, produz maior reincidência e, conseqüentemente, maior criminalidade, que são gerados através da nocividade do cárcere. Assim, uma vez que a pena privativa de liberdade custa ao condenado uma desadaptação social, quanto mais tempo ele ficar preso, maior a chance de vir a reincidir, isso porque, de acordo com Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 450):

[...] a prisão só ensina a viver na prisão. Em poucas palavras, a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior.

A teoria da prevenção especial positiva, por fim, busca a correção do delinquente e a sua inserção ao convívio social. Mas não por isso está imune a críticas. Essa espécie da teoria preventiva originou as variações das ideologias "re", que consistem na ressocialização, reeducação, reinserção etc. do delinquente (ZAFFARONI *et al.*, 2003). Ou seja, o objetivo de ressocialização pretende fazer com que o criminoso reflita sobre o crime que cometeu e, conseqüentemente, não volte a cometê-lo (GRECO, 2004).

Portanto, "no plano teórico este discurso parte do pressuposto de que a pena é um bem para quem a sofre, de caráter moral ou psicofísico." (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 126). Na prática, contudo, o plano ressocializador falha desde a sua invenção. Isso porque, o caráter repressivo das penas criminais se mostra ineficaz em relação à sua proposta oficial, qual seja a de reeducar o preso para tornar a viver em sociedade e, conseqüentemente, reduzir a violência (BUCH, 2019).

Assim, para Alessandro Baratta (2011, p. 168), ante à "impossibilidade estrutural da instituição carcerária cumprir a função da reeducação e da reinserção social", basta observar a história para perceber "o substancial fracasso de toda obra de reforma dessa instituição, em relação ao atingimento do objetivo declarado."

Desse modo, a concepção reeducativa da pena é posta em dúvida (BARATTA, 2011), uma vez que as condições de coação do preso acabam com qualquer projeto de corrigi-lo ou ressocializá-lo (CIRINO DOS SANTOS, 2021). Nesse sentido, para Juarez Cirino dos Santos (2021, p. 279): "a pena não pode transformar indivíduos violentos em indivíduos sociáveis porque, afinal, institutos penais não são institutos de educação."

Ou seja, é notável que a função ressocializadora não cumpre sua função porquanto "os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa." (BARATTA, 2011, p. 183).

E isso se comprova através dos altos níveis de reincidência, demonstrando o fracasso da prevenção especial das penas. Ora, se a reincidência fosse uma exceção,



seria possível dizer que a pena cumpre seu papel de preventivo. Contudo, afirmar isso iria no caminho contrário aos fatos, que demonstram “que a pena ou pelo menos a pena privativa de liberdade, está longe de cumprir suas finalidades, apontadas pelas teorias relativas ou de prevenção.” (YAROCHEWSKY, 2005, p. 188).

Logo, ainda que a finalidade da reeducação do preso seja nobre, o escopo da prevenção especial positiva morre mais a cada dia, e “morre porque – na irreversível crise do Estado Social de Direito – progressivamente desfalece a perspectiva da inclusão social.” (PAVARINI, 2012). O autor conclui, alegando que o escopo da prevenção especial positiva funda sua plausibilidade lógica de forma subordinada a uma premissa maior, levantando o questionamento:

[...] se o Estado Social de Direito persegue o fim da integração social, então também a pena deve (porque logicamente pode) ser ressocializante. Mas, se na agenda política da pós-modernidade impera a finalidade da exclusão social, como é possível sustentar que, não obstante isto, o sistema penal deva (quando logicamente não pode) perseguir o fim da reintegração social? (PAVARINI, 2012, p. 97).

Assim, conclui-se pelo também visível fracasso da função preventiva da pena: o fracasso da prevenção especial diante dos elevados índices de reincidência; e o fracasso da prevenção geral ante à elevação da criminalidade, mesmo como endurecimento e rigor da legislação penal (YAROCHEWSKY, 2005).

Por fim, ressalta-se que no Brasil essas teorias foram adotadas em conjunto, consagrando as “teorias unificadas”, que tem o objetivo de “superar as deficiências particulares de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 430). Assim, tem-se que:

No Brasil, o CP consagra as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena ‘conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime’ (art. 59, CP): a reprovação exprime ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (correção e neutralização do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 431) (grifos do autor).

Ante a todo o exposto, verificam-se as mais variadas falhas nas teorias da pena, seja porque a teoria retributiva busca vingança e não a proteção plena dos bens jurídicos, seja porque o alto índice de reincidência e de criminalidade demonstram as incoerências das teorias preventivas. De toda forma, são essas as teorias – retributivas e preventivas –, que constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena, e é a partir delas que a presente pesquisa será desenvolvida.

## 2 REINCIDÊNCIA: CONCEITOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS E SUA INCIDÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA

Do significado literal da palavra, reincidência quer dizer obstinação, insistência, teimosia. Para esta pesquisa, no entanto, reincidência será única e exclusivamente aquilo tratado no discurso jurídico. Portanto, de acordo com o artigo 63 do Código Penal:



Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

O artigo 64, por sua vez, indica que, para efeito de reincidência:

[...]

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A Lei de Contravenções Penais, no mesmo sentido, em seu artigo 7º, fundamenta:

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Dessa forma, verificam-se os requisitos jurídicos para que a reincidência seja contabilizada. Vale destacar que, segundo o levantamento realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem outras formas de reincidência registradas. Nesse sentido:

a reincidência tem sido registrada, pelo menos, de quatro formas: a) genérica – quando a pessoa comete mais de um crime (mesmo sem condenação/trânsito em julgado), independentemente de lapso temporal; b) criminal – quando há mais de uma condenação, independentemente de prazo entre um crime e outro; c) penitenciária – quando há retorno ao sistema prisional, após o cumprimento de pena em um estabelecimento penal; d) legal – quando há condenação judicial por um crime em um período de até cinco anos após a extinção da pena anterior. (CNJ, 2019, p. 45).

Contudo, embora existam outras formas de analisar a reincidência, aqui será considerado seu conceito estritamente legal, a fim de dar à pesquisa um caminho coerente de conceituações e críticas.

Pois bem, conforme se verifica nos artigos citados anteriormente, a reincidência ocorrerá quando um novo crime for cometido após o trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior. Ou seja, se o réu cometer novo crime antes do trânsito em julgado da condenação pela primeira infração, ele não será considerado reincidente.

Isto posto, é necessário, ainda, conceituar as espécies de reincidência, porquanto não definidas expressamente em lei. A reincidência pode ser verificada quanto aos seus pressupostos ou quanto à sua natureza, e são delimitadas em: real ou própria, ficta ou imprópria, genérica ou heterogênea e específica ou homogênea (YAROCHEWSKY, 2005).

Quanto aos requisitos ou pressupostos para a caracterização da reincidência, existem duas modalidades: a) reincidência real ou própria, que ocorrerá quando o autor de uma infração penal cometer outra, após cumprir parcial ou totalmente a pena imposta pela prática de um crime anterior; e, b) reincidência ficta ou imprópria, que irá ocorrer quando o autor de um crime vier a cometer outro depois que a sentença que o condenou pelo primeiro delito transitar em julgado (YAROCHEWSKY, 2005).



Ou seja, no primeiro caso, o agente só será reincidente depois de ter sido condenado e “sofrido pena” por um crime anterior, isto é, ele deverá ter tido contato direto com o cárcere. Já no segundo caso, basta que haja o cometimento de um crime após haver condenação transitada em julgado por um outro delito, sem que o agente tenha sido preso, por exemplo (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2018).

Ainda que os efeitos da reincidência na aplicação da pena sejam explicados apenas mais a frente nesta pesquisa, necessário salientar, desde já, que, segundo Leonardo Yarochevsky (2005, p. 28): “o agravamento da pena, em razão da reincidência ficta, constitui verdadeiro afrontamento aos princípios da culpabilidade e da individualização da pena, postulados de direito penal garantidor, que tem o homem como fim em si mesmo.”. Nessa mesma linha, importante e contundente a crítica de Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 535) a respeito das definições de reincidência real e reincidência ficta:

A definição legal de reincidência descreve hipótese formal irrelevante e escamoteia situação real relevante: a) descreve a hipótese formal irrelevante da reincidência ficta, porque o trânsito em julgado da condenação anterior indicaria presunção de periculosidade, um conceito carente de conteúdo científico; b) escamoteia a experiência concreta relevante da reincidência real, porque o novo crime é produto da ação deformadora da prisão sobre o condenado, através da execução da pena do crime anterior.

Ainda quanto aos conceitos e espécies de reincidência, tem-se sua definição também quanto à natureza do crime, conforme indicado anteriormente. Assim, é possível classificar a reincidência quanto à identidade, ou não, dos fatos, da seguinte maneira: a) reincidência genérica ou heterogênea; e, b) reincidência específica ou homogênea (YAROCHEWSKY, 2005)

No primeiro caso, será chamada de reincidência genérica ou heterogênea – também conhecida como reincidência geral – a hipótese em que não houver identidade entre os fatos praticados, ou seja, o crime da primeira condenação seja de natureza diversa ao novo delito praticado (YAROCHEWSKY, 2005). Para Zaffaroni (1992, *apud* YAROCHEWSKY, 2005, p. 91), a reincidência genérica deveria ter “una menor culpabilidad en virtud de la reducción del ámbito de autodeterminación que genera la previa intervención punitiva, por estigmatizante y reductora del espacio social del penado [...]”.

Por outro lado, para que haja a reincidência específica ou especial, exige-se a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pela qual sofreu anterior condenação (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2018).

Definidas as espécies de reincidência, bem como feita a análise dos artigos que a definem em lei, é possível concluir que a espécie de recidiva consagrada no Código Penal é a genérica, dado que o ordenamento jurídico-penal brasileiro não levou em consideração critérios de paridade, natureza e espécie de delito. Ainda, verifica-se também a incidência da reincidência ficta, uma vez que a lei determina apenas a condenação transitada em julgado, e não o efetivo ingresso do condenado no sistema carcerário.

Feita a distinção entre as espécies de reincidência, e assimilado qual delas são aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, necessário compreender como o instituto incide efetivamente na aplicação da pena criminal.

O artigo 68 do Código Penal explica que o cálculo da pena será realizado em três partes: a primeira consiste na aplicação da pena-base, que será fixada a partir da análise



das circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do mesmo Código; na segunda parte, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e, em terceiro, o juiz deverá analisar as causas de diminuição e de aumento de pena. Por ora, o que interessa à pesquisa é a segunda parte da aplicação da pena, uma vez que será nesse momento que a reincidência irá incidir.

Como explicado anteriormente, se o acusado for reincidente, ou seja, preencher os requisitos dos artigos 63 e 64 do Código Penal, essa circunstância irá obrigatoriamente agravar sua pena, a menos que essa reincidência constitua ou qualifique o crime. Assim, é possível concluir que a reincidência possui natureza jurídica de agravante genérica. Contudo, não é apenas agravando a pena que a reincidência aparece. Uma vez verificado que o condenado é reincidente, diversos serão os efeitos legais subsidiários que influenciarão na vida do apenado.

Nesse sentido, verifica-se que a reincidência não só agrava a pena privativa de liberdade, como também determina o regime de cumprimento da pena mais severo (art. 33, CP); impede substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se for específica em crime doloso (art. 44, II, CP); impede substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa (art. 60, §2º, CP); prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67, CP); obstrui o *sursis*, quando da prática de crime doloso (art. 77, I, CP); aumenta o lapso temporal de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); aumenta o prazo (art. 110, CP) e interrompe a prescrição (art. 117, VI, CP); revoga o *sursis* (art. 81, CP), o livramento condicional (art. 87, CP) e a reabilitação (art. 95, CP); impede alguns casos de diminuição de pena (art. 155, §2º; 170 e 171, §1º, do CP); impossibilita a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95), entre outros (CARVALHO; CARVALHO, 2001).

Por todos esses efeitos causados na vida do condenado em razão da reincidência, é de se questionar quais foram as motivações que levaram o legislador a considerar o referido instituto como circunstância agravante de pena. Nesse ponto, diversas são as teorias legitimadoras da exacerbação da pena pela reincidência. Seja pela insuficiência das penas impostas ou pela maior periculosidade do reincidente; seja pela causa de agravamento do injusto, pela maior culpabilidade ou maior alarme social; seja pela Teoria do hábito de delinquir (NACIF, 2011), fato é que, “nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade.” (KARAM, 1991 *apud* CARVALHO; CARVALHO, 2001, p. 63).

O discurso oficial do Código Penal, no entanto, embora não demonstre abertamente, acabou por justificar a reincidência através da teoria criminológica derivada do positivismo, tendo em conta a adoção do critério da “periculosidade” (CARVALHO; CARVALHO, 2001, p. 63). Assim, segundo Salo de Carvalho (2001, p. 138), a periculosidade se mostra “uma situação de fato inverificável e processualmente improvable pela impossibilidade empírica de experimentação”, ademais, “a extensão semântica de termos como periculosidade personalidade, antecedentes e conduta social tornam o ato jurisdicional extremamente arbitrário no acerto dos casos.”.

Desse modo, vê-se que quando a lei prevê um agravamento de pena para o reincidente, ela não o faz porque o acusado praticou um novo crime ou um crime mais grave, ela o faz simplesmente pelo fato de ser o acusado reincidente, como explica Leonardo Yarochevsky (2005, p. 98):

Na verdade, quando a lei prevê uma punição mais rigorosa para o reincidente, seja elevando sua pena ou restringindo seus direitos e benefícios do mesmo, ela o faz não porque o indivíduo praticou uma nova infração ou porque a infração seja



mais grave ou, ainda, porque o mesmo agiu com maior culpabilidade. Ao punir com mais severidade o reincidente, a lei o faz somente pelo fato de ser o indivíduo reincidente, ou seja, ela responsabiliza simplesmente o agente, direito penal do autor, alguém que já foi etiquetado e que, portanto, vê-se estigmatizado pelo sistema penal dentro de um processo de criminalização.

É evidente, pois, que o instituto da reincidência, além de não demonstrar racionalidade, ainda possui papel determinante para o encarceramento em massa dos presídios brasileiros, conforme se verificará em tópico posterior.

Por fim, importa ressaltar, pelas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2018, p. 751): “a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em ‘disciplinadas’ e ‘indisciplinadas’, e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor.”.

### **3 EFEITOS DA AÇÃO CRIMINÓGENA DO CÁRCERE: A CONSOLIDAÇÃO DE UMA CARREIRA CRIMINOSA**

A pena como resposta ao desvio esteve presente em todas as quadras históricas da humanidade e, segundo Foucault (2015, p. 227), o período clássico apresentou quatro grandes formas punitivas, quais sejam, a expulsão, a compensação financeira, a marcação e, por fim, a prisão.

A sociedade grega valia-se do banimento do cidadão, enquanto a compensação financeira era realizada nas sociedades germânicas. No fim da idade média, o ocidente passou a usar a marcação como forma punitiva principal e, finalmente, o encarceramento tornou-se marca registrada do punitivismo das sociedades atuais (FOUCAULT, 2015).

A grande verdade é que a pena, seja ela corporal ou de privação de liberdade, seja ela aplicada nos tempos antigos ou atuais, nunca cumpriu com seu objetivo ressocializador, como se verifica na literatura não tão ficcional de Dostoiévski, escrita em 1862:

[...] É claro que as prisões e o sistema de trabalhos forçados não reeducam o criminoso; eles apenas o castigam e salvaguardam a sociedade de futuros atentados dos facínoras contra a sua paz. No próprio criminoso, a prisão e os mais intensos trabalhos forçados amplificam apenas o ódio, a sede de prazeres proibidos e uma terrível leviandade. No entanto, tenho a firme convicção de que o famoso sistema de celas atinge apenas um objetivo, falso, aparente, enganador. Suga a seiva viva do homem, enerva-lhe a alma, debilita-a, assusta-a e depois nos apresenta uma múmia moralmente ressequida, um semilouco, como modelo de reeducação e arrependimento [...] (DOSTOIÉVSKI, 2020, p. 46-47).

Ademais, não bastasse não cumprir com seu papel, o sistema prisional, principalmente o brasileiro, faz caminho inverso. Nesse sentido, para João Marcos Buch (2019, p. 22):

[...] a prisão em seu atual contexto, no Brasil, é criminogênica, ou seja, em vez de frear a criminalidade e estabelecer a paz social, atua em sentido contrário, favorecendo o cometimento de novos delitos a partir da primeira entrada do sujeito no violento e perverso Sistema de Justiça Criminal.

Isso porque, segundo Alessandro Baratta (2011, p. 167-168) o “cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa”, uma vez que ele é “o instrumento essencial para a criação de uma população criminosa, recrutada quase



exclusivamente nas fileiras do proletariado, separada da sociedade e, com consequências não menos graves, da classe”.

Assim, essa formação de uma carreira criminosa se dá pelo fato de que, quando preso, o apenado não é ensinado a viver em sociedade, ele apenas aprimora suas práticas e vivências anteriores a partir do contato e da relação com outros internos (YAROCHEWSKY, 2005). Tem-se a prisão, então, como uma verdadeira fábrica de delinquentes, conforme explica Evandro Lins e Silva (1991, p. 40):

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonham os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudiá-los, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica delinquentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de condenados.

Veja-se que o processo de entrada no sistema penitenciário se dá de maneira a retirar do condenado não só a sua liberdade, mas também a sua identidade: o seu nome é substituído por uma matrícula, a sua roupa é substituída por um uniforme, a sua honra e sua moral são perdidas (YAROCHEWSKY, 2005). Esse procedimento vai dando lugar à prisionalização, que concede ao condenado acesso a dois caminhos característicos: “a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso” (BARATTA, 2011, p. 185). Sobre esses dois processos complementares que são introduzidos ao condenado na prisão, Juarez Cirino dos Santos (2021, p. 279) os classifica como “desculturação” e “aculturação”, e os explica:

[...] a) um processo de desculturação em face dos valores e normas sociais em geral, com efeitos psíquicos de redução da vontade, de perda do senso de responsabilidade, de formação de imagens ilusórias da realidade e distanciamento progressivo de costumes e práticas sociais civilizadas; b) um processo de aculturação em face da prisão, também conhecido como prisionalização, com absorção de valores e normas e sobrevivência na prisão e adoção de modelos de comportamento próprios da subcultura carcerária [...].

É dentro dessa subcultura carcerária que o condenado se vê diante de duas opções: ou ele assume um papel de “bom preso”, aceitando as normas da prisão, demonstrando atitudes de passividade e conformismo; ou ele assume um papel de criminoso, onde irá compor a minoria dominante da organização do poder informal da comunidade do sistema prisional, que tem a capacidade de decidir acerca da distribuição de “recursos” internos. De uma forma ou de outra, o caminho escolhido pelo apenado busca a sua sobrevivência dentro do sistema (CIRINO DOS SANTOS, 2021, p. 279).

Nesse sentido, conforme argumenta Leonardo Yarochevsky (2005, p. 195) beira a ingenuidade acreditar que “aquele que sobreviverá a tudo isso, pois muitos acabam morrendo na própria prisão, estará “ressocializado” e poderá ser ‘reintegrado’ à sociedade.”. Conclui-se, então, que o sistema penal produz efeitos contrários ao discurso oficial que ele mesmo apresenta. Esse sistema “endurece o condenado, jogando-o contra



a 'ordem social', na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima" (HOULSMANN; CELIS, 1993, p. 72).

Nesse ponto, necessário mencionar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, decidiu por caracterizar o sistema penitenciário nacional como um “estado de coisas inconstitucional”, conforme ementa:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” (Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 09/09/2015).

Para a Corte Suprema, os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos, implicando diretamente no aumento da criminalidade, e a prova disso se dá pelo alto índice de reincidência. Importante, nesse ponto, o questionamento de Leonardo Yarochevsky (2005, p. 195-196): “Como punir e castigar um preso e ao mesmo tempo reformá-lo? Como ressocializar um preso, privando-o da vida em sociedade? Como reeducar, dentro de uma prisão, alguém que jamais foi educado em liberdade?”.

Ora, se a pena tem como finalidade a ressocialização e reinserção do condenado ao convívio social, e se a prisão atua de forma contrária a esse objetivo, tendo papel importante na consolidação de uma carreira criminosa do apenado e fazendo com que, consequentemente, ele torne a delinquir assim que estiver em liberdade, conclui-se que é preciso que se faça uma mudança radical nas bases do sistema jurídico-penal brasileiro, a fim de encontrar uma saída racional para solucionar o problema da insegurança pública, resguardando os preceitos constitucionais.

A possibilidade dessa mudança radical é a hipótese da presente pesquisa, e será proposta detalhadamente a seguir.

#### **4 UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A REINCIDÊNCIA PENAL: DE AGRAVANTE À ATENUANTE DA PENA**

Como dito acima, é necessário que se faça uma mudança radical no sistema jurídico-penal brasileiro, a fim de conter o desenfreio e irracional poder punitivo que se alastra pelo território do país. Assim, feita a construção teórica do problema de pesquisa, passa-se à análise dos dados.

Recentemente, no ano de 2019, o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou uma pesquisa acerca dos índices de reincidência nos presídios brasileiros. Contudo, conforme já explicado outrora, além de existirem poucas pesquisas no Brasil sobre a reincidência criminal, as que existem precisam enfrentar dados inconsistentes advindos das variadas definições de reincidências utilizadas.

Não obstante a isso, o estudo determinou-se a analisar 82.063 execuções penais de grande parte do Brasil baixadas ou julgadas em 2015, acompanhando sua trajetória até dezembro de 2019. Contudo, importa relatar que, em razão da natureza dos dados



utilizados, extraídos do banco de dados da Replicação Nacional, a pesquisa não considerou para fins de reincidência o trânsito em julgado de uma nova sentença condenatória, mas sim o início de uma nova ação penal.

Assim, para fins de precisão e transparência da pesquisa, informa-se que os dados apresentados não dizem respeito à reincidência legal, por não haver trânsito em julgado, mas sim ao reingresso no sistema de justiça criminal por alguém que já havia cumprido pena anteriormente.

A partir dessa análise, verificou-se que, no mínimo, 42,5% das pessoas com processos registrados nos Tribunais de Justiça em 2015 de todo o Brasil reentraram no Poder Judiciário até dezembro de 2019. Entretanto, tem-se que o período de quatro anos é relativamente curto, tendo em vista a lentidão que assola o sistema de justiça criminal brasileiro. Assim, deve-se compreender que o percentual indicado é o mínimo, logo, há grande possibilidade de que o valor seja mais alto, caso o corte temporal da pesquisa fosse ampliado (CNJ, 2019).

Ainda que não sejam analisados os processos com trânsito em julgado e, portanto, os dados apresentados se afastem um pouco do objetivo do presente artigo, fato é que, no mínimo 42,5% dos egressos do sistema prisional brasileiro tornam a adentrar no sistema de justiça criminal.

Assim, diante dos dados apresentados e da análise criminológica apresentada, é possível concluir que “quanto maior o tempo de prisão, maiores os riscos de degradação do condenado, impedindo a sua desejável recuperação e aumentando, consequentemente, os riscos da sociedade, que um dia o terá de retorno.” (PIRES, 1997 *apud* YAROCHEWSKY, 2005, p. 196). Para Eugenio Raul Zaffaroni (2001, p. 60), a prisão cumpre uma função reprodutora, uma vez que:

“[...] a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o esforço desses papéis [...]”.

Nesse ponto, reitera-se o já citado trecho de Maria Lúcia Karan, onde a autora afirma que não existe argumentação racional capaz de fundamentar a existência do instituto da reincidência.

Além do mais, diversos são os autores que indicam que o referido instituto é inconstitucional, uma vez que viola inúmeros princípios constitucionais, como o princípio da individualização da pena, da proporcionalidade da pena, o princípio da ofensividade ou o da intervenção mínima etc. (NACIF, 2011). Talvez o argumento com mais força, contudo, seja o da violação do princípio do *non bis in idem*. Tal princípio indica que uma pessoa não pode receber pena mais de uma vez pelo mesmo fato.

No caso da reincidência, o agente desviante recebe pena pelo delito cometido, e essa pena é agravada por existir uma condenação por crime anterior, ou seja, o delito anterior recebe dupla punição.

Nesse sentido, Maria Lúcia Karan (*apud* NACIF, 2011, p. 150) torna a alegar que não existe argumento capaz de se sobrepor ao fato incontestável de que o agravamento da pena de um delito em função de um outro cometido anteriormente e já punido, constitui uma violação ao princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Na mesma linha argumentam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (2018, p. 751), quando explicam que não existe teoria capaz de “fundamentar a agravamento da pena pela reincidência, sem violar o *non bis in idem* e a consequente intangibilidade da coisa julgada”.



É necessário que se reconheça, portanto, a impotência do direito penal no objetivo de prevenir a criminalidade e, por óbvio, prevenir a reincidência. Nesse sentido, há uma linha de autores que propõem a exclusão da reincidência do ordenamento jurídico penal como forma de agravamento da pena, bem como a extinção de todos os efeitos advindos do reconhecimento do indivíduo como reincidente (YAROCHEWSKY, 2005).

Contudo, em que pese extremamente importante a proposta, é necessário que se faça uma reforma radical no instituto da reincidência, analisando materialmente a realidade do cárcere brasileiro e sua influência na vida do preso.

Para isso, primeiramente faz-se necessário retomar as definições de reincidência real e reincidência ficta, quando a primeira “escamoteia a experiência concreta relevante de reincidência real”, e a segunda trata-se de “hipótese formal irrelevante”.

A mudança do instituto da reincidência parte-se do princípio que, reconhecida a ação criminógena do cárcere, é necessário excluir a hipótese formal irrelevante da reincidência ficta, uma vez que ela se mostra incapaz de indicar cientificamente a periculosidade do agente delinquente. Ato contínuo, é preciso definir a situação concreta relevante da reincidência real como “produto da ação criminógena da execução da pena (e do processo de criminalização) sobre o condenado, por falha do projeto técnico-corretivo da prisão.” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 535-536).

Assim, retomando às teorias preventivas da pena, tem-se que, se a prevenção especial positiva de corrigir e ressocializar o apenado se mostra ineficaz; e se a prevenção especial negativa que objetiva neutralizar o apenado de fato funciona como prisionalização deformadora da sua personalidade, conclui-se que a reincidência real não pode ser uma agravante da pena (CIRINO DOS SANTOS, 2017).

Ou seja, a reincidência ficta é formalmente irrelevante, porquanto incapaz de indicar a periculosidade do acusado com base em uma sentença transitada em julgado.

A reincidência real, por sua vez, não só não deve servir como agravante da pena – por tudo que já foi exposto –, como deve passar por uma reforma radical: se a pena tem função ressocializadora, mas são retiradas do apenado todas as condições para fazê-lo; se o sistema prisional funciona como meio de consolidação de uma carreira criminosa; se o egresso do sistema prisional é etiquetado como tal e estigmatizado e marginalizado por isso; então a reincidência real deve deixar de ser circunstância agravante da pena, e passar a ser causa de atenuação (CIRINO DOS SANTOS, 2017).

Portanto, visando uma política criminal que busca a redução da insegurança pública, e diante dos altos indicadores de reincidência penal em razão das ações criminógenas do cárcere, propõe-se a mudança radical no tratamento da reincidência na dosimetria da pena: de agravante à atenuante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por segurança pública é assunto frequente no dia a dia da população brasileira. Some-se a isso a grande sanha punitiva e o incentivo político ao recrudescimento das leis penais, chegamos à 3ª maior população carcerária do mundo.

Por outro lado, estudiosos da área do direito penal, processual penal e criminologia vêm indicando há anos que os melhores caminhos no enfrentamento da insegurança pública e a preservação do respeito aos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos se dão a partir da mínima interferência do poder punitivo.



No que toca à reincidência não poderia ser diferente. Desse modo, propôs-se a realização do presente trabalho a fim de buscar respostas científicas para a melhor adequação do instituto da reincidência e a realidade do cárcere brasileiro.

De início, foram exploradas as teorias que constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena, quais sejam as teorias retributivas e preventivas. As teorias preventivas, por sua vez, divididas em gerais e especiais, que se dividem em positivas e negativas.

Da análise da doutrina e da letra da lei, concluiu-se que o sistema penal brasileiro adota a teoria unificada na pena, porquanto busca a retribuição e a prevenção ao mesmo tempo.

Depois, foi realizado breve estudo a respeito dos conceitos de reincidência, suas espécies e previsões legais. Verificou-se que a reincidência pode ser real ou ficta quando abordada a partir dos seus pressupostos, bem como pode ser genérica e específica, quando vista sob a ótica da natureza do crime.

Foi analisado, ainda, a estrutura da aplicação da pena criminal, através da dosimetria da pena, e demonstrado como a reincidência incide como circunstância agravante da pena. Ademais, foram explorados os demais efeitos da reincidência, além da causa de exacerbação da pena.

No terceiro capítulo do texto, foi abordada a realidade do cárcere brasileiro e a sua ação criminógena, capaz de fazer com que o apenado sai da prisão pior do que quando entrou, consolidando, portanto, uma carreira criminosa.

A partir da análise concreta do sistema prisional brasileiro, foi denunciada a irracionalidade da reincidência servir como agravante de pena e foi proposta uma mudança radical na sua incidência na dosimetria.

Nesse sentido, afastada a hipótese da reincidência ficta, por ser formalmente irrelevante, foi debatida a verdadeira influência da reincidência real na vida do apenado e na vida da sociedade.

Confirmou-se, portanto, a hipótese inicial, concluindo-se que, tendo a prisão brasileira um efeito criminógeno no apenado, bem como não sendo cumprida sua função ressocializadora e, visando uma política criminal que busca a redução da insegurança pública, deve-se ocorrer uma mudança radical no tratamento da reincidência na dosimetria da pena: de agravante à atenuante.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **ADPF 347**. Disponível em: <paginador.jsp (stf.jus.br)>. Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reentradas e reinterações infracionais**: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiro. Brasília: CNJ. 2019. Disponível em: <Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf (cnj.jus.br)> Acesso em: 20 nov. 2022.



BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688/41**. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <DEL3688 (planalto.gov.br)> Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848/40**. Código Penal. Disponível em: <DEL2848compilado (planalto.gov.br)> Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7210/84**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <L7210 (planalto.gov.br)> Acesso em: 20 nov. 2022.

BUCH, João Marcos. **Execução penal aplicada**: anotações para redução de danos. São Paulo: Giostri, 2019.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. – 2ª ed., amp. – Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. 1. Ed. – Tirant lo Blanch: 2021.

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

DOSTOIÉVSKI, Fiódor, 1821-1881. **Escritos da casa morta**. Trad. Paulo Bezerra. – São Paulo: Editora 34, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Impetus, 2004.

HULSMANN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. 1. Ed. Niterói, RJ: LUAM, 1993.

LINS E SILVA, Evandro. **De Beccaria a Filippo Gramatica. Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991

KARAM, Maria Lucia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam, 1991.

NACIF, Simone Carneiro Reis. **A reincidência como circunstância atenuante no direito penal brasileiro**. – 2011. Disponível em: <Simone Nacif\_Texto Completo.pdf (uerj.br)> Acesso em: 17 nov. 2022.



PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: ICPC, 2012.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal** – Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedroso e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 12ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



## MEDIDAS ATÍPICAS DE COERÇÃO EXECUTIVA: A SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO E A APREENSÃO DO PASSAPORTE DO DEVEDOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Wilson Cesar Rosa<sup>1</sup>  
Edeilson Ribeiro Bona<sup>2</sup>

**Resumo:** O trabalho objetiva investigar a adoção de medidas atípicas de coerção na fase executiva do processo civil. A busca por maior efetividade na tutela jurisdicional é visualizada por todo o Código de Processo Civil (CPC), inclusive na possibilidade da adoção destas medidas. Em razão da relevância da matéria na solução dos conflitos de ordem pecuniária, o tema já foi objeto de diversas decisões com conclusões diversas ao redor do país, causando insegurança jurídica e levando a matéria para julgamento dos Tribunais Superiores. A pesquisa se vale do método hipotético-dedutivo e o procedimento estruturalista. Através da revisão da literatura, rememora-se a evolução jurídico-social no tocante a adoção de medidas excepcionais para satisfação do crédito no processo executivo no Brasil e, valendo-se da análise documental (decisões judiciais), apresenta as conclusões tomadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), especificamente sobre a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do passaporte do devedor. A pesquisa permitiu identificar que o entendimento do STJ na matéria tem sido acompanhado no TJSC, autorizando-se a adoção dos meios atípicos de coerção executiva quando presentes os requisitos autorizadores, sobretudo a demonstração de esgotamento de tentativas menos lesivas ao patrimônio do executado.

**Palavras-chave:** Processo executivo. Medidas atípicas. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

**Abstract:** The aim of this work is to investigate the adoption of atypical coercive measures in the executive phase of civil proceedings. The search for greater effectiveness in judicial protection is visualized throughout the Code of Civil Procedure (CPC), including the possibility of adopting these measures. Due to the relevance of the matter in the solution of pecuniary conflicts, the subject has already been the subject of several decisions with different conclusions around the country, causing legal uncertainty and taking the matter to the judgment of the Superior Courts. The research uses the hypothetical-deductive method and the structuralist procedure. Through a literature review, the legal and social evolution is recalled regarding the adoption of exceptional measures for credit satisfaction in the executive process in Brazil and, making use of documental analysis (judicial decisions), it presents the conclusions taken within the scope of the Superior Court of Justice (STJ) and the Court of Justice of the State of Santa Catarina (TJSC), specifically on the suspension of the National Driver's License (CNH) and the debtor's passport. The research made it possible to identify that the understanding of the STJ in the matter has been followed in the TJSC, authorizing the adoption of atypical means of executive coercion when the authorizing requirements are present, especially the demonstration of exhaustion of attempts that are less harmful to the assets of the debtor.

**Keywords:** Executive civil proceeding. Atypical coercive measures. Superior Justice Court. Court of Justice of the State of Santa Catarina.

1. Oficial de Justiça do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso (TJMT). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT – Campus de Barra do Bugres). Endereço profissional: Avenida Presidente Tancredo A Neves, 1220N, Jardim Mirante, Tangará da Serra/MT, CEP 78300-000, E-mail: wilcrosa@gmail.com. Telefone: (65) 33611419.

2. Professor substituto na Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito, Estado e Sociedades (GPDES – UNEMAT). Advogado. Endereço profissional: Rua A. s/n - COHAB São Raimundo - Barra do Bugres/MT, Brasil, CEP 78390000. E-mail: edeilsonbona@gmail.com; Telefone: (65) 33611419.



## INTRODUÇÃO

A existência do processo revela o caráter civilizatório da sociedade para resolução de seus conflitos. O reconhecimento de direitos fundamentais processuais, como o devido processo legal, guarda relação direta com a evolução do tratamento dado aos reclamados em demandas judiciais, sobretudo na condição de devedores.

O direito a uma tutela dotada de efetividade igualmente foi erigido como fundamental e liderou mudanças no âmbito processual, a fim de se buscar celeridade e efetividade na atuação do Poder Judiciário. O dever de prestar uma justiça célere cabe ao Estado e o direito a tal prestação jurisdicional é do indivíduo.

A edição da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil - CPC) trouxe consigo diversas inovações buscando a modernização e maior efetividade da tutela jurisdicional. A partir do primeiro artigo da lei, declaram-se normas fundamentais processuais, enquanto o art. 4º do CPC afiança ser direito das partes “obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 2015).

Dentre outras previsões levantadas com este fim, apresenta-se a possibilidade dos meios coercitivos na execução judicial se darem através de meios atípicos, como se traduz no art. 139, inc. IV do CPC, que trata da incumbência do magistrado, no processo de execução: “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (BRASIL, 2015).

Esta previsão do CPC acarretou os mais diversos pedidos para adoção de medidas atípicas, tais como a apreensão de passaporte, a suspensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH), o bloqueio de cartões e milhas aéreas, bem como a proibição de participação em concursos públicos.

Neste artigo, pretende-se responder de que forma o Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado a temática da adoção de medidas atípicas de coerção executiva no processo executivo e quais as balizas interpretativas para aplicação do art. 139, IV do CPC.

Através da revisão da literatura, rememora-se a evolução jurídico-social no tocante à adoção de medidas excepcionais para satisfação do crédito no processo executivo no Brasil e, valendo-se da análise documental (decisões judiciais), busca responder de que forma e em que medida podem ser adotados estes meios atípicos.

A partir das posições firmadas pela Corte Superior e, diante do recorte metodológico utilizado na pesquisa, pretende-se analisar, especificamente, as conclusões adotadas nos julgamentos realizados pelo STJ no Recurso Especial 1.788.950-MT (Relatora Ministra Nancy Andrighi) e no Habeas Corpus nº 453.870-PR (Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

Após, no último capítulo, busca responder de que a adoção dos meios atípicos consistentes na suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do passaporte do devedor tem sido aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC).

## 1 A EDIÇÃO DO CPC/15 E A MUDANÇA DE PARADIGMA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Rupturas de paradigma podem se dar tanto por questões de melhoria nos procedimentos quanto pela necessidade de readaptar o processo segundo as alterações



e clamores da tessitura social. A sociedade está em constante mudança e essa realidade exige que o processo judicial tenha a qualidade de ser adaptável.

GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO (2012, p. 29) apresentam o aspecto adaptativo do processo judicial, enfatizando que durante as fases primitivas civilização dos povos não havia ainda um Estado organizado e forte o suficiente para impor o direito a todos, garantindo o cumprimento do direito. Assim, não restava uma alternativa a não ser cada um se utilizando de sua própria força conseguir por si próprio a satisfação de seus direitos (autotutela), em que cada indivíduo ou grupo poderia a medida de sua força fazer valer as suas pretensões.

Com o fortalecimento do Estado e sua interferência nas relações privadas as hipóteses legais de autotutela se reduziram drasticamente (NEVES, 2020, p. 61). Mas não somente para superar a fase mais primitiva da civilização dos povos foram realizadas alterações nas estruturas processuais. Fenômeno semelhante acontece no processo civil como um todo. Com a evolução da sociedade se alteram em muitos aspectos os seus anseios, com a crescente judicialização sobre fatos da vida comum (VENTURA *et al.*, 2010).

A Constituição Federal de 1988, por sua força normativa, reinaugurou o ordenamento jurídico brasileiro. Para além da questão das alterações sociais, a Constituição Federal de 1988, chamada de “Constituição cidadã”, por trazer uma série de direitos subjetivos aos cidadãos, apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana, encartado como princípio fundamental e presente em todo o texto constitucional como diretriz do ordenamento jurídico brasileiro (BARROSO, 2001).

O processo delineado pela Constituição, que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento, deve também ser instrumento para a efetividade desta dignidade, também com o respeito aos princípios constitucionais processuais.

De acordo com ABELHA (2015, p. 32), o princípio do devido processo legal é a raiz de todos os princípios constitucionais do processo civil, “de onde nascem os princípios estruturantes do exercício da função jurisdicional”. Ainda para o autor, “a isonomia, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, o juiz natural, o direito de acesso à prova etc.; nada mais são do que desdobramentos do devido processo legal” (ABELHA, 2015, p. 33).

A evolução social e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito ensejaram maiores críticas à morosidade do Poder Judiciário, sendo reconhecida a necessidade de medidas que acelerassem a marcha do processo executivo. Na Exposição de Motivos do projeto de lei de reforma do CPC, o então Ministro de Estado da Justiça, Marcio Thomaz Bastos, afirmou a necessidade de atualização no processo executivo, sobretudo a fim de garantir a satisfação da tutela jurisdicional (BRASIL, 2004)<sup>3</sup>.

O Código de Processo Civil (CPC), instituído através da lei 13.105/2015, trouxe, dentre outras modernidades, a possibilidade dos meios coercitivos na execução judicial se darem através de meios atípicos, quebrando o paradigma existente na vigência do CPC/73 de que os meios executivos só seriam admitidos quando previstos na legislação processual.

A fim de fundamentar a ruptura paradigmática dos meios executivos no processo judicial, a busca pela efetividade da tutela jurisdicional incidirá também sob a égide do

---

3. De acordo com o Ministro de Estado da Justiça na Exposição de Motivos: “É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o ‘calcanhar de Aquiles’ do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito” (BRASIL, 2004).



princípio da dignidade humana que, no processo de execução, busca a satisfação de direito já declarado no processo. De acordo com ABELHA (2015, p. 112):

A motivação constitucional trazida pelo Estado social de realizar os direitos do cidadão – neles incluído o direito à tutela justa e efetiva – fez com que o juiz saísse de uma postura tímida e inerte para assumir uma conduta participativa e comprometida com a entrega, em tempo razoável, da tutela jurisdicional.

Aumentou-se, em razão disso, o poder do magistrado e, conseqüentemente, a necessidade de controle destes atos, a fim de que não maculem direitos fundamentais, como o devido processo legal. Sobre este controle dos meios coercitivos a ser exercido pelo devedor, é a lição de MARINONI (2018, p. 426):

Quando o uso das modalidades executivas está subordinado ao que está na lei, a liberdade do litigante está garantida pelo princípio da tipicidade. Mas se esse princípio foi abandonado ao se concluir que a necessidade de meio de execução – e, assim, a efetividade da tutela do direito material – varia conforme as circunstâncias dos casos concretos, é preciso não esquecer que o poder executivo não pode ficar destituído de controle. Como é evidente, jamais o vencedor ou o juiz poderão eleger modalidade executiva qualquer, uma vez que o controle do juiz, quando não é feito pela lei, deve tomar em conta as necessidades de tutela dos direitos, as circunstâncias do caso e a regra da proporcionalidade. Em outras palavras, a adoção dos meios executivos obviamente ainda pode ser controlada pelo executado. A diferença é que esse controle, atualmente, é muito mais sofisticado e complexo do que aquele que simplesmente indagava se o meio executivo era o previsto na lei para a específica situação.

A realização deste controle não deve ser de exclusividade do devedor, pois a maior liberdade do juízo em dispor de medidas impõe, naturalmente, o respeito aos direitos do indivíduo e de todos que se encontram em litígio, sobretudo diante de possíveis prejuízos ao devedor na adoção destas medidas (ABELHA, 2015, p. 114).

## **2 MEDIDAS ATÍPICAS DE COERÇÃO EXECUTIVA NO PROCESSO CIVIL**

Como visto, os meios executivos existentes no CPC de 1973 não mais exprimiam as alterações sociais e jurídicas vividas, concedendo-se maior liberdade aos magistrados na implementação de medidas coercitivas suficientemente capazes de satisfazer os credores na fase executiva do processo. O CPC/2015 trouxe a possibilidade dos meios coercitivos na execução judicial se darem através de meios atípicos. Esta possibilidade também se dá no cumprimento de sentença de obrigação de fazer ou não fazer, conforme autorização do art. 538 e, da leitura do art. 297, nas tutelas provisórias (ABELHA, 2015, p. 134).

Especificamente sobre a adoção dos meios atípicos no processo de execução, que é adotado para todas as modalidades, é a disposição contida no art. 139, IV do CPC:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - Determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (BRASIL, 2015).

Do artigo transcrito se entende que as medidas típicas de execução, como a fixação da multa e a penhora de bens não são mais os únicos meios para forçar o



executado ao cumprimento da ordem judicial. A grande novidade expressamente demarcada no art. 139, IV, é a possibilidade de o magistrado cumular com os meios típicos aqueles outros coercitivos e indutivos que lhes parecem adequados para melhor obtenção da tutela, inclusive pecuniária, como expressamente menciona o dispositivo. (ABELHA, 2015, p. 134)

Contemporaneamente à edição do CPC de 2015, NEVES (2016, p. 230-231) afirmou que a leitura do art. 139 poderia levar a adoção de técnicas de execução judicial indiretas, e foi o que ocorreu. Logo que o CPC/2015 entrou em vigor, o Poder Judiciário começou a receber diversos pedidos para adoção de medidas atípicas, tais como a apreensão de passaporte, a suspensão de CNH, o bloqueio de cartões e a proibição de participação em concursos públicos.

A título ilustrativo, considerando que o devedor estava inadimplente há muito tempo e outras medidas executivas foram infrutíferas, a Justiça de Primeiro Grau do Estado de São Paulo determinou a suspensão da carteira nacional de habilitação do executado e ainda a apreensão de seu passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito até o pagamento da dívida<sup>4</sup>. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), por sua vez, suspendeu a decisão sob o fundamento de que é impossível “impor medidas que extrapolem os limites da razoabilidade e da proporcionalidade” pois “restringem a liberdade pessoal e o direito de locomoção do paciente” (BRASIL, 2017).

Diante da possibilidade de cumulação de diversos pedidos, é de extrema relevância a análise de outro julgado, especificamente o acórdão proferido pela 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP, que autorizou a adoção da medida de bloqueio do cartão de crédito do devedor, contudo, rejeitou a suspensão da CNH, com a seguinte ementa:

EXECUÇÃO – MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS - MEDIDAS INDUTIVAS E COERCITIVAS – BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO – CABIMENTO - O princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CF) deve ser analisado tanto da ótica do devedor como do credor – Na aplicação do ordenamento jurídico, incumbe ao juiz resguardar a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a eficiência (art. 8º, CPC/2015)- Diante do esgotamento das tentativas de localização de bens do devedor, incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas e coercitivas que assegurem o cumprimento da ordem judicial, qual seja a de satisfazer o crédito postulado em juízo - Parte credora que tem direito às providências que induzam ou for- cem o devedor a pagar a dívida, bem como que obstem a prática de manobras fraudulentas, com nítida intenção de furtar-se ao cumprimento de sua obrigação – No caso em tela, é preciso considerar que a execução tramita há mais de 7 (sete) anos, tendo o exequente exaurido todos os meios de localização de bens em nome do devedor, todos sem sucesso – Requerimento de bloqueio de cartão de crédito de titularidade do devedor que se mostra cabível – Leitura do art. 139, II, III e IV, CPC/2015 – RECURSO PROVIDO NESSA PARTE. [...]. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO (CNH) – DESCABIMENTO – Providência que se mostra prematura e que não está ligada diretamente ao direito de crédito – Medida que se mostra de duvidosa eficácia, desproporcional e inadequada, considerando que não se cuida de infração de trânsito, prevista na Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) – RECURSO DESPROVIDO NESSE TÓPICO. (BRASIL, 2017a)

4. Foi neste sentido a fundamentação adotada com base no art. IV do art. 139 do CPC na decisão da 2ª Vara de Cível do Foro de Pinheiros/SP: “Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se, porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva” (BRASIL, 2016).



Diante da novidade trazida pelo CPC/15, movida também pela esperança de credores de verem seus créditos satisfeitos no processo judicial, fizeram explodir pedidos semelhantes e com outros objetos, embasados no art. 139, IV do CPC e no dever de efetividade do processo em todo o território nacional.

A seguir, a pesquisa passa a abordar especificamente os pedidos de adoção de suspensão da CNH e apreensão de passaporte no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

### **3 OS PEDIDOS DE SUSPENSÃO DA CNH E APREENSÃO DO PASSAPORTE DO DEVEDOR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A Constituição Federal dispõe no art. 105 sobre as competências do Superior Tribunal de Justiça que, dentre elas, cabe julgar em recurso especial (inc. III) as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do DF e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (alínea “a”); a decisão julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (alínea “b”); der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (alínea “c”).

Da previsão constitucional, vê-se que o STJ possui o papel de uniformização da jurisprudência no que se refere a interpretação e aplicação das normas federais, como ocorreu na discussão relativa à adoção de medidas atípicas no processo executivo (BRASIL, 1988).

A partir das posições firmadas pela Corte Superior e, diante do recorte metodológico utilizado na pesquisa, a apresentação do tema se dará a partir das posições firmadas diante de casos que tratavam do processo executivo comum e de execução fiscal. Especificamente, pretende-se analisar as conclusões adotadas nos julgamentos do Recurso Especial 1.788.950-MT (Relatora Ministra Nancy Andrighi) e do Habeas Corpus nº 453.870-PR (Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

#### **3.1 O julgamento do Recurso Especial 1.788.950/MT e a possibilidade de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e de apreensão do passaporte**

O pedido de suspensão de CNH do devedor e a apreensão do passaporte foram os primeiros pedidos de medidas coercitivas atípicas após a vigência do CPC/2015, sendo controverso o tema entre as instâncias do Poder Judiciário.

No âmbito do STJ a controvérsia sobre a suspensão da CNH do devedor e apreensão de seu passaporte pode ser visualizada no Recurso Especial (REsp) 1.788.950-MT, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/04/2019 (BRASIL, 2019).

O caso concreto trata de execução de ação de alimentos. No recurso especial, discutiu-se a possibilidade de adoção da medida atípica em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que denegou a medida executiva atípica, ou seja, deliberar se a suspensão da CNH e apreensão do passaporte do devedor são meios cabíveis ao juiz condutor do processo de execução. A ementa do julgado foi lavrada da seguinte forma.

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUES. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA



APLICAÇÃO. 1. [...] 4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. 8. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do recorrente de adoção de medidas executivas atípicas sob o fundamento de que não há sinais de que o devedor esteja ocultando patrimônio, mas sim de que não possui, de fato, bens aptos a serem expropriados. 9. Como essa circunstância se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor – à vista da impossibilidade de esta Corte revolver o conteúdo fático-probatório dos autos – a manutenção do aresto combatido. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (BRASIL, 2019)

A Ministra Nancy Andrighi asseverou que na adoção de medidas atípicas há de se considerar as circunstâncias do caso concreto e ainda os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade (BRASIL, 2019).

Do voto do Ministra Relatora, denota-se que na execução comum a jurisprudência do STJ possui entendimentos específicos no que tange a meios atípicos de execução, primordialmente o pedido de suspensão de CNH e de apreensão do passaporte do devedor, enquanto a doutrina costumeiramente aponta como óbice a aplicação dos meios atípicos uma possível violação aos princípios da patrimonialidade e da proporcionalidade<sup>5</sup>.

Em que pese o entendimento de parte da doutrina, a Ministra Relatora frisou que não se deve confundir as medidas coercitivas psicológicas, que são medidas de execução indiretas, com as sanções civis de natureza material, pois somente estas últimas são capazes de ofender o princípio da patrimonialidade<sup>6</sup>.

5. Esta preocupação pode ser vista na ementa do acórdão de recente do julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS - SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - APREENSÃO DE PASSAPORTE - BLOQUEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO - IMPOSSIBILIDADE. Embora o art. 139, IV, do CPC autorize que o magistrado se valha das "medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial", é certo que o referido dispositivo legal deve ser aplicado com razoabilidade e proporcionalidade, a fim de preservar os direitos fundamentais do executado" (BRASIL, 2020).

6. Segundo CÂMARA (2016, p. 91) o princípio da patrimonialidade, disposto no CPC no art. 789, impõe que o executado responderá tão somente pelos seus bens, sendo vedada execução com bens em bens extrapatrimoniais. De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, Relatora do caso: "não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas medidas executivas indiretas, com sanções civis de natureza material, essas sim capazes de ofender a garantia da patrimonialidade, por configurarem punições em face do não pagamento da dívida. A diferença mais notável entre os dois institutos acima enunciados é a de que, na execução de caráter pessoal e punitivo, as medidas executivas sobre o corpo ou a liberdade do executado tem como característica substituírem a dívida patrimonial



Da decisão se infere que a medida atípica de apreensão de passaporte ou suspensão de CNH não necessariamente será ofensiva ao princípio da patrimonialidade, pois ela não ilide o dever do cumprimento da obrigação.

Outro argumento contrário a aplicação das medidas atípicas que é rechaçado pela Ministra Relatora é a sua inaplicabilidade por restrição a direitos fundamentais, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio prevê diversas medidas executivas muito mais gravosas que os meios atípicos, citando como exemplo o despejo forçado, remoção de pessoas e coisas, medidas cautelares de proteção ao patrimônio de vulneráveis, entre outras (BRASIL, 2019).

Importantíssimo ponto do julgado, todavia, remonta na ressalva quanto a ofensa aos direitos fundamentais. Sob a perspectiva da Ministra Nancy Andrighi (Relatora), poderão ocorrer situações em que medidas executivas indiretas poderão se mostrar desarrazoadas ou desproporcionais, devendo ser analisadas no caso concreto e não abstratamente, vedando-se o uso de fundamentação genérica e exigindo que a decisão seja devidamente fundamentada.

Por via indireta, a Ministra Relatora estabeleceu algumas condições para a adoção de medidas atípicas de execução, como a necessidade de esgotamento prévio dos meios típicos antes das medidas atípicas e de indícios de patrimônio expropriável do devedor. É necessário, ainda, o respeito ao contraditório, com intimação prévia do devedor para pagar o débito ou apresentar bens a fim de satisfação do crédito (BRASIL, 2019).

O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo [...] O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV)." (BRASIL, 2019).

Embora não se possa afirmar que este julgado pacificou a questão, aponta-se que é a partir dele a fixação de diretrizes a fim de auxiliar os magistrados a atuarem diante destes pedidos, vê-se que tais diretrizes foram seguidas, por exemplo, no julgamento do AgInt no REsp 1.837.309/SP pela Terceira Turma do STJ (Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino):

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/15. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC. SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) E APREENSÃO DE PASSAPORTE. DIRETRIZES FIXADAS PELA 3ª TURMA NO JULGAMENTO DO RESP 1.788.950/MT. INEXISTÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE EXPROPRIAÇÃO RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (BRASIL, 2020a)

As diretrizes foram igualmente seguidas, por exemplo, no julgamento do REsp 1.894.170/RS, pela Terceira Turma do STJ (Relatora Ministra Nancy Andrighi):

---

inadimplida, nela sub-rogando-se, circunstância que não se verifica quando se trata da adoção de meios de execução indiretos" (BRASIL, 2019).



DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DÉBITOS LOCATÍCIOS. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA A SUA APLICAÇÃO. 1. Ação de execução de título executivo extrajudicial, tendo em vista o inadimplemento de débitos locatícios. 2. Ação ajuizada em 12/05/1999. Recurso especial concluso ao gabinete em 04/09/2020. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo. 4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. 8. Situação concreta em que o Tribunal a quo demonstra que há sinais de que o devedor esteja ocultando patrimônio. 9. Dada as peculiaridades do caso concreto, e tendo em vista que i) há a existência de indícios de que o recorrente possua patrimônio apto a cumprir com a obrigação a ele imposta; ii) a decisão foi devidamente fundamentada com base nas especificidades constatadas; iii) a medida atípica está sendo utilizada de forma subsidiária, dada a menção de que foram promovidas diligências à exaustão para a satisfação do crédito; e iv) observou-se o contraditório e o postulado da proporcionalidade; o acórdão recorrido não merece reforma. 10. Recurso especial conhecido e não provido. (BRASIL, 2020b).

Diante da aparente confirmação da decisão proferida no Recurso Especial 1.788.950/MT e, pela missão institucional do STJ e em razão da publicidade do julgamento, as condições firmadas no julgado devem ser seguidas pelo Poder Judiciário. No último capítulo do artigo, busca-se aferir o seguimento das conclusões destes casos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

### **3.2 A adoção de medidas atípicas de coerção na execução fiscal: análise do julgamento do Habeas Corpus nº 453.870/PR**

Na execução fiscal, Primeira Turma do STJ julgou inadmissível a adoção de medidas atípicas, tais como a suspensão do passaporte e a licença para dirigir.

Rememora-se que execução fiscal é o procedimento pelo qual a União, os Estados, Municípios e suas autarquias têm a sua disposição para cobrar judicialmente seus devedores. É regida pela Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980), e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil (CUNHA, 2017, p. 407-408).

As vantagens que a Fazenda Pública possui em relação aos devedores executados são elencadas por Marcio André Lopes Cavalcante, em comentário à decisão do STJ:



O Estado, via de regra, possui varas especializadas na resolução das suas causas; possui um corpo de advogados públicos altamente qualificados e dedicado; tem a lei própria do procedimento (Lei nº 6.830/80), com inúmeros privilégios processuais, dentre eles: É condição de possibilidade de oferecimento de embargos à execução o devedor dar garantia do juízo, o que não ocorre na execução comum (CAVALCANTE, 2020, p. 569).

Para além destas garantias, a Fazenda Pública também possui outras, que podem vistas no art. 184 do CTN (privilégio do crédito tributário), bem como a preferência para satisfação em crédito falimentar, conforme estabelecida na Lei 11.101/2009.

No HC 453.870-PR figurou como impetrado o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. No caso, alegou-se que a decisão proferida pelo Tribunal feriu o direito fundamental de ir e vir com a aplicação de apreensão de passaporte e suspensão da CNH. Ademais, argumentou que havia excesso uma vez que a Fazenda Pública já contava com o penhor de 30% dos rendimentos do executado (BRASIL, 2019a). A decisão foi tomada pela Primeira Turma do STJ no HC 453.870-PR de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/06/2019, com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DIREITO DE LOCOMOÇÃO, CUJA PROTEÇÃO É DEMANDADA NO PRESENTE HABEAS CORPUS, COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. ACÓRDÃO DO TC/PR CONDENATÓRIO AO ORA PACIENTE À PENALIDADE DE REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO, SUBMETIDO À EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA PELA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU/PR, NO VALOR DE R\$ 24 MIL. MEDIDAS CONSTRUCTIVAS DETERMINADAS PELA CORTE ARAUCARIANA PARA GARANTIR O DÉBITO, EM ORDEM A INSCREVER O NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE MAUS PAGADORES, APREENDER PASSAPORTE E SUSPENDER CARTEIRA DE HABILITAÇÃO. CONTEXTO ECONÔMICO QUE PRESTIGIA USOS E COSTUMES DE MERCADO NAS EXECUÇÕES COMUNS, NORTEANDO A SATISFAÇÃO DE CRÉDITOS COM ALTO RISCO DE INADIMPLENTO. RECONHECIMENTO DE QUE NÃO SE APLICA ÀS EXECUÇÕES FISCAIS A LÓGICA DE MERCADO, SOBRETUDO PORQUE O PODER PÚBLICO JÁ É DOTADO, PELA LEI 6.830/1980, DE ALTÍSSIMOS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS, QUE NÃO JUSTIFICAM O EMPREGO DE ADICIONAIS MEDIDAS AFLITIVAS FRENTE À PESSOA DO EXECUTADO. ADEMAIS, CONSTATA-SE A DESPROPORÇÃO DO ATO APONTADO COMO COATOR, POIS O EXECUTIVO FISCAL JÁ CONTA COM A PENHORA DE 30% DOS VENCIMENTOS DO RÉU. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE MODO A DETERMINAR, COMO FORMA DE PRESERVAR O DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR DO PACIENTE, A EXCLUSÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS CONSTANTES DO ARESTO DO TJ/PR, APONTADO COMO COATOR, QUAIS SEJAM, (I) A SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO, (II) A APREENSÃO DO PASSAPORTE, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR DEFERIDA. (BRASIL, 2019a)

Em seu voto, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho assegurou a legitimidade dos meios atípicos para forçar a satisfação do crédito na execução, porém, em seu entender, o Estado é um superprivilegiado na execução fiscal contra o devedor. Este fundamento, sobretudo, fez a Primeira Turma entender que admitir a adoção de medidas atípicas, como a suspensão de CNH e passaporte, com o fito de forçar execução seria um



excesso, tendo em vista os privilégios que a Fazenda Pública já goza nesta modalidade executiva (BRASIL, 2019a).

As vantagens da Fazenda Pública foram levadas em consideração na formação da convicção do relator, mas também o fato da execução já estar parcialmente assegurada (BRASIL, 2019a).

De toda forma, o acórdão reafirma a baliza da adoção de medidas atípicas de coerção executiva devem se dar com respeito estrito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, principalmente no destaque realizado pelo Ministro Relator no sentido de que “o Poder Público já é dotado de altíssimos privilégios processuais, que não justificam o emprego de adicionais medidas afritivas frente à pessoa do executado” (BRASIL, 2019a).

### **3.3 A aplicação da jurisprudência do STJ no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC)**

A seguir, busca-se apontar o posicionamento da jurisprudência catarinense na matéria abordada neste trabalho, a fim de concluir sobre a aplicação das medidas atípicas de coerção executiva na prática judiciária.

Inicialmente, recorda-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) destacou a possibilidade da utilização de medidas atípicas, contudo, em caráter excepcional, nos seguintes termos:

A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. (BRASIL, 2019a)

Na pesquisa realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, aponta-se, inicialmente, a existência de diversos julgados que apontam a excepcionalidade da medida, exigindo o esgotamento dos meios típicos e tradicionais para satisfação do crédito. Por esta razão, não raras as vezes os recursos que buscam a aplicação das medidas atípicas são desprovidos, como se denota das ementas abaixo referenciadas.

Reforçando o caráter excepcional das medidas atípicas, concluiu a Segunda Câmara de Direito Comercial do TJSC no julgamento do recurso de agravo de instrumento nº. 4021099-51.2019.8.24.0000, que se transcreve a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DO PASSAPORTE DOS DEVEDORES. IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE. SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) E RETENÇÃO DO PASSAPORTE. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, INC. IV, DO CPC. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL. FINALIDADE DE PRESSIONAR O DEVEDOR A CUMPRIR A OBRIGAÇÃO E NÃO SANÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE DE ADIMPLEMENTO. NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DA TENTATIVA DE OCULTAÇÃO DE PATRIMÔNIO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA CONSOLIDADA PELA CORTE SUPERIOR. INDEFERIMENTO MANTIDO. "Em outras palavras, é medida para ser aplicada no devedor que não paga porque não quer e que por ter blindado seu patrimônio torna ineficaz a forma típica de execução (penhora-expropriação). Não é, portanto, medida a ser aplicável ao devedor que não paga porque não tem



meios para tanto" (Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único. Salvador: JusPodivm, 12 ed., 2019, p. 1064). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (BRASIL, 2020c)

Igualmente, no julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 5005609-64.2022.8.24.0000, a Primeira Câmara de Direito Civil do TJSC entendeu pela não aplicação das medidas atípicas pois não verificado o esgotamento das medidas ordinárias no caso, em acórdão proferido com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. RECURSO DA EXEQUENTE. SUSPENSÃO DO PASSAPORTE DA DEVEDORA. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE DETERMINAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS. EXEGESE DO ART. 139, IV, DO CPC/15. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA, APENAS APÓS TENTATIVAS INFRUTÍFERAS DE CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. EXIGÊNCIA INOBSERVADA NA ESPÉCIE. CREDORA QUE NOS ÚLTIMOS CINCO ANOS POSTULOU APENAS UMA VEZ O USO DO SISTEMA BACENJUD. NÃO ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS ORDINÁRIAS. PROVIDÊNCIA EXCEPCIONAL DESARRAZOADA E DESPROPORCIONAL. TESE AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO "A despeito da amplitude dos poderes coercitivos facultados pela norma inscrita no art. 139, inc. IV, da Lei Adjetiva, a adoção de quaisquer medidas extremas visando à satisfação da obrigação por meios não convencionais ao procedimento expropriatório deve sempre se pautar pela razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de evidente desvio na interpretação da aludida regra processual." (BRASIL, 2020d).

Recentemente, no julgamento do recurso de Ag. de Instrumento nº 5005609-64.2022.8.24.0000, a Sétima Câmara de Direito Civil do TJSC concluiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PLEITO DE RETENÇÃO DA CNH E PASSAPORTE DOS RÉUS. INSURGÊNCIA DO AUTOR. ALEGADA OCULTAÇÃO DE PATRIMÔNIO. PLEITO DE RETENÇÃO DOS DOCUMENTOS A FIM DE COMPELIR O DEVEDOR A QUITAR O DÉBITO. INVIABILIDADE DO PEDIDO. MOMENTO PROCESSUAL PREMATURO. FEITO QUE AINDA NÃO FOI REDIRECIONADO AOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA ORIGINALMENTE DEVEDORA. NECESSIDADE DE AGUARDAR A TRAMITAÇÃO DO INCIDENTE A FIM DE ANALISAR A VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS ORA REQUERIDAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (BRASIL, 2022)

A pesquisa encontra, todavia, diversos julgados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que legitimam a aplicação das medidas atípicas, diante do caso concreto apresentado para apreciação. Neste sentido, verificou-se bastante presente a fundamentação que atesta a possibilidade e as aplica quando evidenciadas as circunstâncias práticas que a autorizem.

Aplicou-se este entendimento, por exemplo, no julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 4033593-45.2019.8.24.0000 pela Quarta Câmara de Direito Civil do TJSC, proferido com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE DEFERIU A SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DO PASSAPORTE DA EXECUTADA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS ATÍPICAS PESSOAIS EM DETRIMENTO DAQUELAS QUE ATINJAM O PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. TESE AFASTADA. EXCEPCIONALIDADE DO



CASO CONCRETO QUE JUSTIFICA SUA ADOÇÃO. PRECEDENTES. INEFICÁCIA DAS MEDIDAS TÍPICAS. USO INDEVIDO DO PROCESSO PELA EXECUTADA. SUSPENSÃO DEVIDA. LIMITAÇÃO, NO ENTANTO, DA MEDIDA ATÉ O OFERECIMENTO DE BENS PELA EXECUTADA OU REALIZAÇÃO DA PENHORA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, 2020e)

Denota-se, igualmente, a aplicação de algumas das medidas atípicas, especificamente a suspensão da CNH e do passaporte do devedor no julgamento realizado pela Primeira Câmara de Direito Civil do TJSC, pois se evidenciou o esgotamento das tentativas de expropriação menos onerosas para satisfação do crédito de natureza alimentar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. INSURGÊNCIA DA CREDORA. SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DO PASSAPORTE DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 139 DO CÓDIGO DE RITOS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE PERMITE A ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS, SOBRETUDO PELA NATUREZA ALIMENTAR DO CRÉDITO. TENTATIVAS PRETÉRITAS DE EXPROPRIAÇÃO MENOS ONEROSAS QUE SE REVELARAM INEFICAZES. DECISÃO REFORMADA. BLOQUEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO. MEDIDA DESARRAZOADA QUE NÃO PRIVILEGIA O ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO PERSEGUIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO NO PONTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, 2021)

Também se encontra julgados que possuem conclusão a fim de autorizar a adoção de medidas atípicas de coerção executiva, especialmente a suspensão do passaporte e da CNH, desde que observados e respeitados os parâmetros firmados pelo STJ nos precedentes que tratou do tema. Vê-se, por exemplo, a adoção de conclusão idêntica ao STJ no julgamento do Agravo de Instrumento n. 4002479-54.2020.8.24.0000 pela Segunda Câmara de Direito Civil do TJSC, com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DO PASSAPORTE DO EXECUTADO. IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE. PRETENDIDA SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DO EXECUTADO E DO PASSAPORTE. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS QUE ENCONTRAM GUARIDA NO ART. 139, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEFERIMENTO DO PEDIDO QUE SE MOSTRA CABÍVEL QUANDO DEMONSTRADO O ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS TÍPICAS. SITUAÇÃO EVIDENCIADA, IN CASU. BUSCA PATRIMONIAL PARA A SATISFAÇÃO DE DÉBITO ALIMENTAR SEM ÊXITO POR OUTROS MEIOS. ESGOTAMENTO DAS DEMAIS POSSIBILIDADES DISPONÍVEIS. DECISÃO REFORMADA. "Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, constatando-se que as medidas coercitivas típicas restaram infrutíferas, remanescendo dívida alimentar, é possível a aplicação de meios coercitivos atípicos, com o intuito de dar efetividade ao feito, provocando o executado ao pagamento do débito." (Agravo de Instrumento n. 4002210-15.2020.8.24.0000, de Criciúma, rel. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 06-08-2020). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL, 2020f)

Destaca-se, ainda, a conclusão tomada no julgamento do Ag. de Instrumento n. 5058419-50.2021.8.24.0000 pela Terceira Câmara de Direito Público do TJSC, que



concluiu pela possibilidade de aplicação das medidas atípicas de coerção executiva no cumprimento de sentença decorrente de ação civil pública por ato de improbidade administrativa<sup>7</sup>. Confira-se a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA CIVIL NÃO CUMPRIDA. DECISÃO QUE DEFERIU O REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DO AGRAVANTE, ANTE O ESGOTAMENTO DOS MEIOS COERCITIVOS PARA O EFETIVO ADIMPLEMENTO DA DÍVIDA. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXIGIDO. OBSERVÂNCIA DO ART. 139, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL, 2022a)

Na pesquisa realizada, não foram encontrados julgados do TJSC que abordaram expressamente o Habeas Corpus nº 453.870/PR do STJ ou que trataram da adoção de medidas atípicas na execução fiscal.

De toda forma, a conclusão exposta no julgamento do Recurso Especial nº 1.788.950/MT do STJ é seguida de forma pacífica e expressa pela jurisprudência do TJSC, destacando-se a forte preocupação com a adoção apenas nos casos em que as balizas firmadas pelo STJ estejam presentes, diante da excepcionalidade da medida.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo não é um fim em si mesmo e tem como finalidade alcançar a qualidade de vida individual e/ou coletiva, a partir de uma ampla interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além do mais, diante dos direitos conquistados pelos indivíduos e pela sociedade de forma geral, que esperam o cumprimento do devido processo legal sobretudo na expropriação de seus bens no processo judicial, as medidas atípicas de índole coercitiva na execução devem ser analisadas sempre no caso concreto, sem desrespeitos dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e sob a luz da dignidade humana.

A prestação da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, todavia, há muito peca pela demora na resolução das demandas postas para resolução, de modo que até mesmo após o fim do processo de conhecimento, com o reconhecimento de determinado direito, os credores não satisfazem a pretensão pecuniária na ação judicial.

A busca por celeridade, somada a necessidade da efetividade da tutela executiva, refletiram na edição do art. 139, IV do CPC, que permite ao magistrado a adoção de medidas atípicas a fim de coerção ao pagamento da dívida.

A adoção destas medidas foi analisada pelo STJ, que possui competência constitucional para uniformização da legislação infraconstitucional e permite reconhecer a total aplicabilidade da disposição estabelecida no CPC, contudo, desde que cumpridas algumas condições, tais como a necessidade de esgotamento dos meios típicos para satisfação do crédito e, ainda, a comprovação de existência de bens expropriáveis do

7. Encontra-se conclusão idêntica tomada em julgamento realizado pela Segunda Turma do STJ, proferido com a ementa: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REQUERIMENTO DE MEDIDAS COERCITIVAS. SUSPENSÃO DE CNH E APREENSÃO DE PASSAPORTE. POSSIBILIDADE. ART. 139, IV, DO CPC/2015. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. APLICAÇÃO EM PROCESSOS DE IMPROBIDADE. OBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS. ANÁLISE DOS FATOS DA CAUSA. HISTÓRICO DA DEMANDA" (BRASIL, 2021a).



devedor, conforme se vê no julgamento do Recurso Especial 1.788.950 – MT (Relatora Ministra Nancy Andrigli).

Por outro lado, o STJ rechaça a possibilidade de as medidas coercitivas atípicas serem utilizadas na execução fiscal, sobretudo em razão dos privilégios já concedidos ao Estado nesta modalidade executiva. No julgamento do HC 453.870-PR, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho estabeleceu que medidas atípicas de cunho pessoais, tais como a suspensão de passaporte e da licença para dirigir, podem ser utilizadas na execução fiscal, pois, nesse contexto, resulta em excessos (BRASIL, 2019a).

De acordo com a pesquisa realizada, denota-se a maior responsabilidade do magistrado na adoção de medidas atípicas para satisfação do crédito, diante do grave prejuízo que pode ser causado ao devedor quando desmedida.

Na pesquisa realizada, não foram encontrados julgados do TJSC que abordaram expressamente o Habeas Corpus nº 453.870/PR do STJ ou que trataram da adoção de medidas atípicas na execução fiscal.

De toda forma, a conclusão exposta no julgamento do Recurso Especial nº 1.788.950/MT do STJ é seguida de forma pacífica e expressa pela jurisprudência do TJSC, destacando-se a forte preocupação com a adoção apenas nos casos em que as condições estejam presentes, diante da excepcionalidade da medida.

Na pesquisa realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ademais, verificou-se a existência de diversos julgados que corroboram a excepcionalidade da medida, exigindo o esgotamento dos meios típicos e tradicionais para satisfação do crédito.

A prevalência dos parâmetros impostos pelo STJ, seguidas no âmbito do TJSC, tal como o esgotamento das tentativas de expropriação menos onerosas para satisfação do crédito, permitem concluir que se deve observar as particularidades do caso concreto antes de se deferir as medidas atípicas.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AMORIM, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivn, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Lei de Execução Fiscal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm)>. Acesso em 10 set. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. 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: 10 set. 2022.



\_\_\_\_\_. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos nº 34 – Ministério da Justiça (EM nº 00034 – MJ)**, de lavra do Ministro de Estado da Justiça **Márcio Thomaz Bastos**. Brasília, 18 de março de 2004. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/34.htm) ##LS> Acesso em 10 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.788.950–MT**. Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe: 26/04/2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 453.870-PR**. Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15/08/2019a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Resp nº 1837309-SP**. Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 13/02/2020a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1894170-RS**. Terceira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 12/11/2020b.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **Resp nº 1929230/MT**, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 01/07/2021a;

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **AI nº. 1.0024.11.172169-2/002**, 18ª Câmara Cível, Relator Desembargador Baeta Neves, DJ 15/07/2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AI nº 0053203-76.2017.8.19.0000**. 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa, DJ 06/03/2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AI nº. 4021099-51.2019.8.24.0000**, Segunda Câmara de Direito Comercial, Relator Desembargador Altamiro de Oliveira, DJ 09-06-2020c.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AI nº. 4033455-78.2019.8.24.0000**, Primeira Câmara de Direito Civil, Relator Desembargador Jorge Luis Costa Beber, DJ 20.02.2020d.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AI nº. 4033593-45.2019.8.24.0000**, Quarta Câmara de Direito Civil, Relator Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, DJ 09-07-2020e.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AI nº. 4002479-54.2020.8.24.0000**, Segunda Câmara de Direito Civil, Relatora Desembargadora Rosane Portella Wolff, DJ 03-09-2020f.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AI nº. 5027203-08.2020.8.24.0000**, Primeira Câmara de Direito Civil, Relator Flavio Andre Paz de Brum, , DJ. 08-07-2021.



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AI nº. 5005609-64.2022.8.24.0000**, Sétima Câmara de Direito Civil, Relator Osmar Nunes Júnior, DJ. 29-09-2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AI nº. 5058419-50.2021.8.24.0000**, Terceira Câmara de Direito Público, Relator Jaime Ramos, DJ. 22-02-2022a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Justiça de Primeiro Grau do Estado de São Paulo. **Decisão interlocutória nos Autos n. 4001386-13.2013.8.26.0011**. 2ª Vara de Cível do Foro de Pinheiros/SP, em 26/08/2016. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arqui-vos/2016/9/art-20160906-07.pdf>>. Acesso em 10 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus Cível nº 2183713-85.2016.8.26.0000**. 30ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Marcio Ramos, DJ 03/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AI n. 2023864432017 8260000**. 23ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Sérgio Shimura, DJ 26/06/2017a.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC”. **Revista Caririense do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Paraíso do Ceará**, Paraíso do Ceará, v. 2, n. 1, p.84-94, 2016.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Principais julgados do STF e do STJ comentados**. 4. ed. Salvador: JvsPodivm, 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. “Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: Art. 139, IV, do novo CPC”. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 264, p. 107-150, mar. 2017.

VENTURA, Miriam *et al* . “Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde”. **Physis**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.



## OS IMPACTOS DA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL E AS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO ADOTADAS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Evelyn dos Santos Schelbauer<sup>1</sup>  
Leandro Gornicki Nunes<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo trata dos impactos da COVID-19 incidentes sobre o sistema prisional e as medidas de enfrentamento à pandemia adotadas pelo poder Judiciário brasileiro. A importância da análise se dá na medida em que, a despeito das garantias previstas na Constituição Federal Brasileira à população carcerária, estas não são verificadas na prática, de modo que a referida população carece de suas garantias fundamentais. Ressalta-se que o estudo versa sobre relevante período, considerando o caráter histórico que a pandemia carrega consigo, em razão das profundas mudanças por ela trazidas à sociedade. O objetivo geral é analisar os impactos da COVID-19 no sistema prisional e as medidas de enfrentamento adotadas pelo poder Judiciário brasileiro. A metodologia utilizada é a qualitativa e documental, mas também será utilizado o método dedutivo e o aprofundamento explicativo ou descritivo. Busca-se, com este trabalho, contribuir com uma análise das medidas de enfrentamento adotadas pelo poder judiciário brasileiro no enfrentamento da COVID-19 no sistema prisional brasileiro e seus impactos, inclusive futuramente, em eventuais trabalhos analisando o período da pandemia ora analisada. Os resultados mostram que as medidas adotadas pelo poder Judiciário brasileiro, de prisão domiciliar para indivíduos do grupo de risco e priorização no esquema vacinal, não foram aptas para impedir o avanço da Covid-19 nos estabelecimentos prisionais.

**Palavras-chave:** Sistema Prisional Brasileiro, COVID-19, Medidas Judiciárias.

**Abstract:** The present study deals with the impacts of COVID-19 incidents on the prison system and the measures to face the pandemic adopted by the Brazilian Judiciary. The importance of the analysis is given to the extent that, despite the guarantees provided for in the Brazilian Federal Constitution to the prison population, these are not verified in practice, so that the referred population lacks its fundamental guarantees. It is noteworthy that the study deals with a relevant period, considering the historical character that the pandemic carries with it, due to the profound changes brought by it to society. The general objective is to analyze the impacts of COVID-19 on the prison system and the coping measures adopted by the Brazilian Judiciary. The methodology used is qualitative and documentary, but the deductive method and explanatory or descriptive deepening will also be used. The aim of this work is to contribute with an analysis of the coping measures adopted by the Brazilian judiciary in the face of COVID-19 in the Brazilian prison system and its impacts, including in the future, in eventual works analyzing the period of the pandemic analyzed herein. The results show that the measures adopted by the Brazilian Judiciary, of house arrest for individuals in the risk group and prioritization in the vaccination schedule, were not able to prevent the advance of Covid-19 in prison establishments.

**Keywords:** Brazilian Prison System, COVID-19, Judicial Measures.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo versará sobre os impactos da Covid-19 no sistema prisional Brasileiro, em especial no que tange às medidas adotadas pelo Poder Judiciário no enfrentamento da pandemia dentro do cárcere. Buscar-se-á, também, esclarecer como as mazelas preexistentes contribuem para a disseminação da doença entre a população carcerária.

Importa salientar que o tema possui relevância, uma vez que trata dos impactos sofridos pelo sistema prisional Brasileiro ante a disseminação do Sars-Cov-2 (vírus da

---

1. Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

2. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor de Direito Penal e Criminologia na Univille.



família dos “coronavírus”), segundo o Instituto Butantan. Trata-se da população carcerária de 904.226 pessoas, conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um número bastante expressivo e que corresponde a um grupo de indivíduos altamente negligenciados pelo Estado, ficando exposto ao desenfreado avanço da pandemia sem poder agir em sua defesa, segundo a ADPF 347.

O vírus ora sob análise deu gênese à pandemia que esteve sob os holofotes mundiais desde o início do ano de 2020 e perdura até a presente data, cujos impactos devem ser estudados em todas as áreas da sociedade, inclusive no Direito Penal. Conforme será evidenciado, a população carcerária, em razão de sua vulnerabilidade e dependência do Estado no que tange sua segurança, sofreu diretamente com o manejo deste em relação à pandemia.

Diante disso, cabe ressaltar que, de acordo com Pavarini (2012), cada país tem sua população prisional de acordo com a sua política criminal, ou seja, a forma de tratamento desses indivíduos dentro do cárcere pelo Estado, é uma decisão política. Posto isso, o estudo do sistema prisional brasileiro está intimamente ligado às consequências sofridas pela população carcerária em razão da pandemia, eis que resultam da ineficácia das Políticas Públicas adotadas quando exposta a forças maiores, nesse caso, a pandemia do Covid-19.

Nesse sentido, é possível analisar as medidas adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro em um viés de contenção da doença, bem como o que foi feito para mitigar os impactos dentro do ambiente prisional. O presente trabalho adotará importantes premissas, fundamentais à compreensão do estudo. Em primeiro lugar, tomar-se-á como marco o fato de o Brasil ocupar a terceira posição na escala mundial de países com mais pessoas encarceradas em números absolutos para cada 100 mil habitantes, conforme dados do CNJ. Em segundo lugar, importa salientar que as medidas de combate à pandemia serão analisadas tendo em vista a condição precária preexistente dos estabelecimentos prisionais.

O tema ora sob análise possui relevância ao passo que, conforme o avanço da pandemia, foram necessárias medidas compatíveis para a contenção da doença. Fator determinante à determinação ou escolha de tais medidas é tratar de uma população que já se encontra em ambientes insalubres, tornando ainda pior e mais evidente a crise sanitária no cárcere. Nesse sentido, o Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário (2015, p. 12), afirma que “o Sistema Carcerário Brasileiro, como se sabe, há algum tempo encontra-se em situação preocupante e que demanda especial atenção do Estado”.

Nessa esfera, a soma da superlotação com ambientes insalubres gera um sistema precário, em colapso, que ao se deparar com a pandemia do Covid-19, traz à tona e agrava uma crise sanitária. É essa a conclusão adotada no Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário (2015, p. 259): “é de conhecimento público e notório a realidade cruel do nosso sistema prisional. Insere-se, agravado, nesse contexto do cárcere, o precário ou, até mesmo, totalmente ausente, direito à saúde”.

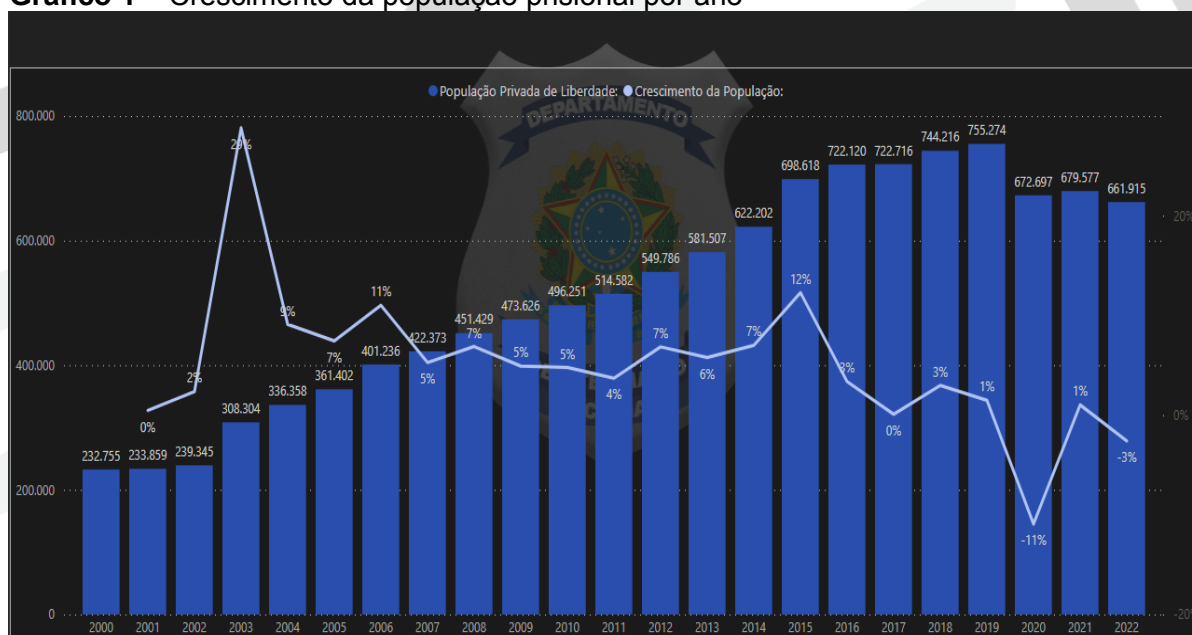
Portanto, o problema central reside em efetivar maneiras de contenção do Covid-19 dentro do cárcere, considerando-se o contexto precário preexistente como fator de agravamento. Assim, verifica-se gritante crise adicional de um sistema débil, que resultou em impactos diretos à população carcerária, bem como em agentes penitenciários que laboram dentro destes ambientes.



## 1 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

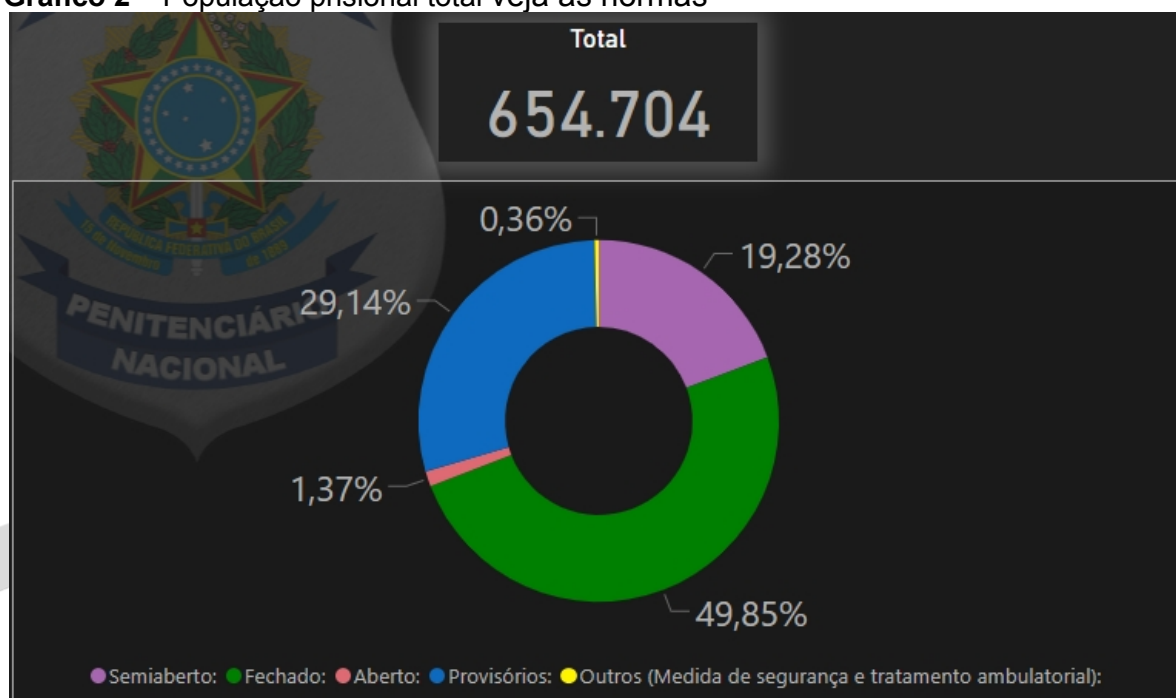
O sistema prisional Brasileiro vem demonstrando, há anos, um colapso, ou seja, apresenta um declínio de sua finalidade, a ressocialização, com aumento expressivo da população carcerária. Soma-se a isso a negligência das autoridades frente às inúmeras violações de direitos básicos que ocorrem dentro das prisões. Estima-se que a população carcerária teve um crescimento de 292% nas últimas duas décadas, conforme o gráfico de crescimento da população prisional do SISDEPEN abaixo, com um déficit de 191.799 vagas, tratando-se, de acordo com dados do CNJ (2021) “da terceira maior população carcerária do mundo e que ainda se encontra com tendência de crescimento, conforme levantamento apresentado pela World Prison Brief”.

**Gráfico 1 – Crescimento da população prisional por ano**



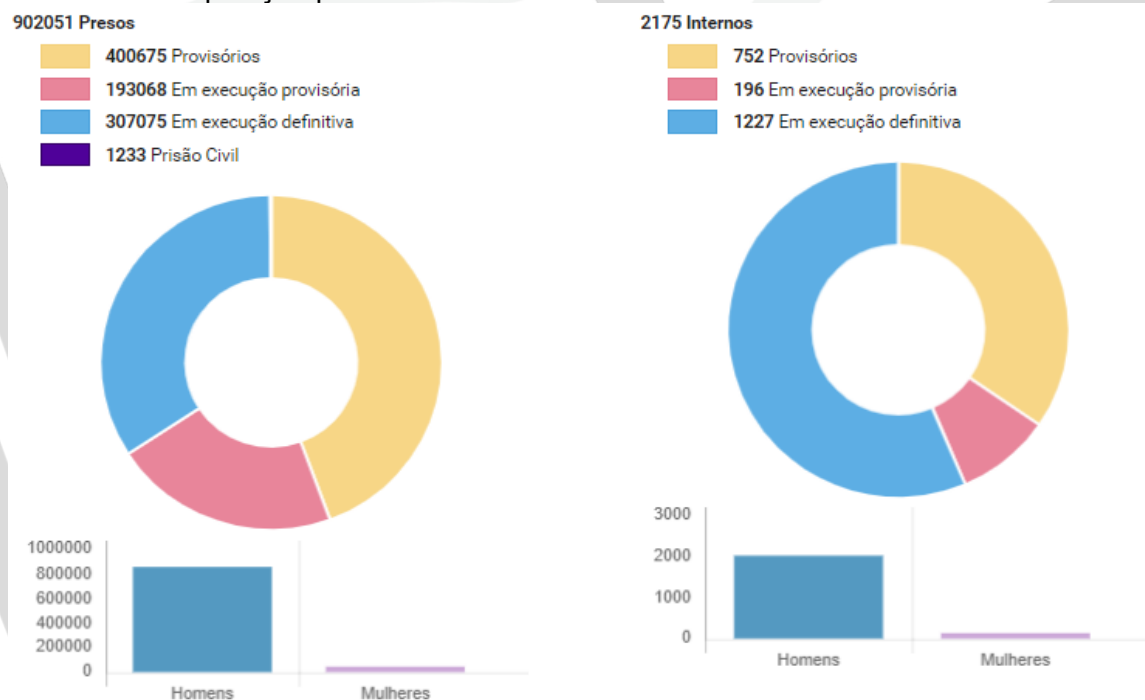
Fonte: SISDEPEN (2022)

Em análise ao SISDEPEN, devido ao robusto crescimento do encarceramento, até junho de 2022, foram registradas 654.704 pessoas privadas de liberdade, que somadas aos indivíduos cumprindo pena em prisão domiciliar, há um total de 837.443. Dentre tais pessoas, 49,85% destas se encontram em regime fechado, conforme gráfico da população prisional a seguir:

**Gráfico 2 – População prisional total veja as normas**

Fonte: SISDEPEN (2022)

Porém, em análise a dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de acordo com as estatísticas do Banco Nacional de Mandado de Prisões (BNPM), atualmente, encontram-se privados de liberdade 904.226 indivíduos. Ou seja, há evidente inconsistência na divulgação de dados do sistema prisional.

**Gráfico 3 – População prisional total**

Fonte: BNMP (2022)



Este aumento expressivo encontra respaldo na era neoliberal, ocorrido no início do século XX, no qual foi implementado a expansão do controle social de pessoas ‘perigosas’, gerando uma exclusão social, conforme Nunes (2018, p. 98):

A era neoliberal teve início no século XX e se encontra em franca expansão nessas primeiras décadas do século XXI. Uma característica essencial do neoliberalismo é o crescimento da exclusão social, fazendo com que os governos de diversos países, inclusive aqueles de capitalismo avançado, promovam uma expansão do controle social das classes de pessoas consideradas perigosas (estrangeiros, homens jovens, pobres, negros ou afrodescendentes). É a gestão disciplinar da pobreza na era da exclusão.

Desta forma, conforme leciona Pavarini (2012), cada país tem a sua população prisional de acordo com a sua política criminal. Nessa toada, a política econômica liberal alcança as penalidades, ocasionando o aumento de condutas delituosas e penas aplicadas, o gerando uma intensificação de indivíduos encarcerados. Assim ensina Nunes (2018, p. 100):

A penalidade (práticas, instituições e discursos vinculados à pena criminal) sofre os efeitos da política econômica neoliberal, exigindo do Poder Legislativo o aumento do número de condutas delituosas e das penas cominadas, e, do Poder Judiciário, o crescimento do número de sujeitos encarcerados (aumento dramático da população prisional do país).

Desta forma, com a chegada da era neoliberal e seus reflexos na política criminal, sua característica de exclusão social ocasionou um hiperencarceramento de estrangeiros, homens jovens, pobres, negros ou afrodescendentes, considerados como “perigosos”.

### **1.1 A crise sanitária presente no cárcere brasileiro**

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil preveja em seus direitos e garantias fundamentais o respeito e a integridade física aos presos, denota-se que tais prerrogativas se encontram violadas, conforme dispõe a ADPF 347:

As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea ‘e’); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Dentre os problemas existentes, a ausência de interesse em fazer valer as garantias previstas na Constituição contribui de forma expressiva para a violência dentro do sistema prisional. Ademais, auxilia em cenários cada vez mais nocivos (insalubres)



dentro das unidades, como a falta de saneamento básico, restos de comida e lixo por todos os lados, bem como a proliferação de roedores e insetos, conforme o Relatório da CPI do Sistema Carcerário (2009, p. 194-195):

Nos estabelecimentos penais inspecionados pela CPI, em muitos deles, os presos não têm acesso a água e, quando o têm, o Estado não lhes disponibiliza água corrente e de boa qualidade. Igualmente, não são tomadas medidas suficientes para assegurar que a água fornecida seja limpa. [...] Os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre. [...] São desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. [...] O Estado também não oferece aos presos artigos necessários à sua higiene pessoal, como sabonete, dentífrico, escova de dente e toalhas.

Observa-se que a superlotação em unidades prisionais é algo recorrente no país, com um sistema de violação constitucional crônica, no qual não há medida legislativa eficaz para resolver as mazelas sofridas por essa população. Nesse sentido assevera Buch que (2019, p. 12) “por todas as unidades prisionais, ressalvadas raras exceções, detentos vivem sem colchão para dormir, sem kit-higiene, sem trabalho, sem estudo, acesso à saúde, são coisificados”.

Em presídios femininos, observa-se, inclusive, a falta de itens de higiene básica, como absorventes, obrigando as detentas a utilizarem como substituto deste o miolo de pão. Não obstante, não existe nenhuma medicação para as dores de cólica que podem acompanhar os ciclos femininos, conforme destacado também pelo Relatório da CPI do Sistema Carcerário (2009, p. 204-205):

Nas cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente.

Cabe ressaltar que a CPI do Sistema Carcerário de 2015 se limita a duplicar, em diversas oportunidades, as situações apresentadas na de 2009, contudo, sem solução para os problemas constatados:

No relatório apresentado em julho de 2008 pela Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro na Câmara dos Deputados constatou-se que nas ‘cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente’. Nas conversas com as detentas nas visitas nos presídios, constatou-se que em muitos essa realidade ainda persiste. Hoje infelizmente, os resultados ainda não são os desejados.

Mormente, em razão das transgressões existentes, o sistema prisional encontra-se cada dia mais defasado, estando em um colapso sem previsão de melhora, que, inclusive, vai além das falhas materiais ao cumprimento da lei, conforme Buch (2019, p. 21):



Estas talhas estruturais que agravam diariamente a situação do sistema prisional se devem especial, mas não tão somente, às limitações materiais ao cumprimento da lei, uma vez que a destinação de recursos para este fim fica muito aquém do necessário para que se garanta o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal no que se refere à adequada estrutura prisional. Tome-se como exemplo a previsão do art. 88, da Lei de Execução Penal, que obriga que a pessoa presa seja acomodada em cela individual que contenha estrutura essencial, como dormitório, aparelho sanitário e lavatório adequados. Tem ainda como requisitos básicos a salubridade do ambiente, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana.

Ademais, em razão das notórias transgressões aos preceitos fundamentais e garantias constitucionais, o sistema prisional está longe de cumprir com o seu ideal, qual seja a ressocialização. Prova disso são as altas taxas de reincidência. Nessa toada, tem-se que o crescimento massivo da população carcerária fomenta a violência e o crescimento de facções criminosas. É o que preconiza a ADPF 347 (2015, p. 26):

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em 'monstros do crime'. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.

Nesta esteira, em razão da superlotação das unidades e o flagrante descaso em relação às medidas sanitárias, a difusão de doenças no interior das unidades é algo recorrente.

## **1.2 A propagação da Covid-19 no sistema Prisional Brasileiro: reflexos de seus males crônicos**

Assim que aportaram os primeiros casos do novo coronavírus no Brasil, a grande preocupação se deu em razão da rápida disseminação deste através de gotículas de saliva e secreção nasal. Para tanto, o meio de contenção da doença indicado pelas autoridades sanitárias foi a higienização, o distanciamento social e uso de máscaras, em conformidade com recomendação do Instituto Butantan:

A transmissão de pessoa para pessoa ocorre por meio de gotículas de saliva expelidas por pessoas contaminadas quando falam, tosse ou espirram, daí a importância do distanciamento de um metro e meio a dois metros. As gotículas também podem se depositar em objetos e superfícies, por isso é fundamental lavar bem e frequentemente as mãos com sabão - o vírus é envolvido por uma espécie de capa de gordura, que é destruída pelo sabão, daí a eficácia da medida.

De acordo com o SISDEPEN, cerca de 26.936 pessoas possuem alguma doença pré-existente, dentre estas, mais de 22% destas correspondem à tuberculose. Cabe ressaltar que o vírus da Covid-19 desencadeia problemas respiratórios nos infectados, podendo levar à morte, apresentando maior risco às pessoas dos chamados grupos de risco, que possuem alguma fragilidade ou doença pré-existente, tornando-as mais vulneráveis e debilitadas caso venham a contraírem, segundo o Instituto Butantan:



Pelo que se sabe até agora, pessoas mais velhas e/ou com condições médicas preexistentes, como diabetes, câncer, pressão alta e doenças cardíacas e problemas pulmonares, têm mais risco de desenvolver casos mais graves do coronavírus 2019. Em 24 de março, a ONU incluiu fumantes - independente da idade e de terem outro problema de saúde - no grupo de risco. Crianças e adolescentes podem ser infectados e espalhar a doença. Apesar de menos frequente, também casos severos têm sido registrados em ambas as faixas etárias. As medidas de isolamento, em caso de contaminação, e de distanciamento, uso de máscara e higiene se aplicam a todos os grupos.

Conforme o Relatório da CPI do Sistema Carcerário (2009, p. 203), detentos infectados com tuberculose ocupam celas superlotadas com outros detentos aparentemente saudáveis, tornando o cenário perfeito para a disseminação da doença, assim como do novo coronavírus.

Análogo a isso, a OMS alertou sobre a alta disseminação em condições de confinamento, bem como prejudicando o acesso a recursos desses indivíduos, segundo a Associação Brasileira de Saúde Coletiva:

Seria o isolamento nas celas de unidades prisionais um meio de se proteger da pandemia? Muito pelo contrário, segundo guia publicado pela Organização Mundial de Saúde. Além das condições de confinamento amplificarem as chances de transmissão da doença, elas também diminuem o acesso aos recursos disponíveis para se prevenir e inclusive tratar em caso de infecção. Em consonância com essas e outras entidades, reafirmamos a necessidade de garantir o direito à saúde das pessoas em situação de privação de liberdade.

É certo que, devido às complicações da Covid-19, os infectados devem receber acompanhamento médico. Nada obstante, é cediça a supressão de atendimento clínico nas unidades prisionais, ocasionando o adoecimento e a morte dos detentos da unidade em virtude da negligência, conforme lição de Buch (2019, p. 45):

Como ocorre em boa parte das unidades prisionais brasileiras, a fragilização da saúde humana, seja pela ausência de assistência, seja pelo favorecimento de doenças por intermédio da insalubridade do ambiente, é um fato incontestável. Diante disso, não raras vezes detentos adoecem de modo tal que a recuperação da saúde no ambiente prisional não se mostra mais possível.

Assim, tem-se que a falta de atendimento médico nas unidades prisionais, aliada às condições insalubres destas, são as circunstâncias ideais para o contágio e a disseminação da Covid-19 no sistema prisional. Como consequência, verifica-se que a crise sanitária é agravada, corroborando para o colapso já existente. Porém, a despeito do caótico contexto do sistema carcerário pátrio, este continua sendo incessantemente negligenciado pelas autoridades.

## **2 AS MEDIDAS ADOTADAS NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Dentre as medidas adotadas para a prevenção da propagação da infecção pelo novo coronavírus dentro dos estabelecimentos prisionais, verifica-se a recomendação nº 62, de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça.

A medida tem como finalidade zelar pela integridade física das pessoas privadas de liberdade, principalmente aquelas que se encontram inseridas no grupo de risco da



doença. Busca também a adoção de providências para a redução dos fatores de propagação:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo. Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas:

I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;

II – redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e

III – garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal.

Nos casos de suspeita ou confirmados de Covid-19, a Resolução nº 62 do CNJ prevê a adoção de medidas de prevenção, envolvendo o isolamento do detento, bem como encaminhamento imediato aos protocolos de tratamentos previstos pela OMS. Além disso, assegura o direito à informação sobre as providências tomadas em relação às pessoas privadas de liberdade, aos seus familiares e defensores.

Art. 10. Recomendar o procedimento a ser adotado para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19 no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo, adotando-se as providências:

I – separação de pessoa que apresentar sintomas envolvendo tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar, batimento das asas nasais ou febre, ou que teve contato próximo de caso suspeito ou confirmado de infecção pelo vírus, bem como o encaminhamento imediato para implementação de protocolo de tratamento de saúde previsto pelo Ministério da Saúde para os casos suspeitos de Covid-19 e sua devida notificação à Secretaria Municipal de Saúde;

II – encaminhamento imediato para tratamento em unidade de saúde de referência das pessoas que apresentem dificuldades respiratórias graves associadas à Covid-19;

III – comunicação imediata ao juízo competente para avaliar a substituição da prisão ou medida socioeducativa de meio fechado por medida não privativa de liberdade, particularmente na ausência de espaço de isolamento adequado ou de equipe de saúde, nos termos da presente recomendação.

Parágrafo único. Deve ser assegurado o pleno direito à informação sobre as providências adotadas em virtude de suspeita ou confirmação de diagnóstico de Covid-19 às pessoas privadas de liberdade, bem como a seus familiares e defensores.

A visitação ficou a cargo dos planos de contingência dos gestores prisionais, com previsão de medidas alternativas compensatórias às restrições de visitas e a proibição de entrada de pessoas com sintomas associados à Covid-19. Em que pese as restrições de visitação, não poderá ser limitado o fornecimento de alimentação, medicamentos,



vestuário e itens de higiene trazidos pelos visitantes, conforme art. 11 da Resolução nº 62 do CNJ.

Com base na Resolução nº 62/2020, é possível adotar medidas preventivas que buscam minar a propagação do vírus e resguardar a vida dos detentos. É previsto a análise de prorrogação do retorno ou adiantamento do benefício de saída temporária, sendo em último caso o reagendamento para após o término das restrições.

A Resolução do CNJ, em conjunto com as orientações jurisprudenciais sobre a Covid-19 – III nº 180, esclareceram a possibilidade da substituição de prisão cautelar pela domiciliar para indivíduos que demonstram pertencer ao grupo de risco, bem como a incapacidade de tratamento médico:

2) A Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ não prescreve a substituição da prisão cautelar pela domiciliar de forma automática, sendo indispensável a demonstração: do enquadramento do preso no grupo de vulneráveis à Covid-19; da impossibilidade de receber tratamento médico na unidade carcerária em que se encontra e da exposição a maior risco de contaminação no estabelecimento prisional do que no ambiente social.

Deste modo, com base nas previsões contidas, o HC 563.142-SE determinou o cumprimento em prisão domiciliar de indivíduo inserido no grupo de risco:

Ademais, a declaração pública da situação de pandemia pelo novo coronavírus - Covid-19, no dia 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial de Saúde, requer a adoção de medidas preventivas de saúde pública para evitar a propagação do vírus e o paciente se encontra dentro do grupo de risco, nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, o que impõe a necessidade de revisão da sua prisão.

Nessa toada, o informativo nº 681, no processo HC 568.693-ES, concede *habeas corpus* coletivo para aqueles que tiveram liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, porém, em decorrência do não pagamento, encontravam-se privados de liberdade. A Lei nº 14.010/2020, que dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia do coronavírus, prevê em seu art. 15, o cumprimento exclusivamente em prisão domiciliar da prisão civil por dívida alimentícia.

O Superior Tribunal de Justiça, orientado pela recomendação do CNJ e a Lei 14.010/2020, julgou o HC 568.021-CE, determinando o cumprimento, na modalidade domiciliar, das prisões civis por dívidas alimentares em todo o território nacional. Dentre as fundamentações do acórdão, destaca-se a superlotação dos presídios brasileiros, ensejando um maior risco de contágio:

No caso dos autos, a situação excepcional enfrentada pelo Brasil e pelo Mundo em decorrência da pandemia do coronavírus (Covid-19) recomenda a adoção de medidas também excepcionais para preservar a efetividade da prestação jurisprudencial.

Vive-se, no Brasil e no Mundo, uma crise sanitária sem precedentes, ensejada pela pandemia provocada pelo coronavírus, tendo como características a extrema facilidade do contágio e a alta letalidade.

A recomendação das autoridades sanitárias, a começar pela Organização Mundial de Saúde, na falta de vacina ou de medicamentos eficientes para o combate dessa grave doença (Covid-19), é no sentido do isolamento social, devendo-se, principalmente, evitar aglomerações de pessoas.



Nessa linha, o sistema penitenciário brasileiro constitui um dos ambientes com maior risco de contágio, em face da sabida superlotação dos nossos presídios.

A adoção de regime menos gravoso para pessoas do grupo de risco, gestantes, lactantes, pessoas com deficiências, entre outros, compõem a Recomendação nº 62/2020 em seu art. 5, I, alínea 'a':

Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – Concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;

Outrossim, verifica-se que as medidas alternativas também se enquadram para indivíduos que não ocupam o grupo de risco da Covid-19, mas integram as categorias previstas na recomendação nº 62 do CNJ. É o que se verifica no caso julgado pelo HC 570.608-SP, o qual concedeu prisão domiciliar a uma mulher de 23 anos de idade, sem doenças crônicas, em razão de ser mãe de criança menor de 12 anos.

A Resolução nº 14/2021 dispõe sobre a priorização da vacinação dos servidores do sistema prisional, bem como das pessoas privadas de liberdade no plano nacional, conforme seu art. 1:

Art. 1º - Recomendar às Secretarias Estaduais de Saúde que viabilizem a vacinação de policiais penais e pessoas privadas de liberdade, observando irrestritamente as fases e calendário previstos no Plano Nacional de Operacionalização da Vacina contra a Covid-19, evitando qualquer espécie de postergação de prazo ou fase.

A recomendação aos magistrados foi de fiscalização de estabelecimento prisionais para zelar pela implementação de um plano de contingência. O plano prevê, minimamente, medidas de realização de campanhas, procedimento de triagem pelas equipes de saúde nas entradas de unidades prisionais, adoção de medidas preventivas de higiene, fornecimento ininterrupto de água para as pessoas privadas de liberdade, designação de equipes médicas em todos os estabelecimentos penais, listados no art. 9 da Recomendação nº 62 do CNJ.

### **3 OS IMPACTOS DA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

A partir da Recomendação nº 62 do CNJ, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), divulgou o boletim mensal sobre contágios e óbitos no sistema prisional e socioeducativo. Esse levantamento é feito a partir de dados de diversas fontes do poder público, boletins epidemiológicos de secretarias estaduais e informações repassadas ao DEPEN.

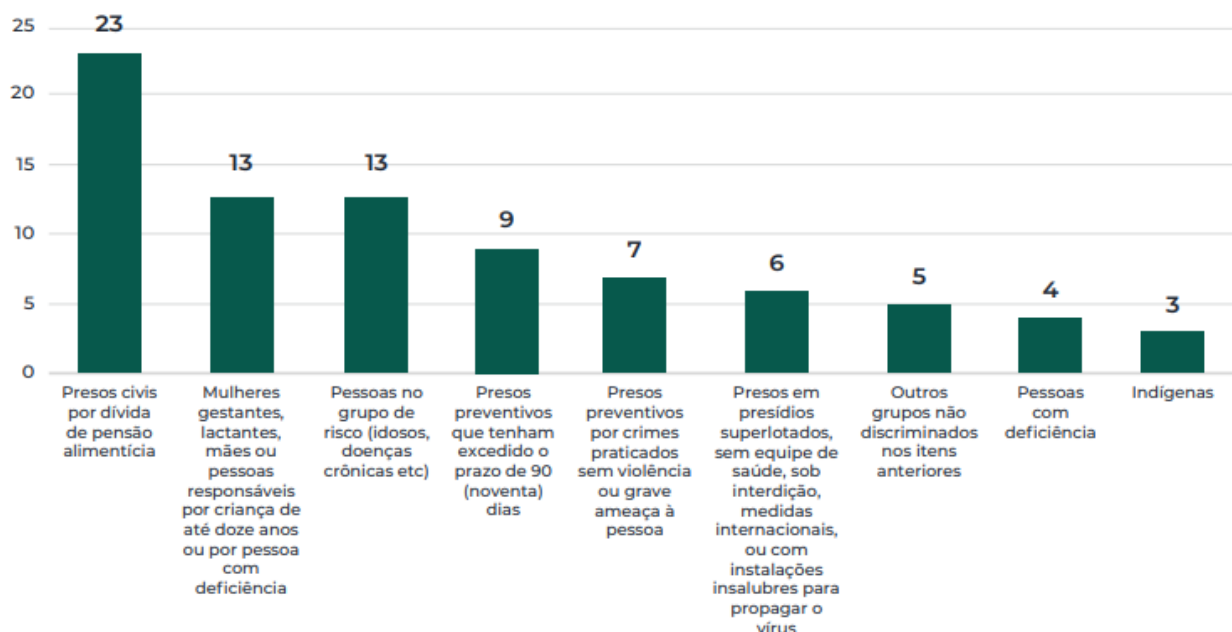
De acordo com Relatório de Monitoramento da Covid-19, foram realizadas 35.026 solturas de detentos durante a pandemia, em razão da Recomendação nº 62 do CNJ. Em relação aos presos provisórios, 8.194 presos foram contemplados pela medida de soltura.



No entanto, somente 16 estados da Unidade Federativa do Brasil forneceram dados em relação aos presos provisórios.

O grupo mais favorecido com as medidas de soltura durante a pandemia, foram presos civis por dívida de pensão alimentícia, seguido de mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, conforme o gráfico de aplicação do CNJ.

**Gráfico 4** - Aplicação efetiva da medida de soltura de presos provisórios para o grupo de referência



Fonte: CNJ (2020)

Foram suspensas as visitas de familiares aos detentos em 26 estados do território brasileiro, conforme dados extraídos do Relatório de Monitoramento da Covid-19. As entregas de alimentos foram mantidas com restrições em 11 estados, sendo suspensa em outros 12. Nos demais estados, manteve-se sem alterações.

As saídas temporárias foram igualmente suspensas em 44% do território brasileiro, tendo um estado que não informou sobre as alterações. Com relação às atividades de prevenção e tratamento, em análise Relatório de Monitoramento da Covid-19, existem dois quadros de providências tomadas, no mesmo relatório, inconsistentes entre si, relatando de forma desigual as medidas tomadas no território brasileiro, conforme extrai-se dos quadros a seguir:

**Quadro 1** - Realização de atividades de prevenção e tratamento

|                                                                              | N  | %   | Variação em relação a 1ª consulta |
|------------------------------------------------------------------------------|----|-----|-----------------------------------|
| Realizada distribuição de kits de higiene                                    | 25 | 93% | 6                                 |
| Providência de espaços de isolamento adequado para pessoas sintomáticas      | 25 | 93% | 5                                 |
| Higienização dos espaços                                                     | 25 | 93% | 3                                 |
| Adotado referenciamento para rede de saúde em casos suspeitos ou confirmados | 24 | 89% | 4                                 |
| Realizadas ações educativas                                                  | 22 | 81% | 0                                 |
| Acesso permanente à água                                                     | 18 | 67% | 7                                 |
| Sem atividades                                                               | 1  | 4%  | 0                                 |
| Não sabe/não informado                                                       | 0  | 0%  | -2                                |

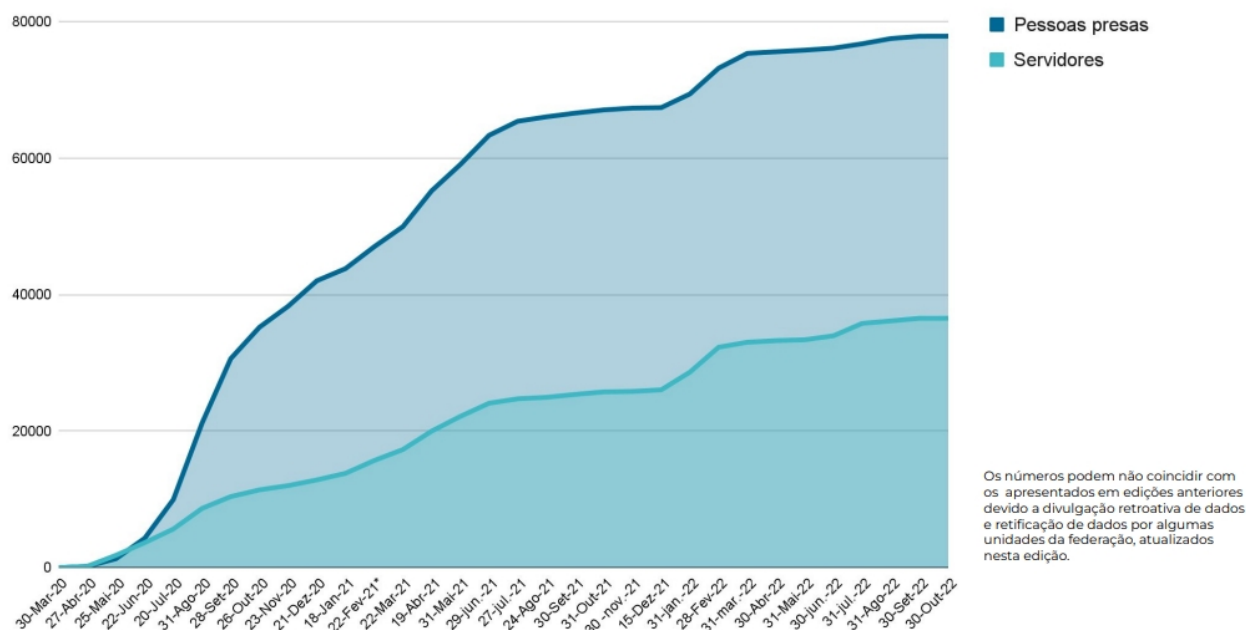
Fonte: CNJ (2020)

**Quadro 2** - Realização de atividades de prevenção e tratamento

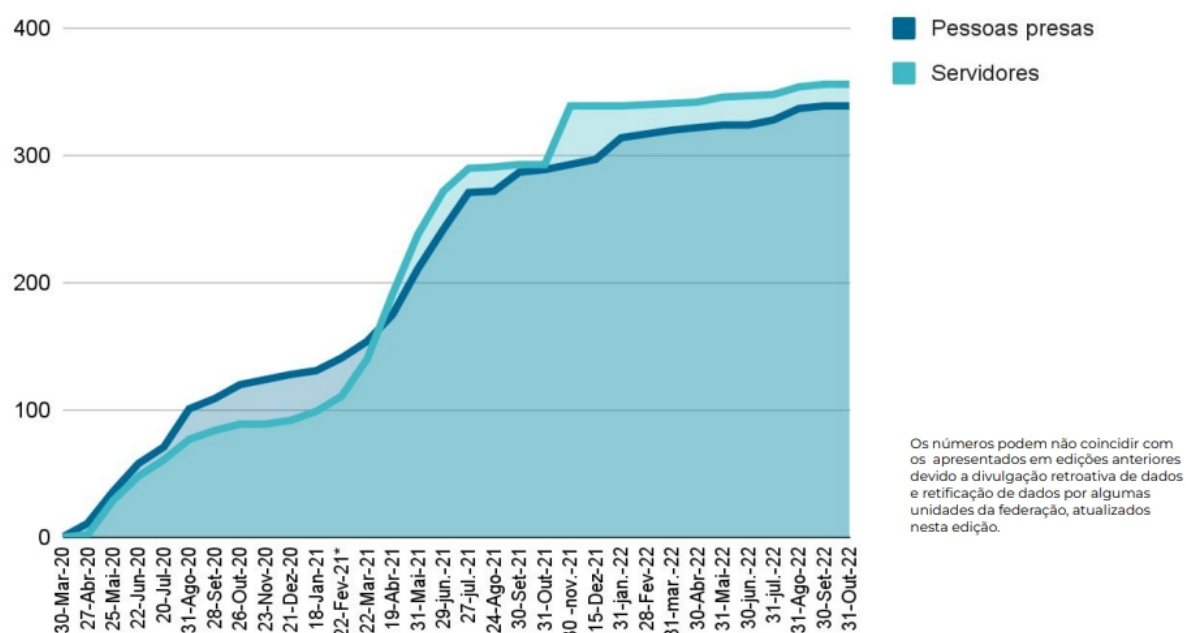
|                                                                              | N  | %   | Variação em relação a 1ª consulta |
|------------------------------------------------------------------------------|----|-----|-----------------------------------|
| Providência de espaços de isolamento para pessoas sintomáticas               | 18 | 67% | 6                                 |
| Realizada distribuição de kits de higiene                                    | 17 | 63% | 7                                 |
| Higienização dos espaços                                                     | 17 | 63% | 5                                 |
| Adotado referenciamento para rede de saúde em casos suspeitos ou confirmados | 16 | 59% | 5                                 |
| Realizadas ações educativas                                                  | 15 | 56% | 5                                 |
| Acesso permanente a água                                                     | 12 | 44% | 4                                 |
| Sem atividades                                                               | 4  | 15% | -5                                |

Fonte: CNJ (2020)

Conforme o boletim mensal sobre contágio e óbitos, foram registrados 114.393 casos de Covid-19 no sistema prisional desde o início da pandemia, em março de 2020. Dentre estes, 77.857 correspondem a pessoas presas, enquanto 36.536 à servidores. Foram registrados 695 óbitos desde o início da pandemia em março de 2020, destes, 339 correspondem a pessoas presas e 356 a servidores. Conforme os dois gráficos a seguir, do Boletim Mensal da CNJ, é possível observar a evolução no número de casos e óbitos no sistema prisional.

**Gráfico 5 – Evolução no número de casos do sistema prisional**

Fonte: CNJ (2022)

**Gráfico 6 – Evolução no número de óbitos do sistema prisional**

Fonte: CNJ (2022)

Conforme coleta de dados iniciada em abril de 2021, 706.119 pessoas privadas de liberdade teriam tomado a primeira dose da vacina contra a Covid-19, enquanto 103.554 servidores teriam tomado a primeira dose.

Foi disponibilizado pelo CNJ o monitoramento das ações de enfrentamento à Covid-19 em espaços de privação de liberdade, com dados obtidos pelos grupos de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário (GMFs). As informações disponíveis



no monitoramento incluem dados sobre equipamentos de prevenção, alimentação, materiais de higiene e de limpeza, medicamentos e testes sobre contágio.

Foram realizados 369.449 testes de Covid-19 em detentos e 83.777 testes em servidores, desde maio de 2020. Para a coleta destes dados, não foram considerados os Estados que não disponibilizaram dados, ou aqueles fornecidos sem a distinção de PPL (pessoas privadas de liberdade) e servidores, de acordo com o monitoramento das ações de enfrentamento à Covid-19 em espaços de privação de liberdade.

Em análise a dados do DEPEN, em discordância com o CNJ, houve um total de 67.367 detecções de Covid-19 em detentos, com 293 óbitos. Há um registro de 581.788 internos vacinados com a primeira dose e 99.726 servidores vacinados com a primeira dose, sendo dados atualizados em outubro de 2022.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora os resultados obtidos pela presente pesquisa não possuam o intuito ou a condição de afirmar a existência de uma regra geral, em uma análise às medidas adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro, verifica-se que não foram aptas para impedir o avanço da Covid-19 nos estabelecimentos prisionais. Por consequência, a população carcerária sofreu diretamente com a falta de capacidade do Estado brasileiro em lidar com o vírus.

A análise do sistema prisional brasileiro mostra que este ambiente continua sendo negligenciado, mantendo-se insalubre para os indivíduos. Em razão desta negligência, o cenário se tornou o ambiente perfeito para a disseminação da Covid-19.

Em que pese as avaliações do ambiente em CPI's, é certo que nenhuma providência anterior à pandemia foi tomada, sendo possível observar a piora do sistema com o decorrer dos anos. Tal piora foi agravada com a chegada da pandemia da Covid-19, que, para sua contenção, exige providências que são praticamente inaplicáveis no cárcere.

Não é possível aferir nem se as medidas de higiene previstas no art. 9 da Recomendação nº 62 do CNJ foram aplicadas de maneira adequada. Cabe ressaltar que tais disposições já são asseguradas constitucionalmente às pessoas privadas de liberdade, porém são flagrantemente negligenciadas, precisando ser reforçadas através de determinações para a concessão do básico, como por exemplo, fornecimento de água.

Relativamente às providências tomadas, em análise, pode-se observar que estas limitaram-se, essencialmente, à Recomendação nº 62 do CNJ, que trazia algumas ações, como a prisão domiciliar para indivíduos que se enquadrassem no grupo de risco, medidas de prevenção e até mesmo a priorização da vacina para detentos e servidores do sistema carcerário, para serem tomadas, como forma de contenção. A despeito dela, surgiram diversos debates sobre aplicação, culminando em Habeas Corpus que foram estendidos em caráter nacional, para aqueles que se encaixavam em seus requisitos.

É possível analisar, inclusive, uma supressão de mais direitos das pessoas encarceradas, como a suspensão de visitas e entrega de alimentação por parte de familiares em diversos estados do Brasil.

O acesso às informações em relação aos dados do sistema carcerário, além de serem escassos, encontram-se totalmente controvertidos. Nessa seara, não é possível analisar com precisão quantas pessoas foram efetivamente contaminadas, e quantas destas vieram a óbito.



O CNJ e o SISDEPEN, sites governamentais que deveriam trazer dados de forma precisa, divergem de maneira substancial, não sendo possível nem aferir se atualmente se encontram privadas de liberdade 654.704 pessoas, conforme o SISDEPEN, ou 904.226 indivíduos, conforme o Banco Nacional de Mandados de Prisão do CNJ.

Ainda em relação aos problemas de informação nos sites do governo, não é possível também afirmar quantas pessoas privadas de liberdade tomaram a vacina, em que pese a recomendação de priorização, e quantas vieram a óbito. Nesse sentido, o CNJ nos informa que foram registrados 695 óbitos desde o início da pandemia em março de 2020, enquanto o DEPEN registra 293 óbitos.

No que se refere a pandemia, os dados se encontram de forma insuficiente, dos quais, muitos são antigos, datados do começo da pandemia, não havendo relatórios atualizados para a aferição dos reais impactos. Os dados existentes, encontram-se, ainda, conforme já mencionado, divergem, não sendo possível averiguar de maneira adequada.

Em que pese os dados controversos, é possível analisar nos gráficos que a curva de pessoas infectadas e óbitos somente cresceu desde o começo da pandemia, em 2020. Dessa forma, as medidas adotadas pelo Judiciário, não foram totalmente eficazes para a contenção da doença no cárcere.

Em resumo, nota-se que o Estado brasileiro não foi capaz de conter o forte avanço da pandemia da Covid-19, seja por meio de resoluções do CNJ ou da lenta campanha de vacinação governamental. Não obstante, os dados sobre a pandemia no que tange à população carcerária, além de serem ínfimos, são inconsistentes, controversos e imprecisos, o que dificulta a constatação dos reais impactos da pandemia sobre o sistema prisional brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ABRASCO. **Coronavírus no cárcere: cuidado e custódia caminhando juntos**. Associação Brasileira de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/saudeda-populacao/nota-coronavirus-no-carcere-cuidado-e-custodia-caminhando-juntos/47007/>. Acesso em: 15 de out. de 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol 1, Parte Geral. 24ª Edição. São Paulo-SP, SaraivaJur, 2018, 1032 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI Sistema Carcerário. Biblioteca Digital. Brasília, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em 14 de out. de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI Sistema Carcerário. Biblioteca Digital. Brasília, agost. 2015 Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/31899>. Acesso em 02 de jun. de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Medidas Provisórias Adotadas em Relação ao Brasil. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Medidas\\_Provisorias\\_adotadas\\_em\\_relacao\\_ao\\_Brasil\\_2021-06-16\\_V5.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Medidas_Provisorias_adotadas_em_relacao_ao_Brasil_2021-06-16_V5.pdf) . Acesso em: 09 mai. 2022.



BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Mídia, Sistema de Justiça Criminal e Encarceramento: narrativas compartilhadas e influências recíprocas. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/05/Relatorio\\_Midia-Sistema-de-Justica-Criminal-e-Encarceramento.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/05/Relatorio_Midia-Sistema-de-Justica-Criminal-e-Encarceramento.pdf) . Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Monitoramento da Covid-19 e da Recomendação 62/CNJ nos Sistemas Penitenciário e de Medidas Socioeducativas II. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio\\_II\\_Covid\\_web\\_0909.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_II_Covid_web_0909.pdf) . Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF. Boletim Mensal Sobre Contágios E Óbitos No Sistema Prisional E Socioeducativo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/boletim-de-casos-obitos-e-vacinacao/> . Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Ações Contra o Covid-19. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contrapandemia/painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus. 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: 9 mai. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Recomendação Nº 62 de 17/03/2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em: 9 mai. 2022.

BRASIL. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2lyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus n.º 563.142, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Brasília, DF, 17 de março de 2020. Lex: Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Estaduais, Sergipe, mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus n.º 568.693, do Tribunal De Justiça Do Estado Do



Espírito Santo, Brasília, DF, 1 de abril de 2020. Lex: Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Estaduais, Espírito Santos, abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus n.º 568.021, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Brasília, DF, 23 de março de 2020. Lex: Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Estaduais, Ceará, mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus n.º 570.608, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2021. Lex: Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347, Brasília, DF, 08 de junho de 2021. Lex: Jurisprudência do STF.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Pearson Universidades, 2007. 158 p.

BUCH, João Marcus. **Execução Penal Aplicada: Anotações para Redução de Danos**. Editora Giotri, 1ª Edição, 2019.

BUTANTAN. Qual a diferença entre SARS-CoV-2 e Covid-19? Prevalência e incidência são a mesma coisa? E mortalidade e letalidade?. **Instituto Butantan**. São Paulo. Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/qual-a-diferenca-entre-sars-cov-2-e-covid-19-prevalencia-e-incidencia-sao-a-mesma-coisa-e-mortalidade-e-letalidade>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BUTANTAN. Tire aqui suas dúvidas sobre o coronavírus de 2019!: Como a transmissão ocorre?. **Instituto Butantan**. São Paulo. Disponível em: <https://coronavirus.butantan.gov.br/index.php>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BUTANTAN. Tire aqui suas dúvidas sobre o coronavírus de 2019!: Quem corre o risco de desenvolver casos mais graves da doença?. **Instituto Butantan**. São Paulo. Disponível em: <https://coronavirus.butantan.gov.br/index.php>. Acesso em: 02 jun. 2022.

NUNES, Leandro Gornicki *et al.* Criminologia Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. 232 p.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PEREIRA, José Matias. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. Minha biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/>. Acesso em: 16 nov. 2021.



SERVILHA, Claudia; MEZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611560/pageid/130>. Acesso em: 07 nov. 2021.





## OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Lenara Camila Dellandréa Pereira<sup>1</sup>  
Indalécio Robson Rocha<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo tem como objeto de estudo os meios alternativos de solução de conflito na justiça do trabalho. As controvérsias sobre as normas da CLT, acordos e convenções, geram conflitos na relação trabalhista, o que pode ocasionar uma reclamatória trabalhista, sobrecarregando o judiciário e contribuindo para que vários processos se acumulem. Neste cenário, o direito do trabalhador pode demorar além do razoável para ser prolatado. Para tornar a Justiça do Trabalho mais célere e para que os direitos do trabalhador sejam respeitados, uma opção seriam os meios alternativos de solução de conflito, métodos que aceleram a resolução dessas demandas. São eles a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação. O principal argumento apresentado neste artigo é que esses métodos alternativos – e, em especial, a negociação – podem e devem ser aplicados na Justiça do Trabalho e a principal justificação reside no exercício de liberdade das partes. Realizou-se uma ampla investigação doutrinária, avaliando qualitativamente os argumentos apresentados pelos doutrinadores.

**Palavras-chave:** Meios alternativos de solução de conflitos, Justiça do Trabalho, Direito Trabalhista

**Abstract:** This article has as object of study the alternative means of conflict resolution in the labor courts. The controversies about CLT norms, Brazilian agreements, and conventions, generated conflicts in the labor relationship, which can lead to a labor claim, overloading the judiciary and trusting that several lawsuits accumulate. In this scenario, the employer's right may take longer than reasonable to be extended. To speed up the Labor Court and ensure that employer's rights are respected, one option is alternative means of conflict resolution, methods that speed up the resolution of these demands. They are arbitration, mediation, conciliation, and negotiation. The main argument presented in this article is that these alternative methods – and, in particular, negotiation – can and should be applied in the Labor Court and the main justification lies in the exercise of the freedom of the parties. A wide doctrinal investigation was carried out, qualitatively evaluating the arguments presented by the doctrinaires.

**Keywords:** Alternative means of conflict resolution, Labor Justice, Labor Law

### INTRODUÇÃO

A relação humana sempre esteve envolvida com conflitos, o que não é diferente na relação de trabalho – empresa e empregado. O convívio em sociedade e as relações humanas, principalmente as que envolvem relações contratuais, estão propensas ao conflito. Dessa forma, por meio da relação de trabalho, inúmeros processos são instaurados na Justiça do Trabalho sobrecarregando o Poder Judiciário e ocasionado a demora para que o direito do trabalhador seja garantido.

Também auxiliando quanto à celeridade de processos judiciais, e não desmerecendo-os, criaram-se meios alternativos de solução de conflito (MASC)<sup>3</sup>, cujos

1. Bacharel em Ciências Contábeis e graduada em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville – FCJ/CNEC, lenara\_nara@hotmail.com, (47) 98435.4309. Este texto é um desdobramento de minha monografia de conclusão de curso, sob orientação do Professor Indalécio Robson Rocha.

2. Indalécio Robson Rocha. Bacharel em Direito pela Católica de Joinville, Mestre e Doutorando em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Federal do Paraná, com período sanduíche na Universidade de Vechta/Alemanha, indalecio@indaleciorocha.adv.br, (47) 99275.2008.

3. A expressão “meios alternativos de solução de conflitos” (MASC), correspondente à homônima em língua inglesa “*alternative dispute resolution*” (ADR), representa uma variedade de métodos de resolução de disputas distintos do julgamento que se obtém ao final de um processo judicial conduzido pelo Estado. São exemplos a arbitragem, a mediação, a conciliação, a avaliação neutra, o *minitrial* e a própria negociação”. (SILVA, 2020, p. 39 e 40). A partir de então a expressão MASC será utilizada neste trabalho como referência



métodos devem ser estimulados pelos operadores do direito (cf. §2º do art. 3º, CPC). Sua aplicação deve ser visualizada como um meio de resolução do conflito e não como método de suprimir direitos do trabalhador sob o ótica dos princípios da proteção e irrenunciabilidade de direitos.

Assim, o presente artigo tem como objetivo a identificação dos meios alternativos permitidos na Justiça do Trabalho com base em textos normativos, como forma de solução alternativa que as partes – empregado e empregador –, poderão utilizar para resolver seus conflitos de forma não conflituosa. Primeiramente apresenta-se a noção de celeridade processual e, na sequência, são especificados os meios e seus desdobramentos.

## 1 SÍNTESE DA RELAÇÃO ENTRE CONFLITO E CELERIDADE PROCESSUAL

Desde o início da civilização, a relação humana sempre esteve envolvida com conflitos,<sup>4</sup> sejam eles individuais, coletivos, ou até mesmo contra o Estado. Nesse sentido, para a solução desses conflitos a sociedade foi construindo alternativas para a resolução dos litígios, e.g., na antiguidade as pessoas faziam justiça pelas próprias mãos; em seguida sobreveio a lei de talião<sup>5</sup> para trazer proporcionalidade, até chegar ao modelo atual que é a judicialização, pela qual um terceiro neutro denominado Estado-Juiz, tem a função de resolver o conflito a ele atribuído.

O fato aqui condizente é que o convívio em sociedade e as relações humanas, principalmente as que envolvem relações contratuais, estão propensas ao conflito. Contudo, para que seja evitado o conflito nas relações sociais, ou melhor, para que o conflito não resulte em um processo judicial, pode-se pensar que as partes estejam prontas à resolvê-las de forma consensual. No direito brasileiro existem meios alternativos pelos quais um conflito pode ser resolvido, sem que haja a necessidade de instauração de processo judicial. Contudo, na maior parte das vezes desconhece-se esses meios alternativos, o que gera às partes da controvérsia a sensação de que somente o Poder Judiciário resolverá suas questões. Nos dizeres de Silva (2020, p. 37),

[d]esde a consolidação dos Estados modernos, generalizou-se a crença de que o método mais adequado para a solução justa desses conflitos seria aquele oferecido pelo próprio Estado, por meio da jurisdição e do processo judicial. O mecanismo estatal possui princípios próprios e um conjunto farto de regras, o que constitui o próprio “direito processual”. A jurisdição, que deve ser imparcial, só atua mediante solicitação dos conflitantes (princípio da inércia), que são compulsoriamente sujeitos a esse poder (princípio da inevitabilidade). A resolução dos conflitos é obtida por meio de um procedimento de investigação racional da verdade fundado no debate entre as partes conflitantes (garantias do contraditório e da ampla defesa). O julgador tem relativa liberdade para formar seu convencimento, que deve ser racional e motivado, e suas decisões devem ser públicas (princípios do livre convencimento motivado, da fundamentação e da publicidade).

---

aos meios alternativos de solução de conflitos.

4. Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrelaço de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas (TARTUCE, 2018, p.21).

5. Lei de talião, exemplificada pela expressão “olho por olho, dente por dente”. O mal que alguém faz a outro, deve retornar a este, através de um castigo imposto, na proporção daquele mal.



Certamente, o Estado moderno e a concentração do monopólio da força executiva do direito mantêm sua qualidade vinculativa em relação às partes, especialmente quando o consenso não é possível. Contudo, pressupondo a possibilidade do consenso, o questionamento pertinente está em saber se o processo judicial é o método mais adequado para a solução justa de conflitos, tendo em vista a insatisfação<sup>6</sup> da sociedade referente aos serviços prestados pela justiça estatal. Além de todo o tramite processual, as decisões judiciais são pautadas por aquilo que foi apresentado no curso processual, gerando ao final um lado perdedor e outro ganhador. Essa realidade muda com os meios alternativos, que visam a interação das partes de modo colaborativo para se chegar a um resultado em que ambos os lados possam ganhar, já que estão resolvendo o problema conjuntamente. Dado um generalizado desconhecimento sobre a aplicação de outros meios de solução de conflito, acabam por entender que o processo judicial é o único meio para solução dos seus conflitos.

A judicialização tornou-se um fenômeno pelo qual a celeridade da justiça foi comprometida frente o grande número de processos e sua lentidão processual. Esse problema não é de hoje e não é enfrentado somente pela justiça brasileira, conforme destacado por Cappelletti e Garth (1988, p.20):

[e]m muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Além da Convenção dos Direitos Humanos, a falta de celeridade nos processos judiciais afeta também a previsão constitucional brasileira de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (cf. LXXVIII, do art. 5º, CRFB/88).

O processo judicial converteu-se na única resposta que se oferece para todo e qualquer embaraço no relacionamento. A procura pelo judiciário foi tão excessiva, que o congestionamento dos tribunais inviabiliza o cumprimento de um comando fundante incluído na Carta Cidadã pela Emenda Constitucional 45/2004: a duração razoável do processo. (NALINE, 2016, p. 28)

Somado a tal contexto, identifica-se também um fator cultural: os brasileiros possuem o costume de judicializar seus conflitos, o que contribui para a piora no cenário apresentado. Nota-se, por exemplo, o alto número de ações já em tramitação na justiça brasileira, bem como as novas, que são ajuizadas diariamente.<sup>7</sup> Essa perspectiva também auxilia na justificação do uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, identificando-se diversos dispositivos legais que os fundamentam.

6. Isso pode ser observado quando o Datafolha registrou, em setembro de 2021, que 31% **não confiam** no Judiciário, percentual que era de 23% em 2019. (FGV, web, 31/01/2022).

7. O Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13 milhões, ou seja, 17,2%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2020 existiam 62,4 milhões ações judiciais. (CNJ.Jus – Relatório em números 2021).



O artigo 3º do Código de Processo Civil reforçou a garantia constitucional (cf. XXXV, do art. 5º da CRFB/88) de acesso ao Poder Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça à direito. Os parágrafos desse dispositivo, por sua vez, além de reiterar a permissão legal de arbitragem, já prevista anteriormente na Lei nº 8.987/1995, dispõe que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (cf. §2º do art. 3º, CPC) e que “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” (cf. §3º do art. 3º, CPC).

Nada obstante sua previsão legal, esses métodos muitas vezes são desconhecidos por alguns operadores do direito. Principalmente por advogados que, na maior parte das vezes, por razões que não cabem aqui perquirir, priorizam e estimulam o conflito e sua judicialização ao invés de resolvê-lo extrajudicialmente. Se por um lado há desconhecimento das próprias partes, por outro o problema é intensificado quando há gaps na própria operacionalização técnica do direito.

A partir dessa perspectiva, certamente é possível considerar que os meios alternativos de solução de conflito também fazem parte do acesso à justiça, como forma de solução consensual de conflitos – mesmo porque podem ser oportunos no próprio curso do processo judicial. Para Cappelletti e Garth (1988, p. 12 e 13),

[o] acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. [...] Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que **as cortes não são a única forma de solução de conflitos** a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva. [...] O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (grifo nosso).

O acesso à justiça e o cenário pessimista já instaurado podem ser boas razões para que os operadores do direito estimulem o uso de métodos alternativos para uma melhor eficiência na resolução de demandas. Anualmente o CNJ<sup>8</sup> (Conselho Nacional de Justiça) publica dados e informações sobre o poder judiciário brasileiro, bem como disponibiliza os números de processos ativos e os assuntos mais demandados na justiça, conforme demonstrado na figura 1. Na imagem é possível verificar os números dos processos demandados em cada segmento judicial (Justiça do Trabalho, Tribunais Superiores, Justiça Militar, Justiça Federal, Justiça Estadual e Justiça Eleitoral), sendo individualizados pelos temas mais recorrentes.

---

8. Instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do Judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. (CNJ, 2022, web).

**Figura 1 – Assuntos mais demandados na Justiça Brasileira**

|                  |                                                                                                                                                                   |                   |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| Trabalho         | 1. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias                                                                                        | 2.152.772 (4,10%) |
|                  | 2. DIREITO DO TRABALHO–Direito Individual do Trabalho /Rescisão do Contrato de Trabalho                                                                           | 805.059 (1,53%)   |
|                  | 3. DIREITO DO TRABALHO–Direito Individual do Trabalho /Duração do Trabalho                                                                                        | 285.392 (0,54%)   |
|                  | 4. DIREITO DO TRABALHO–Direito Individual do Trabalho /Verbas Remuneratórias, Indenizatórias e Benefícios                                                         | 281.798 (0,54%)   |
|                  | 5. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral                                                                            | 259.625 (0,49%)   |
| Superiores       | 1. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO– Partes e Procuradores/Sucumbência                                                                                      | 36.966 (0,07%)    |
|                  | 2. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Liquidação / Cumprimento / Execução/Valor da Execução / Cálculo / Atualização                                           | 36.222 (0,07%)    |
|                  | 3. DIREITO PENAL–Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas                                                   | 35.820 (0,07%)    |
|                  | 4. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral                                                                            | 28.453 (0,05%)    |
|                  | 5. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos                                                                                                                 | 26.532 (0,05%)    |
| Militar União    | 1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção                                                                               | 434 (0,00%)       |
|                  | 2. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde                                                                                        | 402 (0,00%)       |
|                  | 3. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes                                                                                  | 308 (0,00%)       |
|                  | 4. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Administração Militar/Falsidade                                                                                          | 299 (0,00%)       |
|                  | 5. DIREITO PENAL–Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de Ação Civil Pública | 253 (0,00%)       |
| Militar Estadual | 1. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância                                          | 635 (0,00%)       |
|                  | 2. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Regime                                                                                     | 429 (0,00%)       |
|                  | 3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Tutela Provisória/Liminar                                                                                               | 263 (0,00%)       |
|                  | 4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO– Partes e Procuradores/Assistência Judiciária Gratuita                                                                  | 249 (0,00%)       |
|                  | 5. DIREITO PENAL MILITAR–Parte Geral /Penas Acessórias                                                                                                            | 197 (0,00%)       |
| Federal          | 1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário                                                                                     | 541.738 (1,03%)   |
|                  | 2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez                                                                                       | 361.138 (0,69%)   |
|                  | 3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)                                                                              | 340.863 (0,65%)   |
|                  | 4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie                                                                                                                   | 315.271 (0,60%)   |
|                  | 5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)                                                               | 274.943 (0,52%)   |
| Estadual         | 1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos                                                                                                                 | 2.665.873 (5,08%) |
|                  | 2. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral                                                                                | 1.655.989 (3,15%) |
|                  | 3. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos                                                                                                                                | 1.303.589 (2,48%) |
|                  | 4. Direito Ambiental–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral                                                                                            | 1.274.975 (2,43%) |
|                  | 5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa                                                                                                                                | 1.115.477 (2,12%) |
| Eleitoral        | 1. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Cargos                                                                                                                              | 949.062 (1,81%)   |
|                  | 2. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Candidatos                                                                                                                          | 608.652 (1,16%)   |
|                  | 3. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Prestação de Contas                                                                                                                 | 440.346 (0,84%)   |
|                  | 4. DIREITO ELEITORAL–Eleições                                                                                                                                     | 113.286 (0,22%)   |
|                  | 5. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Propaganda Política – Propaganda Eleitoral                                                                                          | 91.641 (0,17%)    |

Fonte: CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números.

Observa-se pelo relatório que os números processuais na justiça brasileira são elevados. Em primeiro lugar estão as demandas voltadas ao Direito Civil com o tema “Obrigações/Espécies de Contratos” com 2.665.873 ações. Logo na sequência, em segundo lugar, estão as demandas voltadas para o Direito do Trabalho com o tema “Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas rescisórias” com 2.152.772 ações. O cenário



pode sugerir dificuldades para a entrega célere da prestação jurisdicional<sup>9</sup>, a partir do qual é reflexivo o argumento de Nalini, (2016, p. 33), de que

[n]ão se deve fugir à crítica, nem se furtar à profunda e sensata reflexão. Mas é importante reconhecer que o Estado contemporâneo assumiu tantas obrigações nesta era de abundância de direitos e de carência de responsabilidades e obrigações, que já não consegue exercer com eficiência muitas delas. E o quadro mais manifesto é a insuficiência da missão consistente no monopólio de julgar.

O processo judicial possui características próprias e seu andamento, inevitavelmente, depende do volume de processos pendentes. Há um leque imenso e amplo de recursos e diversas possibilidades de discussões e desdobramentos. São direitos fundamentais que acabam por ser violados sistematicamente nesse contexto mais amplo.

Por fim, não é incomum que um juiz atue como “generalista encarregado de decidir sobre o que nem sempre conhece bem e tem de se apoiar em peritos e assistentes técnicos indicados pelas partes” (NALINI, 2016, p. 32), sem contar o alto custo judicial. Desse modo, não existem apenas razões de ordem pragmática ou de eficiência que justificam a aplicação daqueles meios alternativos. Há, sobretudo, uma forte justificação jurídico-moral fundamentada no exercício da liberdade das pessoas. A tomada de uma decisão consensual sempre será melhor do que a imposição de uma visão externa às próprias partes, seja porque estas possuem naturalmente interesse na celeridade processual, mas principalmente porque é uma forma de privilegiar a manifestação de vontade e sua liberdade. Os subtópicos seguintes darão conta de relacionar essas razões de justificação do MASC com sua aplicabilidade na Justiça do Trabalho.

## 2 A APLICAÇÃO DO MASC NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O direito do trabalho é regido por lei própria, qual seja, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sendo assim, o poder judiciário à ele condizente também deve ser específico, denominado Justiça do Trabalho. “Esse ramo jurídico lida com a dignidade do ser humano e persegue a isonomia no tratamento para que o trabalho de igual valor seja retribuído da mesma forma” (SILVA, 2010, p. 8).

A relação trabalhista é envolta de direitos e deveres para ambos os lados do contrato, porém a classe trabalhadora teve que lutar para conquistar esses direitos. Dessa forma, por ser uma relação que envolve economia e sociedade com todas suas contingências conflituosas do ponto de vista jurídico, torna-se tão litigiosa. A partir do

---

9. Estima-se com base em dados do TST que o tempo médio entre o ajuizamento de uma ação e o seu encerramento gira em torno de 1 ano, 10 meses e 9 dias; nos Tribunais Regionais do Trabalho, 10 meses e 19 dias; e, nas Varas do Trabalho, 7 meses e 6 dias na fase de conhecimento e 2 anos, 7 meses e 10 dias na fase de execução. Em 2020 foram recebidos 364.980 casos novos no TST, 9,9% a mais que em 2019. Nos TRTs, foram recebidos 742.247 casos novos, 17,6% a menos que em 2019. Nas Varas, foram recebidos 1.463.481 casos novos, 19,7% a menos que em 2019. (TST. Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020). Segundo o Relatório Geral da Justiça de Trabalho do ano de 2021, as Varas receberam 1.539.127 casos novos, 5,16% a mais que no ano de 2020; nos TRTs, foram recebidos 683.728 casos novos, 7,88% a menos que no ano de 2020; no TST foram recebidos 327.542 casos novos, 10,25% a menos que no ano de 2020. O motivo da redução dos casos novos nas Varas do Trabalho em comparativo com o ano de 2019 não é apresentado no relatório, mas podem ser conjecturados pela pandemia (COVID-19), que limitou de certa forma o ingresso na justiça devido ao *lockdown*. Assim, nota-se que 2021 as proposições nas Varas aumentaram em relação ao ano de 2020, pois o *lockdown* estava mais controlado no respectivo ano.



momento em que o direito do trabalho envolve economia e sociedade, é necessário que o legislador constitua as leis trabalhista para estabilizar essa relação econômica e social e ajudar na relação contratual entre empregador e empregado. No ponto, é ilustrativa a citação de Caspar (2021, p. 10), na qual diz que

o surgimento do Direito do Trabalho decorreu da interação de dois interesses conflitantes. Se por um lado representou o resultado da luta dos obreiros por melhores condições de trabalho, por outro, serviu como instrumento em favor dos senhores do capital para conservar a dominação sobre a propriedade privada.

Quando o empregador firma o contrato de trabalho com seu empregado, ambas as partes assumem o compromisso, sob a ótica da segurança jurídica, de respeitar e cumprir com o estabelecido em lei. No momento em que uma das partes infringir as normas jurídicas e desrespeitar o contrato de trabalho que deve ser firmado de forma legal, a parte lesada poderá acionar o judiciário para garantir seus direitos. Diante dessa perspectiva, a Justiça Trabalhista é quem irá conciliar e julgar (cf. art. 652 da CLT), as ações decorrentes dos descumprimentos das normas que regem a relação trabalhista.

Como já exposto anteriormente, a justiça em geral está sobrecarregada de processos, o que não é diferente na Justiça do Trabalho. Portanto, uma possível solução para tornar o processo judicial, inclusive o trabalhista, mais efetivo e célere, seria a divulgação para o uso dos meios alternativos de solução de conflitos. Nesse contexto, o MASC pode ser aplicado em todos os ramos do direito, desde que observado a peculiaridade que cada ramo possui – forma de tutela –, pois a aplicação de algum método pode comprometer o ramo do direito tutelado, por isso é necessário observar o juízo de adequação dos métodos a cada caso concreto. De acordo com Didier Jr e Zaneti Jr. (2016, p. 61), “o que rege a possibilidade de opção é o juízo de adequação; se o meio for adequado, aplica-se a política nacional de conciliação e mediação”. Portanto, necessária a aplicação do juízo de adequação para identificar os meios alternativos de solução de conflito aceitos e adequados na Justiça do Trabalho.

Em uma primeira análise, o art. 769 da CLT estabelece que “[n]os casos de omissão, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”<sup>10</sup>. Dessa forma, preliminarmente é possível estabelecer que os meios alternativos de conflitos aceitos na justiça comum seriam permitidos na Justiça do Trabalho. O próprio art. 652 da CLT em sua alínea “a”, estabelece que “[c]ompete às Varas de trabalho: **conciliar e julgar**”. Nesse ínterim, ao menos é possível entender que a *conciliação* é um meio aceito na Justiça do Trabalho.

Os meios alternativos de solução de conflitos na Justiça do Trabalho, podem ser divididos em métodos de heterocomposição e autocomposição. Conforme aponta Nascimento (2013, p. 96), é possível incluir um terceiro modo de solução de conflito, a autodefesa, somando-se três modos de solução de conflitos, pelos quais “classificam-se em autodefesa, autocomposição e heterocomposição”.

A heterocomposição é a forma de solução de conflitos em que as partes estipulam uma terceira pessoa imparcial para decidir a lide ou até mesmo para intervir na relação.

10. Título X da CLT – Do Processo Judiciário do Trabalho (arts. 763 ao 769 da CLT). Como o Direito do Trabalho não possui um código específico de Processo do Trabalho, a CLT apresenta em seus arts. 763 a 769 sobre a aplicação do Direito Processual Trabalhista, porém sempre que a lei trabalhista (CLT) for omissa sobre o processo trabalhista, o direito processual civil será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto para os casos em que for incompatível com as normas presentes no Título X da CLT (arts. 763 a 769).



Na Justiça do Trabalho a sua aplicação pode ser vista pela arbitragem e pela própria jurisdição.<sup>11</sup> A autocomposição é quando as próprias partes solucionam o conflito sem a interferência direta de um terceiro imparcial e na Justiça do Trabalho ela está presente na mediação e negociação. Como as partes se auto compõem para a solução da lide sem que ocorra a interferência de um terceiro, é necessário que as partes entendam a lide, pois “as soluções autocompositivas exigem clareza quanto aos pontos em conflito, por essa razão é imprescindível para a autocomposição a produção da prova da extensão do dano ou da conduta ilícita” (DIDIER JR. e ZANETTI JR., 2016, p. 63). Assim, sem o real conhecimento pelas partes da dimensão do conflito, ambos não conseguirão resolver sozinhos o conflito por eles ocasionados.

Com relação a autodefesa, conhecida também como autotutela, na Justiça do Trabalho podem ser caracterizadas pela “greve”,<sup>12</sup> o locaute<sup>13</sup>, o exercício do poder disciplinar do empregador, e a autotutela sindical” (NASCIMENTO, 2013, p. 96). A autodefesa, seria uma forma de solução pela qual o próprio interessado age em sua própria defesa quando se sente lesado. Contudo, esse método é criticado, haja vista que somente o Estado moderno é quem possui poder coercitivo para estabelecer o cumprimento de obrigações.

Por fim, os conflitos trabalhistas podem ser individuais ou coletivos. Os conflitos individuais são aqueles que ferem diretamente uma pessoa concreta individualizada, podendo ser o empregado ou o empregador, que descumpriu uma norma positivada em lei ou em contrato. Logo, o conflito coletivo é aquele que fere uma coletividade, podendo ser os empregados de uma determinada empresa ou classe sindical; ou até mesmo um grupo de empresas, que descumpriu uma norma positivada (conflitos coletivos de natureza jurídica<sup>14</sup>) ou a criação de novas normas de regulamentação de trabalho (conflitos coletivos de natureza econômica<sup>15</sup>). Cada conflito poderá ser solucionado dentro dos meios alternativos de solução de conflito que ver-se-á a seguir.

---

11. Importante destacar que existe divergência doutrinária em relação à classificação da conciliação como método heterocompositivo, pois alguns autores classificam como método autocompositivo. Porém essa divergência será esclarecida no tópico específico do assunto. Nascimento (2013, p. 122), Leite (2021, p.122), Santos, Hajel Filho (2018, p. 90) são autores que consideram a conciliação como um método autocompositivo.

12. “Greve é a paralisação das atividades para pressionar o empregador a conceder melhoria de condições de trabalho. Os trabalhadores recusam-se a prestar a sua colaboração ao patrão, como forma de imposição para levá-lo a aceitar as reivindicações. O empregador, para evitar as consequências prejudiciais de ordem econômica, cede diante dos trabalhadores, coagido pelas circunstâncias, que podem, inclusive, levá-lo à ruína” (NASCIMENTO, 2013, p. 104).

13. “Locaute (lockout) significa fechar as portas. O empregador, para pressionar os trabalhadores, cessa, temporariamente, as atividades, até que as suas condições venham a ser aceitas, caso em que reabrirá o estabelecimento. [...] A Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, art. 17, veda a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (locaute). Portanto, proíbe o locaute trabalhista, assim considerado aquele que se destina a dificultar a negociação trabalhista (NASCIMENTO, 2013, p. 115 e 116).

14. “Os conflitos de natureza jurídica dizem respeito a divergência de interpretação sobre regras ou princípios jurídicos já existentes, quer incrustados ou não em diplomas coletivos negociados. A interpretação divergente, é claro, repercute de modo diferenciado nas relações grupais entre trabalhadores e empregadores” (DELGADO, 2019, p. 1543).

15. “Os conflitos de natureza econômica, trata-se de divergência acerca de condições objetivas que envolvem o ambiente laborativo e contratos de trabalho, com repercussões de evidente fundo material. Aqui, a divergência abrange reivindicações econômico-profissionais dos trabalhadores, ou pleitos empresariais perante aqueles, visando alterar condições existentes na respectiva empresa ou categoria. São também chamados de conflitos de interesse, uma vez que os trabalhadores reivindicam novas e melhores condições de trabalho”. (DELGADO, 2019, p. 1543).



## 2.1 Arbitragem

A arbitragem é considerada um método de heterocomposição, onde “a decisão imposta por um terceiro (árbitro ou magistrado) pode ser considerada uma potencial saída para a definição da controvérsia.” (TARTUCE, 2018, p. 31). “O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica [...]” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 82). Porém, na Justiça do Trabalho só é permitida a sua aplicação nos casos em que o empregado tenha remuneração superior a duas vezes do teto máximo do RGPS,<sup>16</sup> conforme preceitua o art. 507-A da CLT.

Em 2022, o teto máximo da previdência social ficou definido em R\$7.087,22, portanto, nos casos em que a remuneração<sup>17</sup> ultrapassar R\$14.174,44, as partes (empregado e empregador) poderão pactuar cláusula compromissória de arbitragem, para resolução de um possível conflito ocasionado pela relação de trabalho.

A lei de arbitragem exemplifica em seu artigo 1º,<sup>18</sup> que sua aplicação se dá somente para casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.<sup>19</sup> dessa forma os conflitos que envolvam direitos indisponíveis<sup>20</sup> não poderiam se submeter a arbitragem. Segundo Coutinho (2000, p. 10) “[s]ão indisponíveis os direitos subjetivos não passíveis de atos de disposição translativos ou extintivos pelo titular, com vistas à salvaguarda de direitos”, e mais “o caráter de indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores decorre da própria natureza e de sua função social [...]”. Logo, o direito disponível seria “à possibilidade de alienação [...] e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação. [...] não é possível transacionar acerca do direito ao próprio corpo, à liberdade, à igualdade e ao direito à vida.” (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 29).

Conforme preleciona Nascimento (2013, p. 153) “permite a arbitragem apenas de direitos disponíveis. Saber quais são os direitos trabalhistas disponíveis ou indisponíveis, patrimoniais ou de outra natureza é tema não pacificado.” Conclui-se então que, o tema em questão ainda não é pacificado no Direito Trabalhista. Contudo, “é disseminada na literatura a noção de que os direitos dos trabalhadores, por fundamentais, são indisponíveis.” (MARTEL, 2010, p. 343). Ou seja, apesar do tema não ser pacificado, os doutrinadores por sua maioria, compreendem o direito do trabalho como direito indisponível por englobar preceitos e dispositivos de ordem pública e cogente, com base no princípio da irrenunciabilidade, gerando assim, questionamentos sobre a validade da arbitragem no Direito do Trabalho.

O direito trabalhista é ou não disponível? Indisponibilidade absoluta certamente não existe, tanto é que em toda ação trabalhista individual há uma fase

16. RGPS é o regime geral de previdência social que visa garantir aos seus beneficiários contribuintes pagamentos de benefícios previdenciários quando resultar à incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

17. Remuneração e salário não são sinônimos, como bem ilustra Schwarz (2011, p.127): “[a] remuneração é gênero do qual o salário é espécie. Aí reside, portanto, a diferença substancial entre salário e remuneração: enquanto o salário é pago ao empregado diretamente pelo empregador em face da existência do contrato de trabalho, a remuneração, além do salário, engloba também os valores eventualmente recebidos pelo empregado de terceiros, estranhos à relação empregatícia, diretamente ou transferidas pelo empregador: as gorjetas e as gueltas”.

18. Art. 1º da Lei 9.307, “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

19. Direito disponível: direitos em que as partes podem dispor livremente.

20. Direito indisponível: direitos em que as partes não podem abrir mão (direitos fundamentais), devido ao rol constitucional do art. 5º da CRFB/88.



conciliatória, pela qual necessariamente se deve passar. Mas, significa isso uma disponibilidade tal qual aquela exigível para que se possa utilizar da arbitragem? Esta é uma questão que permanece ainda por resolver. O próprio TST não tem jurisprudência pacificada sobre o assunto. Curiosamente há decisões, de diferentes turmas, em ambos os sentidos, tanto no sentido de admissão da arbitragem como no sentido oposto, de proscrição da arbitragem em matéria de litígio trabalhista individual. (MALLET, 2018, p. 41)

Como mencionado por Mallet anteriormente, o TST não possui jurisprudência pacificada sobre o assunto. No entanto, o voto do Ministro Pedro Paulo Manus é instrutivo ao ponto:

Juízo arbitral – Coisa julgada – Lei 9.307/1996 – Constitucionalidade. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei 9.307/1996. É que **a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades**, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, **as partes, ao adotarem a arbitragem**, tão só por isso, **não praticam ato de lesão ou ameaça a direito**. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei 9.307/1996. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT, ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei 9.307/1996 – a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas 126 e 422 do TST). Os arestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea a do art. 896 da CLT e da Súmula 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento (Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) 1475/2000-193-05-00, 7ª Turma, DJ 17.10.2008).

Trata-se de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista interposto ao TST (Tribunal Superior do Trabalho), pela qual a Reclamante alegou em suas razões de Recurso de Revista que a decisão arbitral violou o inciso XXXV, art. 5º, da CRFB/88<sup>21</sup>. Apesar da pontuação, o argumento contido na decisão do Ex-Ministro do TST Pedro Paulo Manus é explicativo, observando que o inciso em comento não impõe um dever, “de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário”, mas que a arbitragem atua como uma alternativa legal para que as partes possam resolver seus conflitos.

A partir da premissa da inércia do judiciário quanto às ações judiciais, o dispositivo constitucional parece direcionar o intérprete para a inafastabilidade da jurisdição – e não sua obrigatoriedade – qual seja, se alguém manifestar sua vontade de judicializar a demanda, terá esse direito assegurado. Contudo, disso não se segue que há *necessidade jurídica* de judicialização das demandas. Não há um dever em levar todo e qualquer conflito ao judiciário. Assim, são asserções qualitativamente distintas que representam dois fenômenos jurídicos igualmente distintos, que implicam com a justificação e o uso de um meio alternativo de resolução de conflitos.

21. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;



A Constituição Federal em seu §1º, art. 114 assim prevê: “[f]rustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.” Dessa forma, a própria Constituição estabelece que é possível a aplicação da arbitragem nos litígios coletivos. Logo, a arbitragem dos litígios individuais está prevista no art. 507-A da CLT, a qual determina que somente empregados que recebem remuneração superior a 2 vezes o teto do RGPS, desde que havendo cláusula compromissória de arbitragem. Sendo assim, os demais empregados, aqueles que recebem menos que o estabelecido no artigo supracitado, denominados hipossuficientes não seriam beneficiados com o juízo arbitral.

## 2.2 Conciliação

A conciliação é um procedimento voluntário e pacífico que busca criar um ambiente propício para as partes envolvidas se concentrarem na procura de soluções criativas e positivas para ambos. Seu foco é um acordo, contando com o auxílio de um terceiro denominado conciliador, cujo papel é mais ativo na condução de um entendimento que ponha fim ao conflito.

A conciliação, genericamente, é uma forma de resolução pacífica de disputas e de lides **administrada por um terceiro investido de autoridade decisória ou validatória** na questão posta ou delegado por quem a tenha, judicial ou extrajudicialmente, a quem compete aproximar as partes, gerenciando e controlando as negociações, aparando arestas, sugerindo e formulando propostas, no sentido de apontar vantagens e desvantagens, sempre visando um acordo. (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 150)

A principal característica da conciliação é que, caso as partes não cheguem a um acordo, o conciliador poderá propor uma solução que, a seu critério, seja a mais adequada para resolver o dissenso. Contudo, as partes não estão obrigadas a aceitar a proposta de acordo sugerida pelo conciliador.

Diante do exposto, e como já mencionado no tópico 2 do presente artigo, há divergências doutrinárias se a conciliação seria um modelo heterocompositivo ou de autocomposição<sup>22</sup>. Ainda que admita não existir consenso doutrinário, para Delgado (2019, p. 1641) “[s]ão modalidades de heterocomposição a jurisdição, a arbitragem, a conciliação e, também, de certo modo, a mediação”. Já para Nascimento (2013, p. 123) “[o]utra forma autocompositiva é a conciliação dos conflitos, muito utilizada nas relações de trabalho em todos os países e que permite pôr um ponto final na disputa, também por meio da própria deliberação dos litigantes”.

Contudo, por haver certo grau de influência de um terceiro para a resolução do conflito, o qual exerce um papel mais ativo entre as partes, identifica-se um ponto de justificação de que a conciliação faz parte do modelo de heterocomposição. Nesse sentido, é elucidativo o excerto da doutrina de Delgado (Ano 2019, p. 1733)

Há autores que consideram a conciliação e a mediação meios autocompositivos, reservando à heterocomposição apenas a jurisdição e a arbitragem. Afinal, nas

22. **Exemplos de autocomposição** extraprocessual trabalhista são a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho (CLT, arts. 611 e s.), bem como a mediação e a **conciliação**, inclusive a firmada perante a Comissão de Conciliação Prévia - CCP (CLT, art. 625-E). **Há, porém, quem sustente que estes dois últimos institutos (mediação e conciliação) são formas de heterocomposição, pois um terceiro (mediador ou comissão de conciliação prévia), estranho ao conflito, participa na sua solução, e não somente as partes diretamente interessadas** (LEITE, 2021, p. 122). “A autocomposição pode ser visualizada quando da realização da transação, da conciliação ou da mediação”. (SANTOS e FILHO, 2018, p. 90)



duas primeiras figuras não se entregaria ao terceiro o poder de decidir o litígio, ainda que sendo inegável sua participação na dinâmica compositiva. Registre-se, ademais, nesse debate classificatório, a dubiedade inerente à própria arbitragem (principalmente a do tipo consensual): é que o árbitro, mesmo sendo terceiro, é escolhido pelas próprias partes (o que aproximaria o método da autocomposição). Contudo, parece-nos válida, do ponto de vista científico, a tipologia proposta no presente estudo (isto é, jurisdição, arbitragem, conciliação e, também, de certo modo, a mediação como modalidades de heterocomposição). É que a diferenciação essencial entre os métodos de solução de conflitos encontra-se, como visto, nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo utilizado

Como mencionado anteriormente, é existente divergências doutrinárias sobre a classificação do MASC pelos métodos autocompositivos e heterocompositivos. No entanto, nos dizeres de Delgado, ao analisar cada método em sua aplicabilidade todos os métodos poderiam ser classificados como heterocompositivos. Dessa forma, a presente pesquisa adotará a aplicação da conciliação como um método de heterocomposição, ao considerar que há a interferência do terceiro conciliador para se chegar a solução. Schiavi (2012, p. 101), discorre que “a conciliação é obtida em juízo, com a presença do juiz ou do conciliador que participa ativamente das tratativas, inclusive fazendo propostas para a solução do conflito.” Assim, de todos os meios alternativos de solução de conflito, a conciliação é a que tem mais notoriedade, pois sua aplicação é diversa nos vários ramos do direito, e apresentam resultados exitosos quando aplicados e aceitos pelas partes.

A conciliação é antiga na Justiça do Trabalho e foi por meio das juntas de conciliação que se constituiu a Justiça do Trabalho. Em uma cultura marcada por traços propensos à judicialização como a brasileira, inicialmente as juntas de conciliação obtiveram resultado negativo.

A Justiça do Trabalho resulta de uma evolução que é iniciada com os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, criados em 1907 para decidir as controvérsias entre o trabalho e o capital, na prática sem qualquer ressonância. Seguiram-se as Comissões Mistas de Conciliação, de 1932, e até 1937 foram instaladas 38 comissões. Destinavam-se a tentar a composição entre os trabalhadores e os empregadores quanto aos conflitos coletivos. Para os conflitos individuais o Governo criou as Juntas de Conciliação e Julgamento, em maior número, existindo, na mesma ocasião, 75 Juntas. A estrutura acima descrita recebeu críticas dos doutrinadores da época, e as comissões e as Juntas foram consideradas organismos fracos porque não estavam revestidos de poderes mais amplos para impor soluções, já que suas tarefas resumiam-se à tentativa de conciliação. Somente em 1º de maio de 1939, com o Decreto-lei n. 1.237, foi, finalmente, constituída a Justiça do Trabalho. Foi instalada, oficialmente, em 1º de abril de 1941 tendo como órgãos as Juntas, os Conselhos Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho, estes últimos alterados, em 1946, para Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, passando de órgãos não judiciais a órgãos integrantes do Poder Judiciário. (NASCIMENTO, 2013, p. 78)

Atualmente a conciliação na Justiça do Trabalho é vista como uma das formas de resolução de conflito. A *alínea a*, do art. 652 da CLT é representativo nesse ponto, pois compete às Varas do Trabalho conciliar e julgar os conflitos instaurados na Justiça do Trabalho. Antes de julgar as ações relativas ao conflito da relação trabalhista, a Justiça do Trabalho deve conciliar as partes para que o conflito possa ser sanado antes de haver prosseguimento do feito. Para Delgado (2019, p. 1736) a “conciliação judicial trabalhista é, portanto, ato judicial, mediante o qual as partes litigantes, sob interveniência do juiz,



ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial”. Nesse sentido, considera-se conciliação na Justiça do Trabalho como um meio de solução de conflito, pela qual as partes confiam a um terceiro (magistrado ou servidor público), a função de orientá-los e auxiliá-los na formulação de um acordo, sem necessariamente estarem vinculadas, quando já houve a instauração de uma lide, com a proposta ou criação de opções para composição do litígio (cf. art. 1º, inciso I da Resolução 174 do CSJT).<sup>23</sup>

Informa-se que é possível a criação da Comissão de Conciliação Prévia – CCP<sup>24</sup> ou Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista (cf. arts., 625-A e ss., da CLT), e que os acordos individuais firmados perante a comissão possuem validade jurídica na Justiça do Trabalho, conforme julgado abaixo,

ACORDO FIRMADO PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. VALIDADE. **Não se pode falar em nulidade se foi opção das partes procurar a CCP para resolver seus conflitos de interesse após o término do contrato de trabalho.** Embora não se trate de coisa julgada, o acordo firmado na CCP produz efeitos semelhantes no sentido de impedir a discussão daquilo que ele abarcou em razão do respeito à liberdade de contratar. Nesses termos, há que se reconhecer a validade da conciliação firmada perante a Comissão de Conciliação Prévia, restrita, porém, aos títulos nela mencionados. (TRT 2ª R – 3ª T – Relª. Desª. Rosana de Almeida Bueno –20.04.16–Processo RO nº 0001190-67.2015.5.02.0009)

A CCP assume o papel do terceiro conciliador, pelo qual as partes por vontade própria a procuram para pôr fim ao litígio, conforme julgado acima. Dessa forma a CCP atua como um auxiliar das partes. Por esse motivo, o negócio jurídico firmado entre as partes possui validade jurídica.

## 2.3 Mediação

A mediação é considerada para a maioria dos doutrinadores como um método autocompositivo. De acordo com Nascimento (2013, p. 131) “[a] mediação é vista também como um componente da negociação; por esse motivo que para alguns não é um mecanismo heterocompositivo, mas autocompositivo”. Nesse sentido, a mediação é um meio extrajudicial de solução de conflitos já existente na esfera extrajudicial e judicial que foi regulamentado pela recente Lei 13.140/15. Essa lei dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. De acordo com Delgado (2019, p. 1736) “a mediação [...] é a conduta pela qual um terceiro aproxima as partes conflituosas, auxiliando e, até mesmo, instigando sua composição, que há de ser decidida, porém, pelas próprias partes.” Assim sendo, na Justiça do Trabalho eles confiam a um terceiro a função de aproximar as partes e orientá-las para a criação de um acordo, porém não criam propostas de opções para a composição do litígio, fato esse que ocorre na conciliação (cf. art. 1º II da Resolução 174 do CSJT).

Apesar da semelhança, a conciliação e a mediação são distintas. Nesse caso considera-se que a conciliação é uma variante da mediação e é prevalentemente focada no acordo e o conciliador tem papel mais ativo. Adequada para tratar de relações

23. “I - “Conciliação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio”

24. A CCP foi instituída pela Lei 9958 de 12/01/2000, onde autoriza a instituição de Comissões, “de composição paritária, em empresas ou grupos de empresas, em sindicatos ou grupos destes.



eventuais em que não prevalece o interesse de manter um relacionamento, mas, o objetivo de equacionar interesses materiais ou questões meramente jurídicas.

A diferenciação entre ambas está prevista nos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC, pela qual um poderá sugerir soluções e o outro auxiliará, nos termos que segue,

§ 2º O **conciliador**, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, **poderá sugerir soluções para o litígio**, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O **mediador**, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, **auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam**, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, **por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos**.

Feitas tais considerações, é preciso reconhecer que a mediação está mais presente em casos destinados ao Direito de Família, devido ao seu procedimento ser mais particular entre às partes. Entretanto, no Direito do Trabalho, a mediação se faz presente quando há envolvimento de órgãos, como e.g. o Ministério do Trabalho quando relacionado à direito coletivo. Segundo Nascimento (2013, p. 134) “[é] o meio de solução dos conflitos coletivos de trabalho pelo qual as partes comparecem perante um órgão designado por elas ou instituído oficialmente, o qual propõe uma solução, que pode ou não ser por elas acolhida.” Para elucidação do presente tema, citam-se Ementas da Portaria nº 1<sup>25</sup> de 25/05/2006, como forma de regulamentação da mediação nos casos em que há conflitos coletivos de trabalho.

EMENTA Nº 35

**MEDIAÇÃO** DE CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO. ABRANGÊNCIA. A **mediação** de conflitos coletivos de trabalho, realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, abrange controvérsias envolvendo a celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho, descumprimento e divergências de interpretação desses instrumentos normativos ou de norma legal e conflitos intersindicais relativos à representação legal das categorias.

EMENTA Nº 36

**MEDIACÃO** DE CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO. CONDIÇÃO FUNCIONAL DO MEDIADOR PÚBLICO.

A **mediação** prevista no Decreto Nº 1.572, de 1995, somente pode ser exercida por servidor integrante do quadro funcional do Ministério do Trabalho e Emprego.

EMENTA Nº 37

**MEDIACÃO** DE CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO. TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS. VEDAÇÃO.

Na **mediação** decorrente de descumprimento de norma legal ou convencional, os direitos indisponíveis não poderão ser objeto de transação. Caso as partes não compareçam ou não cheguem a um acordo para a regularização da situação, o processo poderá ser encaminhado à Seção de Fiscalização do Trabalho para as providências cabíveis.

Nesse panorama, as Ementas acima citadas servem de referência à mediação nos conflitos coletivos de trabalho, destacando-se: i) a Ementa 35 informa quais controvérsias serão abrangidos pela mediação, como por exemplo, as que envolvem a celebração de convenção ou acordo coletivo do trabalho; ii) conforme Ementa 36, a mediação que

25. Portaria do Secretário de Relações do Trabalho – SRT, que aprovou as Emendas Normativas da Secretaria de Relações do Trabalho.



envolve conflitos coletivos, nos casos específicos do Decreto 1.572/1995<sup>26</sup> (revogado pelo Decreto 10.854/2021) deverão ser obrigatoriamente exercidos por servidor do MTE; iii) é vedado a transação de direitos indisponíveis decorrente de mediação que envolveu o descumprimento de norma legal ou convencional. Assim, para a aplicação da mediação ser válida no Direito do Trabalho para resolução dos conflitos coletivos, é necessário que seja observado o dispositivo acima citado, pois o MTE atuará como terceiro mediador desse conflito.

Por fim, o papel do mediador nos conflitos coletivos do trabalho não é de decisão, mas sim de contribuir para o diálogo entre as partes. Corroborando tal entendimento, a mediação também se faz presente nos conflitos que envolvem entidades sindicais<sup>27</sup> (cf. art. 248 da Portaria MTP nº 671 de 08/11/2021).

## 2.4 Negociação

A negociação é um meio alternativo de solução de conflitos que se enquadra perfeitamente dentro do método autocompositivo. Esse método está presente na vida e no cotidiano humano, apesar de não se perceber, mas diariamente a negociação é praticada por todos. Identifica-se no agendamento de um horário em uma consulta médica ou no pedido de desconto na compra de algo; na decisão de quem vai levar o filho para escola; ou ainda sobre quem vai poder usar ou não o carro em determinado dia. Conforme expõe Cabral e Cunha (2016, p. 715)

Pode-se definir a negociação como um processo de resolução de conflitos mediante o qual uma ou ambas as partes modificam suas exigências até alcançarem compromisso aceitável para ambas. A definição de negociação, sua realização e suas técnicas aplicam-se a qualquer meio de autocomposição. Tanto na mediação como na conciliação há negociação: chega-se ao consenso final pelo diálogo. A diferença entre a negociação e a mediação está apenas na presença de um terceiro imparcial nesta última. A negociação é, na realidade, uma "mediação sem mediador"

Desse modo, como a negociação está presente no cotidiano das pessoas, ela está presente nas relações de trabalho. Portanto, importante esclarecer que a negociação no direito do trabalho se desdobra em vários negócios jurídicos, podendo se dar por meio de: a) acordo individual (negócio jurídico entre empresa e empregado); b) acordo coletivo (negócio jurídico celebrado entre sindicato dos empregados e empresa); e, ainda, a convenção coletiva (negócio jurídico celebrado pelo sindicato da categoria e sindicato das empresas). Em todos os atos jurídicos que envolvam trabalhadores e sua relação de trabalho, inclusive os mencionados, devem estar pautados pela proteção ao trabalhador.

A partir da reforma trabalhista (Lei 13.467/17) a negociação passou a ter maior visibilidade entre os sujeitos de direito, pois foi permitido a livre manifestação de vontade entre as partes, que outrora era proibido, como por exemplo à homologação de acordo extrajudicial. Trata-se de instrumento que pressupõe o diálogo entre empregado e empregador. Assim sendo, a reforma trabalhista apresenta uma nova perspectiva para a

26. O referido Decreto 1.572, foi revogado pelo atual Decreto 10.854 de 10 de novembro de 2021. A mediação de conflitos coletivos do trabalho está presente no Capítulo VII do presente Decreto, mais especificamente nos arts. 33 ao 38.

27. De acordo com inciso III, do art. 114 da CRFB/88, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar, as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores.



relação de emprego, pois através da negociação tem-se uma proteção estatal do trabalho menos arrojada e um Estado menos intervencionista.

## **2.5 Acordo individual e Termo de acordo extrajudicial**

O Acordo Individual, é o termo de negociação firmado entre empregado e empregador, conforme preceitua o artigo 444 da CLT: "[a]s relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes". Desde que o acordo não fira os direitos garantidos em lei ou em convenção coletiva, as partes são livres para acordarem entre si o que regerá o contrato de trabalho.

O acordo individual não deve ser confundido com o acordo extrajudicial, pois o acordo extrajudicial é firmando quando há um conflito entre as partes e ambos chegam a um acordo, suas questões estão voltadas a verbas remuneratórias, como por exemplo, horas extras não pagas, parcelamento de rescisão. Nesse contexto, a Sexta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT/MG) deu provimento ao recurso de uma empresa para homologar, sem ressalvas, acordo extrajudicial firmado entre empregado e empregador com quitação da extinta relação de emprego (TRT-ROT-0010258-77.2021.5.03.0017, DEJT de 6.8.2021). Para o colegiado, preenchidos os requisitos fixados em lei (cf. art. 855-B), deve o acordo extrajudicial ser homologado irrestritamente, em respeito ao princípio da autonomia da vontade.

Diante dessa perspectiva, a manifestação das vontades deve prevalecer, pois as partes irão negociar diretamente suas pretensões, e ao chegarem em um consenso, apresentarão à Justiça do Trabalho o termo do acordo extrajudicial para a devida homologação, o qual formará um título executivo extrajudicial (cf. inciso XII, art. 784 do CPC c/c parágrafo único, art. 20 da Lei 13.140/2015).

## **2.6 Acordo coletivo e Convenção coletiva**

O Acordo coletivo, conhecido também como ACT, é um instrumento negocial realizado entre o sindicato laboral e determinada empresa ou grupo de empresas. A celebração de Acordo coletivo é facultativo nos termos do §1º do art. 611 da CLT. Segundo Delgado (2019, p. 1652)

A partir do próprio texto da Consolidação, poder-se-ia definir acordo coletivo de trabalho como o pacto de caráter normativo pelo qual um sindicato representativo de certa categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho.

O acordo coletivo não depende da representação do sindicato patronal. A negociação ocorre diretamente com a empresa interessada, ou seja, o acordo coletivo, terá efeito somente para as empresas que participaram da negociação. As negociações firmadas através do acordo coletivo, representam, portanto, a vontade da empresa e a vontade dos empregados (esses representados pelo sindicato).

A Convenção Coletiva, conhecida também como CCT, é um documento pelo qual os sindicatos que representam os trabalhadores (laboral), negociam e celebram juntamente com o sindicato das empresas (patronal), instrumento de caráter normativo, sobre as relações individuais do trabalho (cf. art. 611, CLT).



Vale ressaltar que a Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo, têm prevalência sobre a lei. Dessa forma, esses instrumentos fazem lei entre as partes, desde que, quando dispuser de questões relacionadas ao contrato de trabalho ou adendo, nos termos do art. 611-A da CLT e seus incisos.

Como já mencionado no presente trabalho, as relações que envolvem entidades sindicais, quando relacionados a conflitos coletivos, poderá ser usado a mediação como forma de solução de conflito. Devendo ser mediado pelo MTP, porém antes de ocorrer a mediação, as partes negociam o presente instrumento. Dessa forma, as partes devem primeiramente negociar a CCT, caso não cheguem a um acordo, poderão recorrer a mediação pelo MTP.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Compreende-se que a relação humana sempre esteve envolvida com conflitos. Para resolvê-los as partes procuram o Estado – poder judiciário- denominado terceiro imparcial para solucionar a demanda. Contudo, diante dos inúmeros processos ajuizados e do gargalo instituído, criou-se o MASC com o intuito de desafogar o judiciário, mas também de conceder as partes outras formas de solução de conflito.

Os meios alternativos, bem como a arbitragem, conciliação, mediação e negociação, possuem aplicabilidade no Direito Trabalhista, uma vez que todos os meios alternativos possuem respaldo legal na CLT para serem aplicados. Ademais, o MASC não é um método impositivo da justiça, mas um meio alternativo para facilitar a resolução dos conflitos de forma consensual e não litigiosa.

Apesar de possuir previsão legal para a aplicabilidade da arbitragem na Justiça do Trabalho, a doutrina é divergente quanto ao assunto, pois consideram os direitos trabalhistas como indisponíveis. No entanto, observando-se todo o contexto e requisito legal, não há que se falar em indisponibilidade de direitos, pois cabe ao empregado o aceite para aplicação da arbitragem.

A conciliação é o método mais utilizado na Justiça do Trabalho, visto que é uma alternativa já utilizada pelo judiciário, assim que proposto uma reclamação trabalhista. Dessa forma, como os demais métodos, cabe as partes a manifestação de interesse em conciliar o litígio. Em suma, a conciliação visa garantir os direitos de forma mais segura e célere para o trabalhador. Da mesma forma ocorre com a mediação, a diferença é que na conciliação o conciliador possui função mais ativa para a resolução do conflito, porém na mediação o mediador não participa ativamente, o que pode contribuir para atos ilícitos.

Através da reforma trabalhista a negociação passou a ter maior visibilidade no Direito do Trabalho, pois foi permitido a livre manifestação de vontade das partes. Entretanto, a livre manifestação das partes não é absoluta, visto que, faz-se necessária a observância dos direitos já garantidos em lei, ou seja, a negociação não pode suprimir direitos sob pena de nulidade da cláusula pactuada.

Dessa forma, analisando todo o estudo, os meios alternativos de solução de conflito devem ser incentivados pelos operadores de direito, como forma de flexibilizar a manifestação das partes nos interesses de solução de conflitos. Assim, a aplicação do MASC, além de tornar o processo mais célere, faz com que as partes participem ativamente como forma de expressar a liberdade na relação contratual, manifestando seus desejos e vontades pondo fim ao conflito.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **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: 09 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 10.854, de 10 de novembro de 2021**. Regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista e institui o Programa Permanente de Consolidação, simplificação e desburocratização de Normas Trabalhistas Infralegais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10854.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10854.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em 09 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 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: 09 jul. 2022.

BRASIL, **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 16 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. **Portaria MTP nº 671, de 08 de novembro de 2021**. Regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista, à inspeção do trabalho, às políticas públicas e às relações de trabalho. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria359094139>. Acesso em: 16 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Portaria SRT nº 1, de 25 de maio de 2006**. Aprova Ementas Normativas da Secretaria das Relações do Trabalho. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=194330>. Acesso em: 16 ago. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”**. Livro Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Organização: Hermes Zaneti Junior e Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris - Editor, 1988.



CASPAR, Rafael Chiari. **Conciliação Trabalhista: quando o “sim” ao acordo é o “não” à justiça**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 16 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Relatório Justiça em números 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CONSELHOR SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). **Resolução n. 174, de 30 de setembro de 2016**. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016\\_res0174\\_csjt\\_rep01.pdf?sequence=3](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016_res0174_csjt_rep01.pdf?sequence=3). Acesso em: 17 jul. 2022.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **A indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR., Curitiba, v. 33, p.9-17, jan. 2000. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62869/PHELIPPE%20HENRIQUE%20CORDEIRO%20GARCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 out. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos**. Livro Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Organização: Hermes Zaneti Junior e Tricia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016

FGV. SALOMÃO, Luis Felipe; COSTA, Carlos Augusto. **O judiciário e a voz do cidadão. Se a confiança do cidadão na justiça é crucial – por que a sociedade, aqui e no resto do mundo, contribui tão pouco nos sistemas de avaliação do Judiciário?** 31/01/2022. Disponível em: Acesso em: 03 set. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. [e-book]

MALLET, Estevão. **Arbitragem Trabalhista**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 25/2010, n. 521, p.40-42, jan. 2018.



MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas**. Revista Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 11, n.2, p. 334-373, jul./dez.2010.

NALINI, José Renato. **É urgente construir alternativas à justiça. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Coleção grandes temas do novo CPC, v.9. coordenação geral, Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. [versão eletrônica]

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; FILHO, Ricardo Antonio Bittar Hajel. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **Princípios do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia, 1971. **Curso de iniciação ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso do direito do trabalho aplicado**, vol. 9: processo do trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados**. Livro Negociação mediação conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

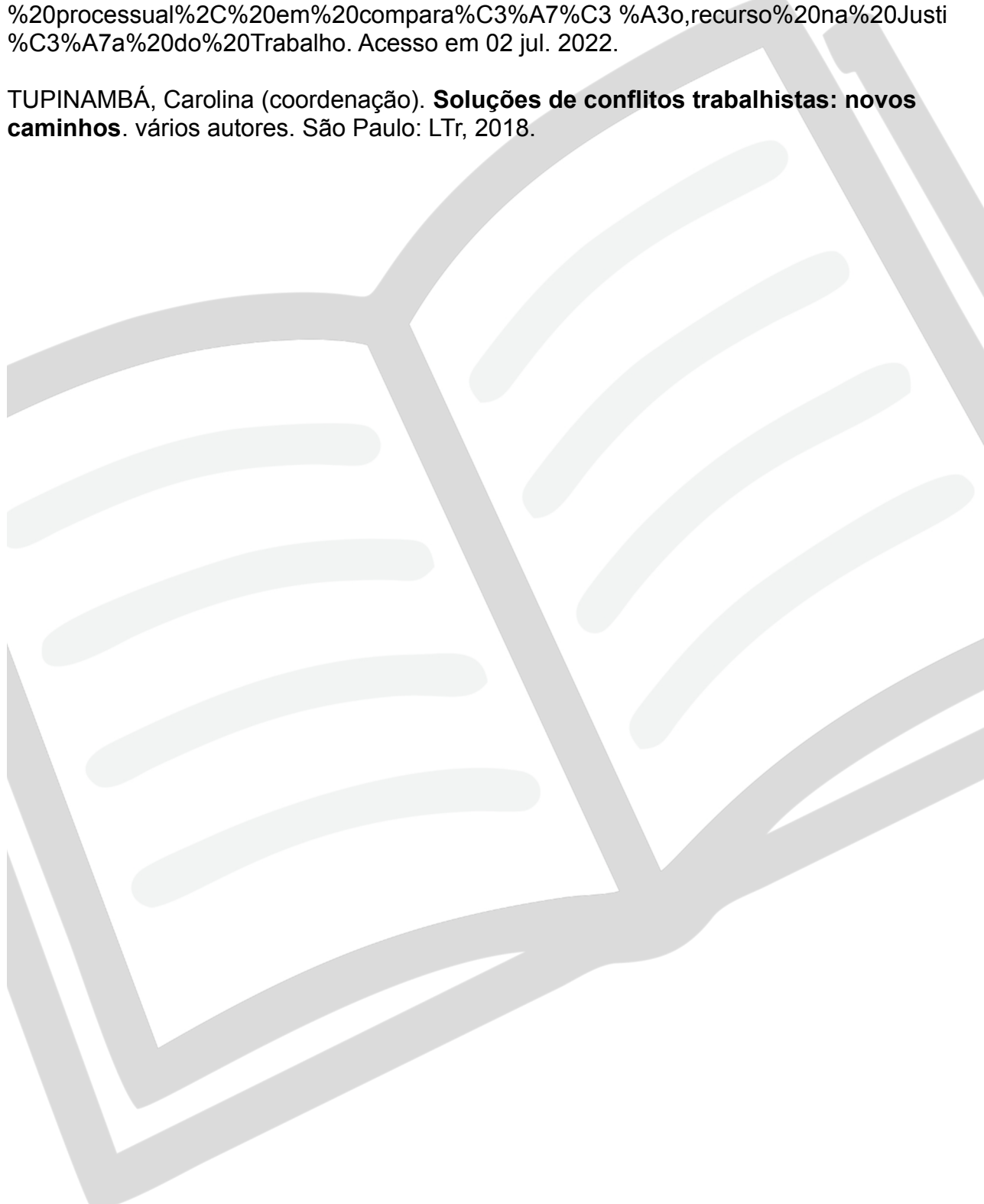
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST (Brasil). **Conciliação**. Disponível em: [https://www.tst.jus.br/conciliacao#:~:text=A%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20trabalhista%20pode%20ser,pelas%20partes%20\(artigo%20850\)](https://www.tst.jus.br/conciliacao#:~:text=A%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20trabalhista%20pode%20ser,pelas%20partes%20(artigo%20850).). Acesso em: 16 jul. 2022.



TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST (Brasil). **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020**. Disponível em:

<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatoriogeral#:~:text=A%20demanda%20processual%2C%20em%20compara%C3%A7%C3%A3o,recurso%20na%20Justi%C3%A7a%20do%20Trabalho>. Acesso em 02 jul. 2022.

TUPINAMBÁ, Carolina (coordenação). **Soluções de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. vários autores. São Paulo: LTr, 2018.





## PACTO FEDERATIVO, ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E REPARTIÇÃO DE RECEITAS NO ESTADO BRASILEIRO

Edinam Geronimo de Macedo Alves<sup>1</sup>  
Daniel de Oliveira<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo trata das implicações da atribuição de competência tributária e da repartição de receitas no pacto federativo. O tema é importante em razão de que os entes federativos dependem de atribuições de competências para resguardarem suas autonomias, dentre elas, a tributária é crucial para fazer frente às demandas constitucionais estabelecidas, sendo a competência que ativa a autonomia das unidades federadas. O objetivo geral é analisar o pacto federativo, a atribuição de competência tributária e a repartição de receitas no Estado brasileiro. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados mostram que a divisão de rendas constitucionais, que abrange a atribuição de competência tributária e repartição de receitas, está mal descentralizada, uma vez que, existe grande concentração de receitas no âmbito federal, o que prejudica a autonomia dos Estados-membros e dos Municípios.

**Palavras-chave:** Pacto federativo, Atribuição de Competência Tributária, Repartição de Receitas.

**Abstract:** The present study deals with the implications of the attribution of tax jurisdiction and the sharing of revenues in the federative pact. The theme is important because the federative entities depend on attributions of competences to protect their autonomy, among them, the tax is crucial to face the established constitutional demands, being the competence that activates the autonomy of the federated units. The general objective is to analyze the federative pact, the attribution of tax jurisdiction and the sharing of revenues in the Brazilian State. The methodology is qualitative, of the bibliographic type. The deductive method with a level of descriptive depth. The results show that the division of constitutional incomes, which encompasses the attribution of tax jurisdiction and revenue sharing, is poorly decentralized, since there is a large concentration of revenues at the federal level, which undermines the autonomy of the Member States and the Counties.

**Keywords:** Federative Pact, Attribution of Tax Jurisdiction, Revenue Sharing.

### INTRODUÇÃO

O propósito desse artigo está voltado ao estudo do pacto federativo, da atribuição de competência tributárias e da repartição de receitas no Estado brasileiro. A Constituição Federal de 1988 expressa que a República do Brasil é moldada na forma federativa de Estado, o que reflete diretamente na divisão de rendas tributárias daí decorrente.

O sistema federativo do Estado brasileiro possui máxima rigidez quanto a qualquer alteração que lhe possa recair, ou seja, não é suscetível de emenda constitucional, pois se trata de cláusula pétrea. O modelo impõe uma organização descentralizada, sob o viés político e administrativo, tornando-se base central da estrutura do Estado (MENDES E BRANCO, 2021).

A descentralização política e administrativa ocorre por meio da repartição de competências entre as unidades que compõem o Estado. A Constituição Federal atribuiu aos entes federativos competências em âmbitos cruciais que lhes garantem autonomia (MORAES, 2021).

---

1. Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

2. Professor do Curso de Direito da Univille desde 2013. Graduado em Direito pela Univille em 2008. Atualmente, é professor das disciplinas de Direito Empresarial, Direito Tributário e Direito Financeiro. Tem experiência na área de Direito Empresarial, Tributário, Bancário, Contratos, Direito Falimentar. Administrador Judicial em Falências. Advogado OAB/SC nº 26.708.



A repartição de competências também compreende uma divisão de rendas, a qual é elaborada na Constituição e se subdivide em atribuição de competência tributária e repartição de receitas. Tal divisão é a engrenagem central da autonomia dos entes federativos, pois para eles executarem suas atribuições são indispensáveis recursos financeiros (MACHADO SEGUNDO, 2019).

Ocorre que existe certo desequilíbrio na divisão de rendas firmada entre as unidades federativas. A Constituição atribui a determinados entes políticos pouca competência tributária e a outros muita, o que acaba deixando os entes sem recursos suficientes para atenderem suas demandas constitucionais. Além da atribuição, a repartição de receitas presente na constituição é mal estruturada entre os entes federados, o que fragiliza suas autonomias.

Dessa forma, considerando a importância da divisão de rendas para o Estado federal, a fragilização da atribuição de competência tributária e da repartição de receitas refletem diretamente no pacto federativo.

Este artigo contextualiza inicialmente, a forma federativa de Estado e o federalismo brasileiro, em seguida discorre sobre atribuição de competência tributária e repartição de receitas. Por fim, trata da implicação da atribuição de competências tributárias e da repartição de receitas na autonomia dos entes federativos.

## **1 A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO**

### **1.1 A Origem do sistema federativo**

O sistema federativo, utilizado por muitos Estados, nasceu na América do Norte. As colônias norte-americanas se uniram para alcançar a independência. Após conquistarem tal almejo surgiram situações problemáticas frente às inúmeras demandas presentes naquele momento, o que as levou a um fortalecimento da união existente entre elas. A partir disso, firmaram um pacto, que abrangia e submetia todas as ex-colônias ao respeito de sua supremacia (BARROSO, 2022).

A Constituição que emergiu da união das ex-colônias norte-americanas criou em 1787 a forma federativa de organização de Estado, o qual se tornou um modelo clássico ao longo da história. O sistema que serviu de inspiração para várias nações, fundamentou-se na junção de entidades políticas autônomas sobre a mesma unidade territorial (SILVA, 2017).

Destaca-se que o federalismo dos Estados Unidos da América nasceu por agregação, ou seja, por um movimento centrípeto que uniu as ex-colônias. A forma, também denominada de federalismo integrativo, unificou forças de unidades políticas diversificadas, impondo-as a uma ordem maior sem retirar suas autonomias (MOTTA, 2021).

Cabe observar ainda que os norte-americanos concretizaram um sistema federativo com apenas duas divisões, ou seja, dividiram a unidade formada em dois planos que, segundo Barroso (2022, p. 196) “criou-se, assim, um poder central unificado, incumbido de exercer a soberania em nome de todos e dotado de competências gerais [...], mas limitadas. [...] reservou-se um conjunto amplo de competências para os Estados [...] que as exerceria com plena autonomia”. O sistema, também conhecido como dualista, é formado pela unidade central e pelas unidades regionais, as antigas ex-colônias norte-americanas. Assim, mesmo estando sob a mesma unidade, existe entre as entidades autônomas uma separação de competências exclusivas para cada uma delas.



O federalismo norte-americano serviu de base para o Estado brasileiro. A diversidade regional presente no Brasil imperial desencadeou um desejo pelo sistema federativo, o qual podia servir melhor as demandas regionais. As províncias, que não possuíam nenhuma autonomia, tentaram reivindicar a forma federativa, mas não obtiveram êxito e o poder unitário do Império se manteve (FERREIRA FILHO, 2020).

A tentativa de buscar o federalismo continuou e em 1889, com a proclamação da república, o Brasil se tornou Estado Federal. A adoção provisória da forma federativa converteu as províncias do Império em Estados-membros. Tal sistema só foi devidamente instituído pela Constituição de 1891 e foi mantido por todas as demais Constituições Federais chegando, inclusive, a passar pelos regimes autoritários brasileiros, sendo em certos períodos enfraquecido, e, em outros, fortalecido (BARROSO, 2022).

Cabe ressaltar que, embora a implementação do federalismo brasileiro tenha seguido a forma dualista norte-americana, esse se distingue daquele. No Brasil a adoção foi por segregação, isto é, ocorreu um movimento centrífugo que dividiu o Estado em entes autônomos. Tal sistema conhecido como federalismo devolutivo descentralizou o poder político do Império, mantendo as ex-províncias unidas com autonomia (MOTTA, 2021).

Assim, tem-se que a forma federativa de Estado, utilizada por muitas nações, emergiu de modo diverso frente aos anseios e realidades das unidades componentes. Em determinados locais as entidades buscaram unir suas forças, como no caso pioneiro norte-americano, e, em outros, buscaram autonomia sem dissolverem o todo, conforme o feito brasileiro.

## **1.2 O federalismo brasileiro**

A república brasileira se manteve firme na adoção da forma federativa, estabelecendo tal modelo na Constituição Federal de 1988. A referida Carta expressa em seus arts. 1º e 18 que o Brasil é formado pela reunião indissolúvel da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, deixando claro que os referidos entes sempre deverão se manter unidos, a fim de compor a unidade federal. Além disso, o constituinte de 1988, seguindo as Constituições republicanas anteriores, incluiu o federalismo no rol das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, I), tornando-o um dos pilares centrais do Estado brasileiro (BARROSO, 2022).

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o sistema dualista de federação, o qual vinha sendo adotado nas Cartas antecessoras. O Estado brasileiro teve, em sua composição, o acréscimo de mais um ente político, o Município, tornando-se um federalismo de três níveis. Tal ente só possuía espaço na organização administrativa e, assim, interessava apenas aos Estados-membros, porém ao ser acrescentado na estrutura política, também começou a interessar ao Estado federal (AGRA, BONAVIDES E MIRANDA, 2009).

No federalismo o detentor da soberania é o Estado federal, atributo exclusivo deste. Já as unidades federativas são possuidoras de autonomia, a qual se diferencia da soberania. Segundo os ensinamentos de Silva (2017, p. 102):

No Estado federal há que distinguir soberania e autonomia e seus respectivos titulares. [...] hoje, já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito internacional, é o único titular da soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares tão só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.



Nesse sentido, verifica-se que a soberania, um dos fundamentos da república previsto no art. 1º, I, da CRFB/88, paira sobre o Estado federal que abrange o todo, fluindo as unidades componentes de autonomia para se organizarem político-administrativamente conforme dispõe a Constituição Federal.

O Estado federal, composto pelos entes políticos, faz-se presente tanto no âmbito interno quanto no externo. No plano interno pela existência de um ordenamento jurídico (Constituição Federal) e de um tribunal federal (Supremo Tribunal Federal), aplicando limites e resolvendo conflitos das entidades componentes. Já no âmbito externo, o Estado Federal representa os entes federativos, uma vez que é a pessoa de direito internacional público (FERREIRA FILHO, 2020).

Os entes políticos atuam de forma autônoma dentro do Estado federal, sendo considerados pessoas de direito público interno. Tais entes possuem suas atuações direcionadas pelo princípio da predominância do interesse, o qual estabelece que a União detém interesse nacional, os Estados-membros regional e os Municípios local. Destaca-se que os interesses dos entes autônomos são predominantes, mas não exclusivos, pois eles fazem parte da mesma unidade federal (MOTTA, 2021).

A autonomia das unidades federativas se fundamenta em três fatores: auto-organização, autogoverno e autoadministração. A auto-organização é constatada pela Constituição dos Estados e pela Lei Orgânica dos Municípios, responsáveis por estruturar a atuação destes entes. O autogoverno evidencia-se pela existência de chefe do poder executivo e membros do poder legislativo, os quais são colocados em seus postos por eleições estaduais e municipais. Ainda, faz-se presente no âmbito dos Estados o poder judiciário, regido pela Constituição e pela Lei Orgânica da Magistratura. A autoadministração está calcada na possibilidade que cada unidade federativa possui para executar suas competências atribuídas pela Constituição (BARROSO, 2022).

Anota-se que, o sistema federativo não estabelece subordinação entre as unidades políticas, todas atuam com autonomia dentro de seus limites constitucionais. Leciona Carrazza (2017, p. 169) que:

No Brasil, por obra e graça do princípio federativo — verdadeira coluna mestra de nosso sistema jurídico —, convivem harmonicamente (e nisto estamos com Kelsen) a ordem jurídica global (o Estado Brasileiro) e as ordens jurídicas parciais, central (a União) e periféricas (os Estados-membros e, para a maioria dos nossos constitucionalistas, também os Municípios e o Distrito Federal). Esta múltipla incidência só é possível por força da cuidadosa discriminação de competências (inclusive tributárias). [...] torna-se onipotente que as leis nacionais (do Estado Brasileiro), as leis federais (da União) e as leis estaduais (dos Estados-membros) ocupam o mesmo nível, vale consignar, umas não preferem às outras. Realmente, todas encontram seu fundamento de validade na própria Carta Magna, apresentando campos de atuação exclusivos e muito bem discriminados.

As atribuições de competências previstas na Constituição Federal podem ser classificadas, em linhas gerais, em exclusivas ou privativas, concorrentes e comuns. As exclusivas são indelegáveis e as privativas delegáveis (art. 22), ambas classificações não permitem que um ente atue no âmbito de outro, a não ser quando a competência for delegada. O art. 21 determina atribuição exclusiva a União, o art. 30 aos Municípios, o art. 25, §1º aos Estados e o art. 32, §1º ao Distrito Federal. A competência concorrente, presente no art. 24, recai sobre a possibilidade dos entes políticos atuarem concorrentemente, cabendo à União legislar sobre normas gerais (art. 24, §1º) e aos Estados sobre normas suplementares (art. 24, §2º). Por fim, tem-se a competência



comum, prevista no art. 23, que permite uma atuação paralela das unidades federativas, observando-se o princípio da predominância do interesse (OLIVEIRA, 2013; SILVA, 2017).

Nessa linha, enfatizam Mendes e Branco (2021) que existem duas modalidades de repartição de competências, a horizontal e a vertical. A horizontal recai sobre as competências exclusivas e privativas, as quais fornecem competências próprias para cada um dos entes federativos. Por outro lado, a vertical incide nas competências concorrentes e comuns, as quais repartem as matérias entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Assim, segundo Agra, Bonavides e Miranda (2009), as referidas repartições atuam como mecanismos de proteção da autonomia das unidades federativas, não podendo ser desrespeitadas.

As repartições de competências abrangem três esferas centrais do Estado Federal, sendo elas: legislativa, administrativa e tributária. Tais âmbitos são cruciais para os entes federativos realizem suas funções com autonomia máxima dentro de seus limites, tornando possível a coexistência dos mesmos dentro da unidade federal (MORAES, 2021 apud SILVA, 1992).

Dentre as repartições de competências, a tributária é a responsável por conceder vida à autonomia das unidades federativas. Por essa razão, a Constituição Federal dividiu a matéria tributável entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, a fim de possibilitar que os entes possam instituir e arrecadar tributos para atender suas demandas (FERREIRA FILHO, 2020).

Nessa perspectiva, a doutrina de Carrazza (2017) enfatiza que “o exercício da competência tributária é uma das manifestações do exercício da função legislativa, que deflui da Constituição. Em suma, criar tributos é legislar; arrecadá-los, administrar”. Logo, os entes federativos precisam ter as três atribuições de competências alinhadas para obter receitas financeiras dentro de suas esferas de atuação.

A Carta Magna também estabeleceu um sistema de partilha de receitas entre os entes federativos. Os Municípios recebem transferências de recursos dos Estados-membros e da União, bem como a União partilha receitas com os Estados e o Distrito Federal. As transferências dos recursos servem para preservar a autonomia dos entes regionais e locais (MENDES E BRANCO, 2021).

Observa-se que o Estado federal busca na divisão de competência administrativa, legislativa e certamente na tributária, a descentralização de poder do Estado. Esses três âmbitos são essenciais para que se consiga alcançar tal finalidade (BALEIRO, 2018).

Desse modo, depreende-se que o federalismo brasileiro busca, desde o início de sua instituição, a descentralização do poder do Estado, fornecendo autonomia às unidades federativas por meio de atribuições de competências, sendo crucial para sua efetivação a competência tributária, a qual fornece poder financeiro aos entes para fazerem frente às demandas previstas na Constituição Federal.

## **2 ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA AOS ENTES FEDERATIVOS**

O Estado necessita de recursos financeiros para alcançar suas finalidades traçadas na Constituição. Possibilitar o exercício de direitos no âmbito interno, impor-se perante o plano externo, garantir o cumprimento da Lei, prestar serviços públicos, atender o interesse da população, combater desigualdades sociais, custear a estrutura pública, exige recursos (MACHADO SEGUNDO, 2019).



A principal fonte de recurso financeiro do Estado é oriunda de receitas derivadas, que consistem no recolhimento de parte do capital da população para fornecer bem-estar social. Tal fonte abarca as receitas de tributos, que se traduzem em prestações pecuniárias compulsórias, instituídas e cobradas por Lei. No Brasil, o tributo é considerado gênero, o qual se divide em cinco espécies: impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições sociais (HARADA, 2021).

O Estado brasileiro atribui competência tributária apenas às unidades que compõem a federação, ou seja, somente a União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, podem instituir tributos. Segundo Carrazza (2017, p. 604):

[...] só elas possuem legislativo com representação própria. E, como já demonstramos, é o poder Legislativo – e apenas ele – que, em nosso ordenamento jurídico, está credenciado a criar tributos. Queremos anotar, a respeito, que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal receberam, do Diploma Máximo, competência para instituir, em caráter privativo, todas as modalidades de tributos [...].

Nesse panorama, em um Estado Federal a repartição tributária é determinada na Constituição, à qual todas unidades federativas estão submetidas a sua supremacia. Isso ocorre pelo fato de ser uma atribuição crucial para garantir a autonomia plena dos entes políticos, pois para se ter autônoma legislativa e executiva é necessário que se tenha autonomia financeira (MACHADO SEGUNDO, 2019).

O sistema constitucional tributário brasileiro possui três modalidades de atribuição de competência, sendo elas: privativa, comum e residual. A primeira é atribuída diretamente a um ente federativo, ou seja, cada ente possui competência privativa para instituir determinados tributos. Por outro lado, a segunda diz respeito a uma competência compartilhada entre as unidades federativas, que se limita dentro das esferas de atuação de cada uma delas. Por fim, a terceira possibilita que sejam instituídos tributos diferentes daqueles já previstos na Constituição Federal, sempre em conformidade com o ordenamento jurídico (PAULSEN, 2022).

A Constituição Federal de 1988 sistematiza a atribuição de competência tributária entre os artigos 145 a 156 e também em seus artigos 177, § 4º, e 195, os quais destinam as espécies tributárias à competência de cada unidade federativa (SCHOUERI, 2022).

O artigo 145 da CRFB/88 prevê a instituição de três espécies tributárias, impostos, taxas e contribuições de melhoria, as quais foram atribuídas à União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. No tocante às taxas e contribuições de melhoria, o artigo remete à modalidade de competência comum, que segundo Ferreira Jardim (2020, p. 88) “comum é apenas a denominação genérica”, pois “se a União realizar obra pública da qual sobrevenha a valorização imobiliária de um dado imóvel, tão só a ela assiste o direito de instituir a contribuição de melhoria. Não pode fazê-lo o Estado nem o Município”, da mesma forma é “o que se verifica com as taxas, pois, se o Estado exerce o poder de polícia ou a prestação de serviço público específico e divisível, somente ele poderá criar a respectiva taxa de polícia ou de serviço”. No que pese ser uma competência comum, os três entes federativos só podem instituir os referidos tributos dentro de suas esferas de atuação.

Ainda, de acordo com Sabbag (2021) se enquadra como competência comum a instituição do tributo previsto no artigo 149, § 1º, que atribui à União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios o poder de instituir contribuições de regime de previdência próprio para seus servidores públicos.



A União possui parte de sua competência tributária privativa elencada nos artigos 148 e 149 da CRFB/88, os quais tratam respectivamente dos empréstimos compulsórios, das contribuições sociais e de intervenção do domínio econômico. Os artigos 177, § 4º e 195 da Carta, especificam a competência do referido ente sobre as contribuições de intervenção do domínio econômico na área de combustíveis e sobre as contribuições da seguridade social (PAULSEN, 2022).

Outrossim, o artigo 153 da CRFB/88 ascende à competência tributária privativa da União, pois nele está previsto a atribuição para o mencionado ente instituir impostos sobre: importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; propriedade territorial rural; e grandes fortunas, nos termos de lei complementar. Na mesma linha, o artigo 154, inciso II, da CRFB/88, traz para a competência da União o imposto extraordinário de guerra (MACHADO SEGUNDO, 2019).

Ademais, a União é a detentora da competência tributária residual, conforme os artigos 154, inciso I e 195, §4º da CRFB/88. Segundo Ferreira Jardim (2020), tal ente possui a faculdade de instituir impostos e contribuições de seguridade social diferentes daqueles já previstos na Constituição Federal.

Os Estados-membros e o Distrito Federal possuem atribuição de competência tributária privativa disposta no artigo 155 da CRFB/88. O referido artigo possibilita que os dois entes instituem impostos sobre: transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; e propriedade de veículos automotores (MACHADO SEGUNDO, 2019).

Os Municípios também receberam competência tributária privativa, conforme o artigo 156 da CRFB/88 eles podem instituir impostos sobre: propriedade predial e territorial urbana; transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, em como cessão de direitos a sua aquisição; e serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, inciso II, definidos em lei complementar. O artigo 149-A da CRFB/88 também atribui competência privativa aos Municípios para instituir contribuição de iluminação pública. A competência municipal se estende ao Distrito Federal, pois tal ente não é dividido em Municípios o que lhe fornece uma competência cumulativa, conforme o artigo 147 da CRFB/88 (SABBAG, 2021; MACHADO SEGUNDO, 2019).

Convém evidenciar que, uma das réguas utilizadas para elaborar a repartição de competência tributária entre os entes federativos está ligada a natureza dos tributos. As espécies tributárias podem ser vinculadas ou não vinculadas, ou seja, determinados tributos se justificam por uma atuação estatal e outros não. A cobrança de tributos vinculados está atrelada a referibilidade, isto é, na existência de uma contraprestação entre a atividade estatal e o contribuinte (SCHOUERI, 2022).

Nessa linha, extrai-se da doutrina de Harada (2021) que os tributos vinculados compreendem as taxas, os empréstimos compulsórios e as contribuições, em especial, as de melhoria e as sociais. Por outro lado, os impostos são tributos não vinculados, em outros termos, seus fatos geradores são livres de atividade estatal, os quais estão voltados a atender demandas gerais do Estado, limitando-se pela capacidade contributiva dos cidadãos.



Sobre o aspecto mencionado acima, a atribuição de competência tributária se dá, segundo Shoueri (2022, p. 275) “para os tributos vinculados [...] a partir do conceito de competência anexa: quem tem a atribuição para a atividade estatal terá, igualmente, competência tributária”, já “no caso de tributos não vinculados [...] por meio da rígida repartição [...]”. Se a União já tributa, não devem outras pessoas jurídicas de direito público instituir tributos e vice-versa”. Nesse prisma, verifica-se pontos pertinentes quanto a vinculação ou não de tributos, uma vez que, tais características sistematizam, em parte, as atribuições de competência tributária entre as unidades federativas, bem como justificam a instituição de determinados tributos.

Nesse contexto, torna-se a atribuição de competência tributária um meio de grande importância para os entes políticos obterem receitas. Porém, o mesmo não é suficiente para garantir a autonomia financeira dos Estados-membros e dos Municípios. Conforme Machado (2021, p. 29):

A técnica de atribuição de competência é de grande importância porque tem a virtude de descentralizar o poder político, mas tem o inconveniente de não se prestar como instrumento para a minimização das desigualdades econômicas entre os Estados e entre os Municípios. Ao Estado pobre, em cujo território não é produzida, nem circula, riqueza significativa, de nada valeriam todos os tributos do sistema. Por isto é que se faz necessária também a distribuição de receitas tributárias.

Percebe-se que, mesmo que os referidos entes políticos tenham atribuição para instituir tributos, isso não garante que eles consigam obter receitas suficientes para efetivar e cumprir suas determinações constitucionais, o que os leva a recorrer a outra fonte de recursos prevista na Constituição Federal, isto é, a transferência de receitas tributárias.

Assim, é possível observar tamanha relevância da atribuição de competência tributária, sendo uma das, senão a principal, fonte de recursos do Estado Federal, logo, por consequência, dos entes federativos. Contudo, a atribuição tributária, por si só, não é eficaz ao ponto de fornecer receitas necessárias aos Estado-membros e Municípios, fazendo com que estes recorram às transferências de receitas.

### **3 A REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS E SUAS IMPLICAÇÕES**

#### **3.1 Sistema de partilha constitucional**

A Constituição Federal, após discriminar a competência tributária de cada unidade federativa, sistematizou a partilha de receitas, arrecadas de impostos, entre a União, Estados- membros, Distrito Federal e Municípios, visando sustentar a autonomia dos mesmos, característica central do sistema federativo (HARADA, 2021).

Conforme se extrai da atribuição de competência tributária, a União é a detentora da maior parcela de impostos entre os entes políticos. Os Municípios possuem atribuição para instituir apenas três impostos, os Estados-membros também, já a União pode instituir nove impostos. Nota-se que, a soma de impostos dos dois primeiros entes não alcança a quantidade dos que competem ao último. Enfatiza-se que, o Distrito Federal tem competência cumulativa, logo, é detentor de seis impostos (SABBAG, 2021).

A União não possui somente a maior quantidade de impostos, mas sim, a maior competência tributária da federação. Como visto, a União tem atribuição para instituir todas as contribuições, bem como competência residual para criar novos impostos e



contribuições, gerando uma grande concentração de poder financeiro no âmbito central (HARADA, 2021).

Em 2021 a carga tributária bruta no Brasil correspondeu 33,90% do produto interno bruto. A União, com sua enorme competência, arrecadou 22,48% do montante total, os Estados-membros 9,09% e os Municípios míseros 2,33% (TESOURO NACIONAL, 2022). Nesse contexto, fica visível o desequilíbrio de competência tributária entre os entes federativos e para tentar sanar esse problema a Constituição estabelece, segundo Sabbag (2021, p. 90) “a repartição de suas receitas, cabendo à União o repasse de valores aos Estados e Distrito Federal, e, aos Estados, o repasse de valores aos Municípios. [...] os Municípios e o Distrito Federal não repartem, somente se beneficiam da repartição”. Observa-se que, por conta da centralização de competência tributária no âmbito da União, busca-se partilhar suas receitas entre os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, afim de alcançar um equilíbrio financeiro entre os entes.

A repartição de receitas tributárias está elencada nos artigos 157 a 162 da CRFB/88, os quais conforme Harada (2021) estabelecem três formas de partilha de receitas: a participação direta dos Estado-membros, Distrito Federal e Municípios nas receitas de impostos da União (arts. 157, I, e 158, I, da CRFB/88); participação de certas porcentagens nas receitas de determinados impostos (arts. 157, II, 158, II, III, IV e 159, III, da CRFB/88); e quotas em fundos (art. 159, da CRFB/88).

Os Estados-membros e o Distrito Federal recebem as seguintes transferências de receitas da União: 100% (cem por cento) do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza retido na fonte (art. 157, I); 20% (vinte por cento) dos impostos residuais (art. 157, II); 10% (dez por cento) do imposto sobre produtos industrializados, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados (art. 159, II); 30% (trinta por cento) do imposto sobre operações financeiras ligadas ao ouro (art. 153, §5º, I); 21,5% (vinte e um inteiros e cinco décimos por cento) do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (art. 159, I, A); e 29% (vinte e nove por cento) da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa a combustíveis (art. 159, III) (FERREIRA JARDIM, 2020).

Os Municípios também partilham das receitas da União, sendo elas: 100% (cem por cento) do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza retido na fonte (art. 158, I); 50% (cinquenta por cento) do imposto sobre a propriedade territorial rural quanto os imóveis que estiverem em seu território ou 100% (cem por cento) quando o Município optar pela fiscalização e cobrança deste (art. 158, II); 70% (setenta por cento) do imposto sobre operações financeiras ligadas ao ouro (art. 153, §5º, II); 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) do Fundo de Participação dos Municípios e mais 1% (um por cento) do respectivo fundo a ser entregue nos meses de julho, setembro e dezembro de cada ano (art. 159, I, B, C, D, E e F) (FERREIRA JARDIM, 2020).

Outrossim, os Municípios recebem repasses de receitas dos Estados-membros, quais sejam: 50% (cinquenta por cento) do imposto sobre a propriedade de veículos automotores que estiverem registrados no respectivo Município (art. 158, III); 25% (vinte e cinco por cento) do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (art. 158, IV); 25% (vinte e cinco por cento) dos 10% (dez por cento) que os Estado receberam do imposto sobre produtos industrializados (art. 159, §3º); e 25% (vinte e cinco por cento) relativos aos 29% (vinte e nove por cento) transferidos para os Estados da contribuição de intervenção no domínio econômico de combustíveis (art. 159, §4º) (FERREIRA JARDIM, 2020).



Cabe observar que, a repartição de receitas tributárias abrange apenas os impostos e pontualmente a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa a combustíveis. As demais espécies tributárias, como já apresentado, possuem vínculos com atribuições administrativas do ente tributante. As taxas e as contribuições de melhoria são vinculadas à atuação estatal, os empréstimos compulsórios ao que lhes deram causa e as contribuições por terem suas finalidades, o que afasta a possibilidade de entrarem para a repartição de receitas (SABBAG, 2021).

Segundo levantamento feito com dados do Tesouro Nacional, mesmo com tamanha repartição de receitas entre os entes federativos, a União fica com a maior parcela da carga tributária. Em 2017 a carga tributária correspondeu aproximadamente 33% do produto interno bruto, deste montante a União ficou com 55%, os Estados-membros com 27% e os Municípios com 19% (G1, 2019).

Os entes que recebem receitas oriundas da repartição constitucional não podem avançar na atribuição de competência tributária do ente político que tem o dever de fazer o repasse. Segundo Baleeiro (2018, p. 62):

A participação ou distribuição não influi na competência da Pessoa de Direito Público Interno, à qual é atribuído o imposto. Ela é livre na fixação das alíquotas, assim como em isentar ou não tributar. Se isenta ou não tributa, essa atitude política não gera qualquer direito para as outras Pessoas de Direito Público que se beneficiaram pela participação ou distribuição. Elas não se podem substituir ao governo competente para a decretação.

Dessa forma, evidencia-se uma situação complicada no sistema de partilha, pois o ente político pode gerir seus impostos da forma que lhe for mais favorável, sem precisar se preocupar com a necessidade financeira do ente que receberá receitas oriundas da partilha destes. Logo, se o ente político tiver interesse em diminuir a arrecadação de seus impostos, a partilha será menor.

Nessa linha, a repartição de receitas tributárias tem seu lado negativo, além de seu lado positivo. Estas duas faces da repartição são apresentadas por Harada (2021, p.60) que:

À primeira vista, pode parecer que o mecanismo de participação no produto de arrecadação de imposto alheio favorece as entidades políticas participantes, à medida que as livra dos custos de implantação, de fiscalização e de arrecadação. Na realidade, porém, tolhem as autonomias dessas entidades, porque inúmeros entraves burocráticos, inclusive os de natureza política, se interpoem, dificultando o recebimento oportuno dessas participações, sem contar as limitações e condicionamentos previstos na própria Carta Política e na legislação infraconstitucional [...].

Nesse sentido, no que pese ser um meio utilizado para equilibrar a obtenção de receitas entre os entes federativos, nota-se um grande problema nesse mecanismo. O ente que recebe repasses sofre com ações tomadas no âmbito tributário daquele que tem o dever de transferir.

Assim, observa-se que a repartição de receitas busca equilibrar os recursos financeiros entre os entes federativos. Contudo, tal mecanismo não se mostra tão eficaz, uma vez que, a União, mesmo partilhando de suas receitas, ainda fica com a maior parcela da carga tributária, em contrapartida, os Estados e Municípios sofrem com os desarranjos desse sistema.



### 3.2 As implicações do sistema de partilha de receitas na autonomia dos Estados e Municípios

A repartição de receitas tributárias é utilizada com a pretensão de contornar situações que causam desequilíbrio na autonomia financeira dos Estados e Municípios. Como já visto, nem todos os Estados-membros e Municípios possuem atividade econômica satisfatória para que receitas de tributos sejam suficientes ao ponto de atenderem suas atribuições constitucionais. Não bastando, a União possui uma grande concentração de competência tributária em desfavor dos demais entes, o que acarreta na necessidade de uma partilha de receitas tributárias entre as unidades federativas (MACHADO SEGUNDO, 2022; SABBAG, 2021).

Ocorre que, segundo Machado (2021) a repartição de receitas acaba por deixar os Estados e Municípios dependentes da União, pois como tal ente possui a maior receita é a ele que compete realizar a maior partilha.

A dependência financeira dos Estados e Municípios pela partilha de receitas é latente, principalmente no âmbito municipal. Segundo levantamento feito em 2019, aproximadamente 70% dos Municípios possuem mais de 80% de suas receitas correspondentes a transferências constitucionais, ou seja, apenas 30% de seus recursos são oriundos de arrecadação dos tributos que lhes competem (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019). Em 2020, de acordo com dados retirados do Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro, os repasses financeiros corresponderam para as receitas de: 2.698 Municípios, 90% ou mais; 1.642 Municípios, entre 80% a 90%; e 1.027 Municípios, de 50% a 80%. Apenas 42 Municípios possuem dependência de repasses inferior a 50%. A maior parte desses repasses estão ligadas aos Fundo de Participação dos Municípios. Dos 5.570 Municípios existentes, foram analisados 5.409, pois 161 não repassaram informações a Tesouro Nacional (PODER 360, 2021).

No Congresso Nacional já foram feitas propostas para cessar essa dependência financeira que os Estados e Municípios possuem com o poder central. Dentre elas, a criação de órgãos para administrar a partilha de receitas tributárias, os quais compreenderiam um conselho de representantes dos Estados-membros para gerir o Fundo de Participação dos Estados e um conselho de representantes dos Municípios para comandar o Fundo de Participação dos Municípios, o que quebraria com a dependência financeira liga a União. Contudo, a ideia não prosperou, pois afetaria a atividade de grande parte dos deputados e senadores, que atuam dentro do Congresso Nacional com objetivo de conseguirem verbas financeiras do âmbito central para levarem aos seus Estados e Municípios (MACHADO, 2021).

Outra questão que pesa em desfavor da repartição de receitas tributárias está atrelada a atribuição da União no tocante a competência residual para instituir determinados tributos. Segundo Motta (2021, p. 503):

Outro problema extremamente sério é a repartição tributária, em que cada vez mais se afirma a hegemonia e hipertrofia da União em face dos Estados federados. Bom exemplo disto é a opção do Governo Federal pela criação de contribuições sociais (que não faz repartição) em vez de impostos, os quais teria que repartir com os demais entes federativos. Assim, cria-se uma situação de dependência dos Estados em relação ao poder central.

Conforme demonstrado anteriormente, a União possui competência tributária residual para instituir impostos e contribuições. No entanto, prefere as contribuições, pois



suas receitas não entram na partilha constitucional, uma vez que, estão no rol dos tributos vinculados.

A União vem se utilizando de um mecanismo, presente no art. 76 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, para romper com o vínculo das contribuições, a chamada Desvinculação de Receitas da União (DRU). Tal dispositivo permite que a União administre livremente as receitas desvinculadas, como às de impostos. Segundo Harada (2021, p. 128):

A Desvinculação de Receitas da União - DRU – antigo Fundo Social de Emergência (FSE), depois, Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), continuariam sendo prorrogados [...], promovendo a desvinculação de 30% do produto de arrecadação de tributos federais, uma soma enorme a ser gasta à discrição do Executivo, de difícil controle e fiscalização por ausência de especificação dos elementos de despesas.

A União se serve de mecanismos de desvinculação por décadas. Hoje, o vigente, permite que seja desvinculado 30% da arrecadação das contribuições sociais, das contribuições de intervenção no domínio econômico e das taxas, os quais compreendem a competência da União.

Em 2014, o referido mecanismo possibilitava uma desvinculação de 20% das receitas de determinados tributos, dentre eles, os das contribuições sociais. Para se ter uma base do montante desvinculado, no mencionado período, apenas da seguridade social foi de R\$63,161 bilhões de reais (BRAGA, 2015).

Dessa forma, fica evidente o interesse da União em ter preferência de instituir contribuições, primeiro porque não entram na partilha de receitas e segundo porque existe um mecanismo que permite a desvinculação da arrecadação desses tributos, o qual possibilita geri-los sem amarras. Afirma Mansur (2017, 11):

[...] a desvinculação de receitas por mais de vinte anos, aliada à recentralização de receitas por parte da União, representada principalmente pelo crescimento das contribuições especiais que são de competência da União e não entrando da repartição de receitas com os demais entes, e ao eventual decréscimo da arrecadação de impostos - cujo produto é repartido com estados e municípios em razão de isenções fiscais das mais variadas espécies - acaba por modificar grandemente o modelo de repartição de receitas originalmente concebido, reduzindo as verbas destinadas aos estados e municípios segundo estatuído pelo constituinte originário, o que apresentaria risco à sua autonomia e, destarte, ao pacto federativo.

Diante desse fenômeno, os governadores dos Estados e do Distrito Federal tentaram derrubar o mecanismo de Desvinculação de Receitas da União no Supremo Tribunal Federal. A última tentativa ocorreu por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Alegaram violação ao Princípio Federativo, pois a União mediante a instituição de contribuições sociais e, paralelamente, com a utilização do mecanismo de desvinculação, estaria contornando o sistema de partilha de receitas e ampliando as suas. Sustentaram que isso ocorria pelo fato de que a desvinculação de receitas transforma os tributos afetados em outra espécie tributária, isto é, em impostos, únicos tributos que não possuem vinculação. Logo, o percentual incidente da desvinculação deveria fazer parte da repartição de receitas, em específico, na forma do art. 157, II, da CRFB/88, ou seja, como impostos residuais. Porém, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a arguição, afirmando que o mecanismo do art. 76, da ADCT,



não prejudica as receitas dos Estados e muito menos fere o pacto federativo (ADF, nº 523).

O Supremo Tribunal Federal é, como visto anteriormente, o tribunal que tem por objetivo resolver conflitos entre os entes federativos. Segundo Barroso (2022, p. 197) “é inevitável reconhecer que, mesmo sob a Constituição de 1988, a jurisprudência do STF resolve boa parte dos conflitos federativos em favor do poder central”. Observa-se que, no conflito mencionado acima, entre os entes federativo, o Supremo Tribunal Federal jogou em favor da União e não dos 26 Estados e do Distrito Federal.

Segundo Harada (2021, p. 60) “a única forma de assegurar a independência político-administrativa às entidades componentes da Federação é conferir-lhes a autonomia financeira, por meio de tributos próprios, o que importa na reformulação da discriminação constitucional de rendas”. Porém, como já descrito, a atribuição tributária sozinha não dá conta de assegurar recursos a todas as unidades federativas, pois nem todos os locais do Brasil possui atividade econômica que possibilite uma arrecadação tributária eficiente.

Nesse sentido, a atribuição de competência tributária e repartição de receitas, estão voltadas, dentre outras finalidades, em serem garantidoras da autonomia dos entes da federação. No entanto, os desarranjos no sistema tributária constitucional e as situações presentes na realidade econômica de determinadas unidades federativas, evidenciam certo desequilíbrio financeiro na República Federativa do Brasil, o qual fortalece o poder financeiro da União e enfraquece os dos Estados e Municípios, atingindo diretamente suas autonomias, característica central do federalismo.

## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa nasceu durante as aulas da disciplina de Direito Financeiro e Introdução ao Direito Tributário, onde em certo momento o professor que ministra a matéria explicou sobre as receitas públicas, em especial, tratou da relevância da atribuição de competência tributária e das repartições de receitas alinhada ao Princípio Federativo. Dessa forma, observando a relevância e as repercussões que o conteúdo ministrado possui, optei em realizar uma pesquisa no âmbito dessa temática.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Bittar (2015, p. 2016), é uma pesquisa “capaz de coligir elementos para a análise histórica e conjuntural (encontrados nos debates acadêmicos de historiadores, sociólogos, cientistas políticos, filósofos) que podem permitir ao pesquisador chegar a conclusões demonstráveis sobre o fenômeno estudado [...]”. A mencionada abordagem possibilita um amplo estudo do objeto de pesquisa ao permitir a interpretação da realidade. Conforme explicam Marconi e Lakatos (2017, p. 303) “o estudo qualitativo desenvolve-se numa situação natural, oferecendo riqueza de dados descritivos, bem como focalizando a realidade de forma complexa e contextualizada”. Desse modo, a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, onde serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Henriques e Medeiros (2017, p. 106) afirmam que essa forma de pesquisa “visa conhecer e analisar as contribuições teóricas fundamentais sobre um tema ou problema, o que faz dela um instrumento indispensável para qualquer tipo de pesquisa”.



Ainda, a pesquisa é documental, ao acrescentar documentos jurídicos que segundo Marconi e Lakatos (2021, p. 31) “[...] consiste em um conjunto de operações que visam representar o conteúdo de um documento de forma diferente; trabalha com documentos e se faz, principalmente, por classificações-indexação. Seu objetivo consiste na reapresentação condensada da informação”. Compreende-se que tanto a análise quanto a reanálise de documentos podem elucidar pontos pertinentes que recaem sobre o tema abordado, mostrando sua complexidade e atualidade.

O método aplicado, como forma de explicitar a verdade, é o dedutivo em que, segundo Servilha e Mazarob (2019, p. 87) “são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas”. Nesse sentido, a pesquisa será desenvolvida a partir de questões gerais e caminhará para questões específicas, possibilitando argumentos mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa é descritiva, a qual possui como finalidade, segundo Lozada e Nunes (2019, p. 139) “reunir e analisar muitas informações sobre o assunto estudado”. Dessa forma, a pesquisa descritiva atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando todo o exposto, tem-se que a adoção do federalismo no Brasil emergiu com a finalidade de descentralizar o poder do Estado, fornecendo autonomia às unidades federativas. Porém, tal sistema encontra-se com problemas diante do desequilíbrio da divisão de receitas estabelecida pela Constituição Federal.

Como premissa, evidencia-se que no Brasil a divisão de atribuição de competência tributária é essencial para garantir recursos necessários aos entes federativos. Contudo, tal divisão possui falhas, em primeiro, diante da realidade econômica do vasto território brasileiro, onde nem todas regiões e localidades possuem atividade econômica satisfatória que possibilite a todos os Estado-membros e Municípios uma arrecadação tributária eficaz, e segundo, pelo fato da União possuir uma enorme competência tributária em desfavor dos demais entes federativos, tamanha competência que nem se somar todos os tributos dos outros dois entes federativos, Estados e Municípios, alcança-se a sua.

Tal desequilíbrio prejudica a autonomia financeira dos Estados-membros e Municípios, por consequência, a autonomia orçamentária como um todo, uma vez que, a insuficiência de recursos impossibilita o exercício e o cumprimento satisfatório de suas atribuições.

A centralização de rendas tributárias no âmbito federal força os Municípios e os Estados-membros a se socorrerem da repartição de receitas constitucionais, a qual também é problemática. Apenas os produtos da arrecadação de alguns impostos compõem a partilha. Assim, tendo em vista que a União possui a maior quantidade impostos é também o ente com o maior montante a partilhar entre os demais. Entretanto, a União vem se utilizando de subterfúgios para não partilhar receitas, instituindo contribuições que não fazem parte dos repasses e se utilizando de mecanismos para desvincular os produtos da arrecadação de tributos vinculados, ampliando suas receitas e diminuindo as dos Estado-membros e Municípios, os quais deixam de receber determinadas quantias da partilha constitucional.



Nessa perspectiva, constata-se uma falha na divisão de rendas firmada entre entes federativos, tanto na atribuição de competência tributária quanto na repartição de receitas, o que reflete diretamente no sistema federativo, pois enfraquece a autonomia dos entes políticos, forte característica do federalismo.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-3831-4/pageid/613>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980726/>. Acesso em: 20 set. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596700/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa.xhtml\]/4/2/2%4051:51](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596700/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa.xhtml]/4/2/2%4051:51). Acesso em: 12 dez. 2022.

BITTAR, Eduardo. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547204143/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRAGA, Karen Costa. A inconstitucionalidade da (DRU) sob a luz do inciso XI do artigo 167 da Constituição Social e a falsa ideia do déficit previdenciário. **Revista JURIS**, v. 24, n. 39-62, 2015. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6333/4043>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organizado por Juarez de Oliveira. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 523/DF**. Desvinculação de receitas da união – DRU. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20523&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20523&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 26 out. 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 31. ed. São Paulo – SP: Malheiros, 2017. 1328 p.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991845/>. Acesso em: 11 out. 2021.



FERREIRA JARDIM, Eduardo Marcial. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655591460/epubcfi/6/36\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo15.xhtml\]/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655591460/epubcfi/6/36[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo15.xhtml]/4). Acesso em: 8 jan. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. 70% dos municípios dependem em mais de 80% de verbas externas. **Ranking de Eficiência dos Municípios – Folha**. São Paulo, 07 fev. 2019. Disponível em: <http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de-eficiencia-dos-municipios-folha/70-dos-municipios-dependem-em-mais-de-80-de-verbas-externas.shtml>. Acesso em: 15 abr. 2022.

G1. Estados querem fatia maior da arrecadação do governo federal na reforma tributária. **G1 Economia**. Brasília, 15 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/09/15/estados-querem-abocanhar-na-reforma-tributaria-parte-da-arrecadacao-do-governo-federal.ghtml>. Acesso em: 05 mai. 2022.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770038/>. Acesso em: 22 set. 2021.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina da Silva. **Metodologia científica**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595029576/pageid/0>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 41. ed. São Paulo – SP: Malheiros, 2020. 560 p.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597020717/epubcfi/6/18\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter1\]/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597020717/epubcfi/6/18[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter1]/4). Acesso em: 25 de jan. 2022.

MANSUR, Débora Ottoni Uebe. A desvinculação das receitas da união e seu reflexo sobre as contribuições especiais. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, 2017. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/23620/19716>. Acesso em: 19 set. 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597026559/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0\]/4/2/2%4051:22](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597026559/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0]/4/2/2%4051:22). Acesso em: 20 nov. 2021.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/>. Acesso em: 23 set. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655593952/epubcfi/6/54\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcap8\\_l.xhtml\]!/4/2/3:0\[%2C%208\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655593952/epubcfi/6/54[%3Bvnd.vst.idref%3Dcap8_l.xhtml]!/4/2/3:0[%2C%208]). Acesso em: 11 mar. 2022.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611560/pageid/0>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 12 out. 2021.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530993993/epubcfi/6/70\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml33\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530993993/epubcfi/6/70[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml33]!/4). Acesso em: 27 jan. 2022.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. São Paulo – SP: Revista dos tribunais, 2013. 796 p.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553623255/epubcfi/6/22\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo8.xhtml\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553623255/epubcfi/6/22[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo8.xhtml]!/4). Acesso em: 20 fev. 2022.

PODER 360. Quase metade das cidades brasileiras dependem 90% ou mais de repasses. **Poder 360 Economia**. São Paulo, 18 out. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/quase-metade-das-cidades-brasileiras-dependem-90-ou-mais-de-repasses/#:~:text=A%20maior%20parte%20dos%20munic%C3%ADpios,ou%20de%20outras%20institui%C3%A7%C3%B5es%20p%C3%ABlicas>. Acesso em: 03 mai. 2022.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640317/epubcfi/6/26\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter04\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640317/epubcfi/6/26[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter04]!/4). Acesso em: 21 mar. 2022.

SCHOUERI, Luís E. **Direito Tributário**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655596366/epubcfi/6/26\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo9.xhtml\]!/4/2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655596366/epubcfi/6/26[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo9.xhtml]!/4/2). Acesso em: 8 mar. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo – SP: Malheiros, 2018. 936 p.



TESOURO NACIONAL. Carga tributária bruta do Governo Geral chega a 33,90% do PIB em 2021. **Boletim de estimativa da carga tributária bruta do governo geral**. Brasília, 04 abr. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3jbVfT3>. Acesso em: 04 mai. 2022.





## A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *POST MORTEM* SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL

Sofia Batista Koglin<sup>1</sup>

Janaina Silveira Soares Madeira<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo trata da possibilidade da adoção *post mortem* socioafetiva no direito brasileiro. O tema é importante considerando que a adoção *post mortem* é vedada no ordenamento jurídico nacional quando o processo não é iniciado pelo adotante, não obstante, na prática há afastamento da previsão legal em casos específicos que precisam ser analisados e discutidos. Assim, o objetivo do presente artigo é verificar a possibilidade da adoção *post mortem*, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A pesquisa tem abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica e jurisprudencial, com método dedutivo e aprofundamento explicativo e esclarece, com base em estudo jurisprudencial, a recente possibilidade da adoção *post mortem* socioafetiva no direito brasileiro, mesmo quando o processo não seja iniciado pelo adotante, em contrariedade a disposição legal, indicando os requisitos e os efeitos desse reconhecimento.

**Palavras-chave:** Adoção, adoção *post mortem*, socioafetividade.

**Abstract:** This study is about the possibility of after death sociol-affective adoption according to Brazilian law. It is important because this kind of adoption is forbidden on the Brazilian legal system, when the process has been initiated by the adopter before their death, however, in reality has been specific cases decided otherwise that need to be analyzed. The goal is analyze the possibility of after death sociol-affective adoption on Brazilian legal system based on case study. The research will have qualitative approach, and will be bibliographic and legal precedent, with deductive method. This article clarifies the possibility of after-death sociol-affective adoption in Brazilian law, even when the process haven't been ignited by the adopter, contrary to the legal device, indicating the requirements and effects, with legal precedent analyzed.

**Keywords:** adoption, after-death adoption, sociol-affective.

### INTRODUÇÃO

A sociedade está em constante desenvolvimento e, em decorrência disso, assim também está o direito, principalmente o direito das famílias. O reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* no processo de adoção dá a possibilidade de obter a condição legal de filho entre aqueles que socialmente são reconhecidos dessa forma e que não foram reconhecidos em vida pelo adotante.

A adoção é uma medida de proteção, uma vez que a criança ou o adolescente é colocado em família substituta, onde se estabelece o parentesco civil entre as partes. Já a adoção *post mortem* é prevista no art. 42, §6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e somente pode ser deferida se houver o prévio ingresso do processo pelo adotante. Com isso, legalmente, não é possível deferir a adoção quando o adotante não dá início ao procedimento antes do falecimento.

Assim, importante analisar o presente tema para elucidar o atual entendimento jurisprudencial da disposição legal em questão, eis que judicialmente há afastamento da proibição legal deferindo-se a adoção *post mortem* mesmo quando o processo não tenha sido iniciado pelo adotante. Ainda, estabelece as medidas cabíveis para aqueles que desejam realizar a adoção legal, mas não se encaixam nos critérios estabelecidos pela legislação, visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

O interesse pelo tema ocorreu da necessidade de se compreender e estabelecer melhor os requisitos para a adoção *post mortem*, que pode contrariar a Lei. A adoção, por

1. Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

2. Professora Mestre e Doutora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).



si, é um processo complexo e com vários procedimentos, soma-se a isso a vedação legal para reconhecimento daqueles filhos que os adotantes não ingressam com o processo antes do falecimento.

A adoção *post mortem* é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, quando o processo não é iniciado pelo adotante, não obstante, na prática, pode ocorrer o afastamento da proibição legal em casos específicos que precisam ser analisados. Em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1593656 RJ 2015/0144756-6) possibilitou a adoção *post mortem* quando comprovada de forma inequívoca a vontade do adotante falecido.

Assim, é imperioso analisar em que situações o Superior Tribunal de Justiça autorizou a adoção, mesmo o adotante não tendo iniciado o processo em vida, mormente porque há casos em que a adoção é vedada devido à ausência de comprovação real da vontade do adotante para realizar a adoção, entretanto, existem outros em que são utilizados como documentos comprobatórios, convites de casamento, fotos de formatura, depoimentos de amigos ou familiares etc., que conseguem comprovar 'a vontade' de reconhecer o adotado como filho.

Além disso, é importante compreender que para o reconhecimento dessa modalidade de adoção é necessária a comprovação do vínculo socioafetivo, que merece análise especial no presente trabalho. A socioafetividade é o equivalente legal ao dizer popular 'pai é quem cria', nela o vínculo vem do afeto e não da genética. Para que isso ocorra, é necessário que haja a posse do estado de filho, que é o requisito para a autorização da adoção *post mortem* sem o ingresso do adotante no processo antes do falecimento.

Dessa forma, no presente trabalho, em um primeiro momento, será tratado o processo de adoção no Brasil e os efeitos jurídicos decorrentes, posteriormente, se verificará a modalidade legal de adoção *post mortem*, para ao final analisar a possibilidade da adoção *post mortem* socioafetiva no direito brasileiro com base na jurisprudência.

## **1 PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL E EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES**

### **1.1 Conceito e características da adoção**

A Adoção é uma medida protetiva em que a criança ou adolescente é colocado em família substituta, observando seu melhor interesse, onde se estabelece o parentesco civil entre as partes. Segundo Cury, Silveira e Veronese (2018, p. 325) "a adoção é o instituto pelo qual se estabelece o vínculo de filiação por decisão judicial, em caráter irrevogável, quando não for possível a manutenção da criança ou adolescente em sua família natural ou extensa".

O ato de adotar ocorre de forma plena, pois atribui a condição de filho, não fazendo a lei qualquer distinção em relação à origem da filiação. Da mesma forma, é um ato irrevogável e incaducável, tendo caráter definitivo. Ademais, ocorre de forma excepcional, após esgotados todos os recursos de manutenção na família natural ou extensa. Conforme Cury; Silveira e Veronese (2018), a intervenção estatal tem por objetivo encontrar soluções concretas e definitivas, não apenas aos interesses 'de momento', em que os benefícios irão acompanhar o destinatário do ato adotivo pelo resto da vida. Apesar disso, as medidas aplicadas, também, devem corresponder às necessidades atuais. Assim, trata-se de procedimento complexo que precisa ser conhecido e estudado.



## 1.2 Processo de adoção no ECA

A adoção de crianças e adolescentes é disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e se trata de medida protetiva, que visa resguardar o direito constitucional a convivência familiar e comunitária, inserto no art. 227, da CRFB/88.

Impende asseverar que o direito à convivência familiar dá preferência à família natural, que é aquela composta pelos pais biológicos, conforme art. 25, caput, do ECA, sendo assim priorizada a conservação dos laços naturais, o que é destacado por Cunha, Lépure e Rossato (2019, p. 160):

Pode-se afirmar que o direito à convivência familiar prima pela conservação da família natural, estabelecendo a ela uma prioridade. Se, porventura, a criança ou o adolescente precisarem ser retirados da sua família natural, eles serão encaminhados para programas de acolhimento familiar ou institucional, bem como para famílias substitutas de guarda ou de tutela, sempre de forma provisória. Depois de certo lapso, a situação da família natural será reavaliada. Estando reestruturada, receberá novamente a pessoa em desenvolvimento. Caso contrário, a criança será encaminhada à adoção.

Não havendo possibilidade de reinserção na família natural, deve ser verificada a existência de membros da família extensa ou ampliada, que é aquela formada por tios, avós ou primos que a criança ou adolescente tenha contato direto e mantenha laços de afinidade e afetividade, na forma do art. 25, parágrafo único, do ECA.

Nesse sentido, entende-se por família extensa ou ampliada os parentes próximos com quem a criança ou adolescente convive e mantém vínculo de afinidade e afetividade. Com isso, fica claro o intuito do legislador de tornar o processo o mais fácil e familiar para o envolvido, tendo sempre como prioridade a manutenção da criança ou adolescente no seio familiar.

Sobre a família extensa ou ampliada e sobre a preferência na busca de parentes próximos, Dias (2017, p. 509) afirma:

Seguindo a peregrinação, é dada preferência à família extensa ou ampliada. Pelo conceito legal, são os parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convivem e mantêm vínculos de afinidade e afetividade (ECA 25 parágrafo único). No entanto são feitas demoradas buscas de parentes que nem conhecem a criança. Só após incessantes e infrutíferas tentativas é que tem início o demorado processo de destituição do poder familiar. Mais um laudo psicossocial é realizado, na tentativa de manter o filho com a mãe. Inclusive a Defensoria Pública é orientada a recorrer sempre, até quando os genitores forem citados por edital.

Somente após esgotadas essas possibilidades é que se opta pela inserção da criança ou adolescente na família substituta, na forma de guarda, tutela ou adoção, conforme disposto no art. 28 do ECA.

Deste modo, não sendo possível manter a criança e adolescente na família de origem é iniciado o processo de perda do poder familiar. Tal procedimento, por disposição legal, deverá ser concluído em, no máximo, 120 dias, e, em regra, inicia-se com a denúncia, seguido pelo ingresso do Ministério Público na ação para efetiva destituição do poder familiar.

Neste processo, os pais biológicos são citados para se defender e contestar o pleito da perda do poder familiar. Posteriormente, é realizado estudo social com a entrega do Plano Individual de Atendimento – PIA, realizado por uma equipe socioassistencial. Esse estudo, consiste em entrevistas e testes individuais com as partes envolvidas e



elaboração de laudo social e psicológico informando o resultado das avaliações e um parecer técnico. Conforme disposto no artigo 157, §1º, do ECA:

§1º Recebida a petição inicial, a autoridade judiciária determinará, concomitantemente ao despacho de citação e independentemente de requerimento do interessado, a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar para comprovar a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar (...).

Continuamente, é realizada a audiência de instrução e julgamento, nas quais o Ministério Público e o pais biológicos, poderão produzir provas, com oitiva das partes e testemunhas. Ao final, são realizadas as alegações finais, seguidas da sentença, que de forma imediata poderá determinar encaminhamento da criança ou adolescente para a adoção.

Assim, somente a criança e adolescente que tem o poder familiar extinto, por processo judicial ou desaparecimento dos pais biológicos é que poderá ser encaminhado à adoção. Consoante Farias e Rosenvald (2014) a adoção tem por objetivo principal oportunizar a uma pessoa a inserção em outro núcleo familiar e sua integração afetiva e plena, visando atender as suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, do prisma psíquico, educacional e afetivo.

A adoção é prevista no ECA a partir do art. 39 e tem como princípio regeador a manutenção do bem-estar da criança e do adolescente que serão colocados em família substituta, sendo instituída em última instância. Do parágrafo primeiro deste artigo tem-se:

§1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do artigo 25 desta Lei.

Com isso, somente quando todas as formas de manutenção da criança ou do adolescente em sua família natural forem esgotadas é que ele será encaminhado para a adoção.

Após ser considerado apto para a adoção, a criança ou adolescente é inserido no Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo - CUIDA, que é um sistema de informações sobre os pretendentes à adoção, inscritos e habilitados, tendo por objetivo agilizar os procedimentos relativos ao encaminhamento de crianças e adolescentes para a adoção. Sobre o cadastro asseveram Farias e Rosenvald (2014, p. 934):

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do poder judiciário.

O processo de cadastro do adotante se inicia com o preenchimento de ficha junto ao Serviço Social e a entrega de documentação específica estabelecida no artigo 197-C do ECA. Ainda, será realizado estudo psicossocial e Curso Preparatório Obrigatório, sendo necessário o parecer da equipe técnica e a manifestação do Ministério Público. Com isso, o juiz proferirá sentença deferindo ou não a inscrição no CUIDA.

Ademais, de acordo com o artigo 42 do ECA, para ser considerado compatível o pretendente com a criança e adolescente a ser adotado, além de ter cumprido o processo



de habilitação, é necessária diferença de, pelo menos, 16 (dezesseis) anos em relação ao adotado, não ser ascendente ou irmão do adotado o que advém do objetivo de criar uma família o mais similar possível à família natural.

Essas exigências advêm do desejo do legislador de proporcionar ao adotado uma família com as características mais próximas possíveis da família natural, neste sentido asseveram Cury; Silveira e Veronese (2018, p. 340):

Se partirmos do princípio de que a adoção visa sempre construir, para uma criança ou adolescente, uma família com todas as características psicossociais da família natural, podemos considerar o art. 45 e seus §§ como destinados a tornar o processo de adoção o mais 'natural' possível.

Assim, com a inscrição de ambos, adotante e adotado, no CUIDA, é gerada uma lista de pretendentes compatíveis. Após, é realizada uma entrevista com os pretendentes objetivando averiguar a estrutura familiar, além de possibilitar que a criança ou adolescente se encontre com os pretendentes antes do ingresso no processo de adoção.

Sobre o processo de adoção, Maciel (2018) esclarece que no polo ativo deverão figurar os adotantes e no polo passivo os pais biológicos, entretanto, caso os mesmos já estiverem destituídos do poder familiar, forem desconhecidos ou anuírem ao pedido, não haverá lide. Com isso, não há a instauração do contraditório, não podendo então se falar em processo, mas sim em procedimento de adoção de jurisdição voluntária.

Ato contínuo, é elaborado um estudo psicossocial, com o intuito de garantir os direitos da criança ou adolescente e, posteriormente, o Ministério Público deverá apresentar seu parecer favorável ou não à adoção.

Após o parecer favorável é dado início ao estágio de convivência. Tal momento ocorre anteriormente à decisão do magistrado e é considerado um período de adaptação e verificação da compatibilidade entre os envolvidos. Conforme preceitua o artigo 46 do ECA, esse período tem o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por igual intervalo. Entretanto, poderá ser dispensado quando o adotado já estiver sob tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para a construção do vínculo. Em se tratando de criança e adolescente entre 03 (três) e 18 (dezoito) anos o processo de aproximação deve ter duração mínima de 30 (trinta) dias, ocorrendo por meio de visitas, passeios e pernoites. Após é encaminhado um relatório ao Judiciário requerendo o início do processo de adoção.

Importa ressaltar que, respeitando o disposto no artigo 45, §2º do ECA, quando o adotado for maior de 12 anos, será necessário o seu consentimento para que haja o início do processo. Conforme esclarecem Farias e Rosendal (2014), a adoção é uma escolha recíproca entre as partes, tanto o adotante como o adotado se escolhem e se adotam. Não se tratando de um mecanismo de escolha de filhos por seus pretendentes, mas sim uma via de mão dupla.

A sentença é, em tese, a parte final do processo, é o momento em que o magistrado decidirá sobre a concessão ou não da adoção. Havendo a concessão é considerada de natureza constitutiva, vez que cria novo estado de filiação. Após o trânsito em julgado será determinada a expedição de mandado de cancelamento do registro civil original e a realização de novo. Conforme predisposto no artigo 47 e seus parágrafos do ECA.

Na mesma ótica aduz Dias (2017, p. 511) “adoção cria vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”. Ou seja, os direitos da criança ou do adolescente adotado serão o



mesmo existente em relação à família natural, não fazendo a legislação qualquer distinção entre os filhos biológicos e os adotados.

É importante ressaltar, em conformidade com o que dispõe o artigo 47, § 10º, que esse processo tem duração máxima de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis pelo mesmo período.

Dessa forma, o processo de adoção de crianças e adolescentes deve ser realizado com muito zelo pelo Estado, devendo, sempre que possível, ser priorizada a manutenção na família natural e respeitado o princípio do melhor interesse. Ademais, estabelece relação jurídica entre as partes ao constituir nova família que terá os mesmos direitos e deveres da família natural, uma vez que a adoção é ato irrevogável e incaducável.

### **1.3 Efeitos jurídicos da adoção**

A adoção visa a criação de um vínculo familiar o mais similar possível com uma família natural. Assim, o mesmo ocorre em relação aos efeitos gerados após a conclusão do processo. A criança ou adolescente adotado passa a ter todos os direitos do filho biológico, não fazendo a lei qualquer distinção. A respeito, Dias (2017) dispõe que a adoção dá ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o do vínculo com a família natural tanto no âmbito jurídico como no pessoal e patrimonial, abrindo exceção apenas aos impedimentos para casamento.

No tocante à nova família, estabelece-se uma condição de parentesco com todos os familiares do adotante, idênticos aos existentes em relação a um filho biológico. Atribui-se ao adotante o poder familiar e a obrigação de prestar alimentos. Também é conferido ao adotado o direito sucessório em relação ao patrimônio do adotante e o direito ao nome.

Dessa forma, mediante a efetivação da adoção pela sentença constitutiva, a criança ou adolescente passará a desfrutar dos mesmos direitos e deveres que possuía em relação a sua família natural, podendo ser vista como um negócio jurídico, uma vez que estabelece novos direitos e deveres a ambos os envolvidos, o que é salientado por Santos (2020, p. 33):

No Brasil, a adoção pode ser tida como um negócio jurídico no qual mediante uma sentença judicial constitutiva se promove uma pessoa a filho do adotante, e sem se importar com sua origem ou relação consanguínea o adotado passará a desfrutar de todos os deveres e direitos relacionados a filiação.

Em relação ao direito ao nome, conforme estabelece o artigo 47, §5º, do ECA, a sentença irá conferir ao adotado o nome de família do adotante, enquanto também atribui a possibilidade do adotante alterar o prenome da criança.

Ainda, conforme estabelece o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, e em consequência da adoção atribuir ao adotado os mesmos direitos de um filho biológico, os adotantes ficam obrigados a assistirem a criança ou adolescente até sua vida adulta, sendo seu direito pleitear alimentos quando cabível. Em contrapartida, o adotado também fica obrigado a prestar a mesma assistência aos pais na velhice.

O mesmo acontece em relação ao direito sucessório. O adotado, igual ao filho natural, será herdeiro necessário do adotante, logo, não poderá dispor da parte que lhe cabe em face do filho biológico, por exemplo.

Importa ressaltar, como a adoção é incaducável, a morte do adotante não importa no restabelecimento do vínculo familiar com a família biológica. Com isso, o adotado não possui qualquer vínculo em relação a sua família natural, não possuindo direito sucessório em relação aos bens a ela pertencentes.



Apesar do rompimento absoluto dos vínculos, o impedimento quanto ao matrimônio se mantém, como estabelece o artigo 41 do ECA. Sendo assim, independente da falta de informação em relação ao parentesco ou à idade em que a adoção se efetuou, é vedado o casamento entre irmãos ou genitores, mesmo que os últimos sejam destituídos do poder familiar, sejam estes da família natural ou da advinda da adoção.

Neste contexto, a adoção opera efeitos nas esferas pessoais e patrimoniais para ambas as partes, deixando claro pelo legislador que o adotado possui os mesmos direitos e deveres de um filho biológico. Outrossim, com exceção do impedimento ao matrimônio, a ligação com a família natural é totalmente rompida, não havendo nenhuma obrigação entre eles.

## 2 A MODALIDADE LEGAL DE ADOÇÃO *POST MORTEM*

A modalidade de adoção *post mortem* foi instituída no artigo 42, § 6,<sup>o</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente, e estabelece que será deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso processual, antes de prolatada a sentença.

Há que se ressaltar, que antes do advento da Constituição de 1988, tal modalidade não era aceita, o que gerava um sentimento de injustiça irreparável àqueles que já possuíam laços de afetividade e que com a morte do adotante ficavam impossibilitados de finalizar o curso processual, deixando, inclusive, de ter qualquer direito sucessório. Sobre o tema Maciel (2018, p.417) assevera:

A legislação anterior permitia a ocorrência, por vezes comum, de irreparável injustiça. Depois de estabelecidos profundos e irreversíveis laços de afetividade entre adotado e adotante, com a morte prematura deste último no curso do processo, ficava o “filho” desprovido não só do direito à sucessão, mas especialmente do reconhecimento judicial da filiação, já, de fato, efetivamente estabelecida, retornando ao anterior estado de abandono em que se encontrava.

Isto demonstra a evolução do entendimento legislativo que, anteriormente, não via a proibição desta modalidade de adoção como algo que feria o princípio do melhor interesse, mas que atualmente entende que, ao vetar a adoção *post mortem*, está retirando da criança ou adolescente direitos e os colocando, novamente, em uma situação de vulnerabilidade.

Entende-se por ‘inequívoca manifestação de vontade’ que o adotante tenha, por livre e espontânea vontade, ingressado com o processo de adoção antes do falecimento.

Conforme Dias (2017), tal necessidade advém do entendimento de que o óbito faz cessar a personalidade, não se podendo atribuir nenhum novo direito ao morto. O caso da adoção póstuma se faz em exceção, uma vez que o falecido já haveria demonstrado o seu intuito em vida, não devendo a morte prejudicar sua manifestação de vontade ou os interesses do adotado.

Outro fator que diferencia esta modalidade de adoção está em seus efeitos. Apesar de atribuir às partes os mesmos direitos que os da adoção tradicional, tais quais parentesco, poder familiar, nome, prestação de alimentos e direito sucessório, seu efeito é *ex tunc*, retroagindo à data do óbito do adotante, ou seja, nessa modalidade de adoção “se considera definitivamente materializado o parentesco civil não com o trânsito em julgado, mas a partir da data do óbito, portanto, com efeitos retroativos (*ex-tunc*)” (CUNHA; LÉPORE; ROSSATO, 2019, p.225-226).



A exigência da manifestação de vontade inequívoca, ou seja, do ingresso processual, advém da necessidade de se preservar a segurança jurídica e os direitos sucessórios. Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado que tratou de pedido de adoção póstuma sem que houvesse a efetiva demonstração da vontade do adotante, que não ingressou com o pleito antes do seu falecimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO PÓSTUMA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. MANTIDO O DEFERIMENTO PARCIAL, COM EFEITOS PROSPECTIVOS, TÃO SOMENTE PARA PARCELAMENTO DAS CUSTAS DE PREPARO AO FINAL DO APELO. ADOÇÃO *POST MORTEM*. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO CONDICIONADA À INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO ADOTANTE. ALEGADA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ASSISTÊNCIA MATERIAL E MORAL POR MAIS DE 30 ANOS. ATOS DE GENEROSIDADE E GRATIDÃO QUE NÃO SE CONFUNDEM COM O DESEJO DE ADOTAR. PROVA DOS AUTOS QUE PERMITE CONCLUIR QUE NÃO HOUE INTERESSE EM FORMALIZAR O PEDIDO. DECISÃO MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. POSSIBILIDADE. EXIGIBILIDADE SUSPENSA EM RAZÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA CONCEDIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação n. 0316777-07.2015.8.24.0005, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Stanley da Silva Braga, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 08-04- 2021).

Portanto, o pedido de adoção póstuma foi indeferido, decorrente da inexistência de comprovação do vínculo socioafetivo, em face de ausência da efetiva demonstração de vontade, tendo sido ressaltado, inclusive, que atos de generosidade e gratidão não se confundem com o desejo de adotar. Com isso, pode-se concluir que, legalmente, a modalidade de adoção *post mortem* só é deferida com o ingresso prévio no processo de adoção, mormente quando inexistente a demonstração do vínculo socioafetivo entre o adotante e o adotado.

### **3 A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *POST MORTEM* SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA**

A relação socioafetiva se pauta na afetividade. Para o direito, a filiação socioafetiva impõe a posse do estado de filho. Apesar da inexistência de vínculo biológico, ou até mesmo jurídico, as partes, entre eles e frente à sociedade como um todo, são vistas como pai e filho.

Sendo assim, o pilar da socioafetividade é o sentimento, sendo ele a base para a constituição de uma relação jurídica entre as partes. Sobre o tema, Dias (2017, p. 428):

A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. A afeição tem valor jurídico. Na medida que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção pater est. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto.

Dessa forma, apesar da inexistência de vínculo biológico, maternidade e paternidade são formadas por meio de amor e cuidado, obtendo-se assim a posse do



estado de filho. Ainda, em face do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a afeição deve ter maior peso jurídico.

Com isso, apesar do que dispõe a legislação, a adoção póstuma vem sendo entendida como possível pelos tribunais, mesmo quando não houve o ingresso prévio do adotante no processo legal. Tal fato, advém do entendimento da presença da socioafetividade, ou seja, do sentimento “de pai e filho” entre as partes. Não entendendo o Judiciário pela vedação do processo nesses casos.

Dessa forma, Dias (2017, p. 428) explica:

A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. A tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe. Os vínculos de paternidade fornecem grandes exemplos à teoria da aparência: *a paternidade se faz*, como diz Luiz Edson Fachin, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, *tem a natureza de se deixar construir*.

Ante o posto, o entendimento jurisprudencial pela concessão, em determinados casos, da adoção *post mortem* socioafetiva, tem por base tornar jurídica e legal uma situação de fato. Entretanto, essas decisões têm sido dispersas, não havendo ainda um entendimento consolidado a respeito, sendo necessária a realização de análise caso a caso.

No processo nº 10480070997402002, o Relator Belizário de Lacerda, em 15.02.2011, tratou do deferimento da adoção póstuma por meio de uma interpretação extensiva do disposto no artigo 42, § 6º, ECA, decidindo que a prova da efetiva vontade de adotar do falecido não advém somente do ingresso ao processo antes de seu falecimento, mas sim de provas documentais, vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA - ADOÇÃO “POST MORTEM” – PROVA INEQUÍVOCA - POSSIBILIDADE - - A adoção póstuma somente pode se consumir em favor do adotando na medida em que haja sido ajuizada a respectiva ação ou quando houver em interpretação extensiva do art. 42 § 6º ECA, **início de prova documental que revele o inequívoco propósito dos falecidos adotantes em acolher a adotada como filha**.- Constada a vontade inequívoca dos falecidos em adotar a apelada como filha ainda em vida, incensurável é decisão que julga procedente a ação “*post mortem*” (TJ-MG - AC: 10480070997402002 Patos de Minas, Relator: Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 15/02/2011, Câmaras Cíveis Isoladas. 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 18/03/2011) (grifou-se).

Dessa forma, apesar da ausência de ingresso no processo e, legalmente, da demonstração da efetiva vontade de adotar, o julgador entendeu que as diversas provas documentais suprimam a necessidade do pleito ser realizado diretamente pelo adotante.

Já no processo nº 05093132220148050001, a Relatora Rosita Falcão de Almeida Maia, em 07.05.2016, indeferiu pleito pela não comprovação do vínculo entre os supostos adotantes e o adotado. Apesar de indeferido, constata-se no julgado a possibilidade de concessão da adoção com base na comprovação da socioafetividade, mesmo que ausente o pressuposto legal de ter o adotante ingressado com a ação em vida, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA E INEQUÍVOCA DO DE CUJUS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. Inequívoca a possibilidade de adoção póstuma, desde que exista expressa manifestação de vontade do adotante, mesmo que este venha a falecer no curso do procedimento, antes de



prolatada a sentença. **Vale ressaltar, contudo, que a jurisprudência vem firmando entendimento de que, presente a manifestação de vontade expressa e inequívoca da vontade de adotar, pode ser reconhecida a adoção socioafetiva póstuma, ainda que não haja prévio procedimento de adoção.** Ausentes os requisitos imprescindíveis a amparar a pretensão autoral: vontade clara e inequívoca do de cujus, ao despendar expressões de afeto, de ser reconhecido como pai do apelante bem como configuração da denominada pose de estado de filho, de rigor a improcedência do pedido. Apelação improvida. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0509313-22.2014.8.05.0001, Relator (a): Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 07/05/2016) (TJ-BA - APL: 05093132220148050001, Relator: Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 07/05/2016) (grifou-se).

No processo nº 03065559020088090021, o Relator Desembargador Amaral Wilson de Oliveira, em 10.05.2016, asseverou que a vontade de adotar foi demonstrada através de documentos e testemunhos que comprovavam que os falecidos tinham a posse do estado de filha com a adotada e, ainda, após a concessão, no julgado são demonstrados os efeitos que o deferimento da adoção gera para os herdeiros, ressaltando-se que o efeito do procedimento é *ex tunc*, ou seja, retroage até a data do falecimento das partes, logo, os bens que foram transmitidos em vida pelos adotantes não são afetados pela decisão havendo, todavia, direito sucessório :

DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO ADOTIVA PÓSTUMA C/C NULIDADE DE DOAÇÃO E PARTICIPAÇÃO NA HERANÇA (SOBREPARTILHA). PRIMEIRO APELO. REQUISITOS ESSENCIAIS À VIABILIDADE DA PRETENSÃO À ADOÇÃO *POST MORTEM* EXISTENTES. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL INEQUÍVOCAS QUANTO A PROVA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO FALECIDO E SUA ESPOSA EM PROMOVER A ADOÇÃO DA AUTORA. ÔNUS PROBATÓRIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. **Os requisitos para o deferimento da adoção póstuma/reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* são a inequívoca manifestação do adotante de adotar e o falecimento deste no curso do processo de adoção, ou a prova concreta do inequívoco propósito de adotar.** II - **No caso dos autos, constatada a vontade inequívoca do falecido e sua esposa em adotar a autora como filha, diante da prova documental e testemunhal produzida nos autos, que demonstram que os adotantes cuidavam e tratavam a apelada como filha, incensurável é decisão que julga procedente a adoção *post mortem*.** III - Tendo a autora/apelada se desincumbindo do ônus probatório que lhe incumbia, pois **além de evidente o amor e afeto que lhe foram dispensados por parte do falecido e sua esposa, ainda há elementos de prova segura nos autos da intenção do casal em adotá-la.** Lado outro, importante registrar que os apelantes não se desincumbiram de desconstituir a prova testemunhal produzida em juízo, conforme ônus processual previsto no artigo 333, inciso II, do CPC, pelo que a manutenção da sentença de origem, nesse ponto, é medida impositiva. IV - SEGUNDO APELO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INOFICIOSIDADE DAS DOAÇÕES REALIZADAS EM VIDA PELO FALECIDO PAI AFETIVO E SUA ESPOSA AOS SEUS HERDEIROS NECESSÁRIOS. TRANSMISSÃO DAS PROPRIEDADES POR ATO INTER VIVOS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. A transmissão das propriedades questionadas decorreu de ato inter vivos e não causa mortis, consolidando-se em favor dos herdeiros necessários então conhecidos, inexistindo, pois, ofensa à legítima em decorrência de doação inoficiosa, porquanto estavam presentes as condições no momento da liberalidade, como decorre do art. 1.176 do Código Civil 1916 e art. 549 do CC/2002, em vigor, respectivamente, na data dos atos impugnados. V- EFEITOS DA ADOÇÃO EM RELAÇÃO AOS ADOTANTES E OS ATOS POR ELE PRATICADOS. VALIDADE



DAS DOAÇÕES. É válida a doação realizada pelo de cujus/adotante, pois efetivada antes de sua morte, de modo que a declaração da presente adoção, em relação ao falecido adotante, gerará efeitos ex tunc a contar de seu falecimento, atingindo apenas os bens que ele tinha propriedade quando do seu óbito. De igual forma, não há se falar em nulidade das doações realizadas pela adotante, pois, quanto à ela, os efeitos da adoção ostentam caráter ex nunc, a partir do trânsito em julgado da sentença, dado ao caráter constitutivo da sentença. VI - PEDIDO DE PARTICIPAÇÃO NA HERANÇA (SOBREPARTILHA) EM RELAÇÃO AO BENS DEIXADOS PELO DE CUJUS. PARTILHA HOMOLOGADA ANTERIORMENTE AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO. MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AÇÃO PERTINENTE. Embora a consequência natural do reconhecimento de filiação afetiva seja permitir a apelante que participe da partilha, esta já foi realizada amigavelmente e devidamente homologada - arrolamento sumário - devendo, pois, ingressar com a ação pertinente para sua desconstituição. VII - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. Absolutamente descabido submeter-se a sentença recorrida ao rito do cumprimento de sentença previsto no artigo 475-J do CPC/73, em face dos coerdeiros, haja vista que o édito sentencial apenas reconhece o direito sucessório da apelante em relação aos bens do falecido pai, não impondo aos coerdeiros a obrigação de pagar quantia certa a recorrente, relativamente ao quinhão que lhe tocava quando da partilha realizada no arrolamento sumário. VIII - OFENSA A LEGÍTIMA. INEXISTÊNCIA. **Tendo que a condição da demandante de filha do de cujus somente foi reconhecida em data recente, nesta demanda, não há que se falar em ofensa a uma legítima que, à época, sequer se cogitava existir.** APELAÇÕES CIVEIS CONHECIDAS E DESPROVIDAS (TJ-GO - AC: 03065559020088090021, Relator: DES. AMARAL WILSON DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 10/05/2016, 2A CAMARA CIVEL, Data de Publicação: DJ 2031 de 19/05/2016) (grifou-se).

Dessa forma, houve a comprovação da inequívoca vontade de adotar dos adotantes através de provas documentais e testemunhais que demonstraram a existência de uma relação de amor e afeto, além da posse do estado de filho em relação à adotada. Ao deferir o pleito, foi estabelecido que a adoção retroagiria à data da morte das partes, conforme estabelece a legislação. Assim, os atos de transferência realizados em vida não ofendem o direito da adotada, visto que a mesma só passou a ser juridicamente filha após a morte dos pais, não obstante, reconhecendo-se o direito sucessório.

Em sede do Recurso Especial nº 1593656, o Relator Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Villas Bôas Cueva em 09.08.2016, entendeu, da mesma forma que os julgados anteriores, pela possibilidade do deferimento da adoção póstuma mesmo quando não houve o ingresso pelo adotante com o procedimento judicial, devendo apenas ser comprovada a inequívoca vontade das partes, em outras palavras, adoção *post mortem* socioafetiva:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA. ARTS. 33, § 2º, E 35 DO ECA. INSTITUTO AUTÔNOMO. ASSISTÊNCIA DEVIDA. ADOÇÃO *POST MORTEM*. INEQUÍVOCA VONTADE. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A guarda é considerada a modalidade mais simples de colocação da criança em família substituta, podendo atender a situações peculiares, temporárias ou mesmo suprir a falta eventual dos pais ou do responsável, o que não se confunde, necessariamente, com uma medida de preparação para futura adoção. 2. Há uma escala ascendente de intensidade na colocação em família substituta em relação à guarda, à tutela e à adoção, institutos específicos para tratar de situações diversas. 3. O bom exercício do múnus assumido em decorrência da guarda de uma criança, devidamente assistido material, moral e educacionalmente, não se



confunde com a assunção da plena filiação, objeto de procedimento próprio de adoção, sob pena de não se justificar a existência do instituto autônomo. 4. **É possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto, desde que presente a inequívoca vontade para tanto.** 5. **Rever as conclusões do Tribunal de origem que afastou os requisitos para a configuração da adoção por ausência do vínculo de filiação encontra óbice formal no teor da Súmula nº 7/STJ.** 6. Recurso

especial não provido (STJ - REsp: 1593656 RJ 2015/0144756-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 09/08/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/08/2016). (grifou-se)

Outrossim, no processo nº 100001906486775001, o Relator Lailson Braga Baeta Neves, em 11.08.2019, além de reconhecer o vínculo, aduziu que a adoção não gera efeitos apenas para fins patrimoniais, mas também de ordem pessoal, visto que autoriza a ratificação do registro civil atribuindo ao filho adotado os mesmos direitos dos filhos biológicos:

**ADOÇÃO DE MAIOR POST MORTEM - ANUÊNCIA DOS HERDEIROS DIRETOS - VÍNCULO COMPROVADO - POSSIBILIDADE - PRECEITO DO ART. 42, § 6º DO ECA - RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL - LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA VINCULADA AO FGTS - DESNECESSIDADE DE INVENTÁRIO - INTELIGÊNCIA DO ART. 666, DO CPC/15. 1 - É possível a adoção póstuma, nos moldes do art. 42, § 6º, da Lei Federal 8.069/90, quando esta expressar a inequívoca vontade do de cujus, que, em vida, manteve com a adotada relação afetiva, reconhecendo-o como se seu filho fosse, notadamente nos casos em que este encontra-se plenamente integrado ao núcleo familiar. 2 - O reconhecimento do vínculo é cabível tanto para fins pessoais, como a inserção do nome da adotante no registro civil, como para efeitos patrimoniais.** 3- As restrições previstas no art. 2º, da Lei Federal nº 6.585/80 foram derogadas com a entrada em vigor do novo CPC que em seu art. 666 previu expressamente a possibilidade de levantamento dos valores provenientes de saldo do FGTS independentemente de inventário ou arrolamento, mediante alvará judicial (TJ-MG - AC: 10000190648675001 MG, Relator: Lailson Braga Baeta Neves (JD Convocado), Data de Julgamento: 11/08/0019, Data de Publicação: 19/08/2019).

Do mesmo modo, no processo nº 03010079720158240061, a Relatora Bettina Maria Maresch de Moura reconheceu o dilatamento da previsão legal estabelecida no artigo 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para abranger os casos ausentes do ingresso processual, mas quando comprovada a afetividade, seja por prova documental ou processual:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO POST MORTEM. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO COM O PADRASTO, A POSSIBILITAR A MEDIDA. INSUBSISTÊNCIA. ZELO E ASSISTÊNCIA MATERIAL, MORAL E EDUCACIONAL QUE NÃO ENSEJAM A INTENÇÃO DE ADOÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA INTENÇÃO DE RECONHECER A AUTORA, COMO FILHA ADOTIVA. DECISÃO MANTIDA. A adoção póstuma é possível, desde que comprovada a inequívoca vontade do falecido, em ter a postulante como filha, bem como a impossibilidade de fazê-lo em vida. A ausência de provas cabais desta pretensão, conduz à improcedência do pleito. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0301007- 97.2015.8.24.0061, de São Francisco do Sul,**



rel. Bettina Maria Maresch de Moura, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 04-06-2020) (grifou-se).

Em suma, os Tribunais vem entendendo pela interpretação extensiva do dispositivo legal que prevê a adoção póstuma, com o intuito de abranger, não apenas os casos em que o adotante ingressou com o processo de adoção judicialmente antes do falecimento, mas, também, os casos em que está presente a socioafetividade ou o sentimento de amor e posse do estado de filho e, por meios desses, a inequívoca vontade de adotar.

Tal interpretação garante os direitos do adotado não apenas na esfera pessoal, mas, também, patrimonial. Assim como legaliza uma situação de fato, uma vez que as partes já se tinham como pais e filhos e o reconhecimento apenas proporciona que tenham os direitos a eles determinados por lei.

Com isso, aquele que obtém a filiação através do processo de adoção *post mortem* socioafetivo é detentor dos mesmos direitos e deveres de qualquer filho natural, tanto na esfera civil quando na patrimonial, havendo efeito *ex tunc* para retroagir à data do falecimento do adotante e, portanto, não atingido atos realizados por ele em vida. Ainda, como em qualquer adoção, prevalecem as vedações em relação ao matrimônio e não são restabelecidos os laços com a família natural do adotado em decorrência da morte do adotante.

## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa advém de uma curiosidade em esclarecer as possibilidades reais da adoção *post mortem* autorizadas pelos tribunais brasileiros na atualidade. Ainda, carece de aprofundamento teórico uma vez que se trata de matéria nova e com pouco estudo sobre o tema.

Para isso utilizou-se uma pesquisa com abordagem qualitativa. Servilha e Mezarob (2019) esclarecem que apesar de, na abordagem qualitativa, preponderar o exame rigoroso da natureza, alcance e das interpretações possíveis do objeto de estudo, também pode incluir um conteúdo descritivo e abordar dados quantitativos e (re)interpretá-los de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas. A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, com análise das referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet dentre outros meios de comunicação pertinentes. Sobre o tema Marconi e Lakatos (2017, p. 31):

A bibliográfica é realizada com base em fontes disponíveis, como documentos impressos, artigos científicos, livros, teses, dissertações, mas não podemos esquecer que toda pesquisa implica o levantamento de dados de variadas fontes, quaisquer que sejam os métodos ou técnicas empregadas. Os dois processos pelos quais se podem obter os dados são a documentação direta e a indireta.

A pesquisa é documental, ao acrescentar documentos jurídicos que, segundo Marconi e Lakatos (2017, p.17), “consiste em um conjunto de operações que visam representar o conteúdo de um documento de forma diferente; trabalha com documentos e se faz, principalmente, por classificações-indexação”. Entende-se que os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrarem a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste.



O método, como forma de explicitar a verdade, busca na dedução a possibilidade constatar “parte de teorias e leis para predizer a ocorrência dos fenômenos particulares” (MARCONI e LAKATOS, 2017). O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo atingiu seu principal objetivo ao, por intermédio de estudo jurisprudencial, verificar a possibilidade da adoção *post mortem* socioafetiva sem o ingresso prévio do adotante no processo judicial.

Foi possível perceber que a adoção é uma medida excepcional, que deve ser considerada após esgotadas todas as formas de manter a criança ou adolescente em sua família natural ou extensa. Ainda, que o processo para destituição do poder familiar e, seguidamente, a habilitação da criança ou adolescente para adoção é complexo, havendo extrema cautela do Estado.

O mesmo vale para o cadastro dos adotantes, que devem cumprir uma série de requisitos para que possam ser considerados habilitados. Todos esses fatores necessários para observar o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Outrossim, finalizado o procedimento da adoção, ao adotado serão atribuídas as mesmas condições de filho biológico, tendo o procedimento efeitos tanto no âmbito pessoal, como o estabelecimento do parentesco civil, a atribuição do poder familiar e o direito ao nome, como de efeito patrimonial, com o direito à prestação de alimentos e herança, sendo apenas mantida a vedação quanto ao matrimônio.

O principal aspecto estudado foi a adoção póstuma. A morte extingue os direitos civis, o estabelecimento de parentesco após, na forma da Lei se torna impossível. A legislação atual permite esta modalidade de adoção apenas quando há o ingresso pelo adotante de processo antes de sua morte, uma vez que tal fato é considerado como a demonstração da inequívoca vontade de adotar. Finda a adoção póstuma, iniciada pelo falecido, os efeitos são os mesmos da adoção tradicional, entretanto, a sentença constitutiva tem efeito retroativo até a data do falecimento do adotante.

Outrossim, ao realizar a análise da jurisprudência foi possível compreender um dilatamento da previsão legal para abranger os casos em que o adotante não ingressou judicialmente no processo de adoção antes de sua morte. Tal fato advém do entendimento do legislador pela observação do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, sendo, nesses casos, a inequívoca vontade de adotar demonstrada por meio da presença da socioafetividade, comprovada através de fotos, testemunhas, convites de casamento e formatura, entre outros. Dessa forma, a interpretação extensiva do dispositivo legal garante a preservação dos direitos das partes e a possibilidade de tornar jurídica a situação de fato ao autorizar a adoção *post mortem* socioafetiva.

Esta pesquisa merece novas investigações pelos estudantes e sociedade em geral, uma vez que a adoção reflete em diversos aspectos sociais e jurídicos. Ainda, pelo direito de família estar em constante mutação, além do tema estudado ser novo, não foi possível abranger todos os casos e hipóteses a ele cabíveis, portanto, a continuação do estudo é imprescindível para a melhor compreensão do tema.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 julho de 1990.** 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: 20 out. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação cível nº 05093132220148050001.** Apelante: Ademir de Jesus Silva. Apelado: Valdete Costa e Souza. Relator: Rosita Falcão de Almeida Maia. Salvador, 07 de maio de 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação cível nº 03065559020088090021.** Apelante: Adelia Moraes Goulart. Apelado: Marcia Helena Borges Miranda. Relator: Amaral Wilson de Oliveira. Goiânia, 10 de maio de 2016

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível nº 10000190648675001.** Relator: Lailson Braga Baeta Neves. Minas Gerais, 19 de agosto de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível nº 10480070997402002.** Apelante: Josiel Roquete de Melo. Apelada: Maria Clara Alves Pereira Almeida. Relator: Belizário de Lacerda. Patos de Minas, 15 de fevereiro 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1593656.** Recorrente: L I D A S. Recorrido: C G B. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível nº 0301007-97.2015.8.24.0061.** Relator: Bettina Maria Maresch de Moura. São Francisco do Sul, 04 de junho de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível nº 0316777-07.2015.8.24.0005.** Apelante: Olga Zimmermann Apelada: Arlete Arenéia de Souza Rodrigues, Fernando de Souza, Guilhermina Porfírio. Relator: Stanley da Silva Braga. Santa Catarina, abril. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2019. 750 p.

CURY, Munir; SILVEIRA, Mayara; VERONESE, Josiane Rose. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2018. 1.592 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 798 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias.** Salvador: JusPODIVM, 2014. 968 p.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva Jur, 2018. 1.331 p.



MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**, 8ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012408/recent>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SANTOS, Marcos Vinícius Souza dos. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem e os efeitos sucessórios decorrentes**: uma análise do termo inicial da prescrição na ação de petição de herança. Centro Universitário – UNDB, 2020. Disponível em: <http://repositorio.undb.edu.br/bitstream/areas/370/1/MARCOS%20VINICIUS%20SOU%20SA%20DOS%20SANTOS.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

SERVILHA, Claudia; MEZZAROBÀ, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611560/pageid/130>. Acesso em: 25 nov. 2021.