

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST

CURSO DE DIREITO

# EXEQUATUR

Revista Jurídica

---

ANO XVIII - NÚMERO 32 - JAN/JUN 2020 - CIRCULAÇÃO NACIONAL

---

ISSN: 1806-8723



PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CURSO DE DIREITO DA UNIFACVEST



# EXEQUATUR

REVISTA JURÍDICA

Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest  
Lages/SC

Ano XVIII - Nº 32, Lages: UNIFACVEST - jan/jun 2020

**EXEQUATUR - ISSN 1806-8723**

**EXEQUATUR - Revista Jurídica do Centro Universitário  
UNIFACVEST - Lages: Papervest Editora, nº 32, janeiro a  
junho de 2020, 208p.**

Circulação Nacional

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST

Mantenedora: Sociedade de Educação Nossa Senhora Auxiliadora

Publicação da Papervest Editora

Av. Marechal Floriano, 947 - Cep: 88.503-190 - Fone: (49)3225-4114 - Lages / SC

www.unifacvest.edu.br

EXEQUATUR - REVISTA JURÍDICA

Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest – Lages/SC

**Editores** - Renato Rodrigues (Presidente) e Arceloni Neusa Volpato

**Conselho Editorial e Científico - Doutores**

Alceu Pinto da Luz (Brasil)

Alejandro Villalobos Clavería (Chile)

Alexandre Teixeira (Uruguay)

Andreia de Bem Machado (Brasil)

Camilla Volpato Broering (Brasil)

Doris Dukova (Colombia)

Eduard Marquardt (Brasil)

Fabio Eduardo Grunenwald Soares (Brasil)

Gustavo Capobianco Volaco (Brasil)

José Endoença Martins (Brasil)

José Ricardo Mariano (Brasil)

Juan Martin Ceballos Almeraya (México)

Juscelino Francisco do Nascimento (Brasil)

Lourival Andrade Junior (Brasil)

Luis Miguel Cardoso (Portugal)

Ramon Hernandez de Jesus (Venezuela)

Rita Borges (Brasil)

Soeli Staub Zembruski (Brasil)

**Revisão de Artigos** - Henrique Vicente de Bitencourt; Natalina Santos Da Silva;  
Pamela Silva Branco

**Diagramação** - Marcelo Antonio Marim

**Curso de Direito - Unifacvest**

**Coordenadora** - Caroline Ribeiro Bianchini

---

EXEQUATUR, Revista Jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST. Ano XVIII, nº 32, Lages: Papervest Editora – janeiro a junho de 2020. 208p.

Semestral

ISSN 1806-8723

1. Direito 2. Periódicos

I. Título

---

# **CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST**

## **Reitor**

Geovani Broering

## **Pró-reitora Administrativa**

Soraya Lemos Erpen Broering

## **Pró-reitor de Pesquisa e Extensão**

Renato Rodrigues

## **Pró-reitor Acadêmico**

Roberto Lopes da Fonseca



## APRESENTAÇÃO

O curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest orgulha-se em dar continuidade a publicação da Revista Exequatur, oportunizando que professores, acadêmicos, egressos e colaboradores da instituição possam apresentar resultados relevantes de pesquisa. Dessa forma, proporciona uma colaboração com a formação de uma cultura científica sólida.

Esta revista é fruto do envolvimento dos acadêmicos e professores nas atividades de pesquisa e extensão do curso, consolidando-se como um meio de veiculação e divulgação de investigações científicas e reflexões sobre os mais diversos temas jurídicos.

Dessa forma, a revista Exequatur se propõe a divulgar publicações científicas de cunho crítico, contemplando debates acerca dos mais diversos assuntos jurídicos em evidência nas discussões acadêmicas.

As publicações são de extrema relevância para a sociedade, uma vez que os temas e as discussões publicadas são disponibilizadas, proporcionando reflexões acerca dos resultados veiculados.

CAROLINE RIBEIRO BIANCHINI  
Coordenadora do Curso de Direito da UNIFACVEST



## SUMÁRIO

### **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CRIME AMBIENTAL**

Adevilson Sangaletti; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Carlos Albano V. de Castilho; Igor Muzeka.....01

### **“PUXADINHO”. DIREITO REAL DE LAJE E A REGULAMENTAÇÃO DA MORADIA**

Fábio Tabora Machado; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Ademar de Souza Mendes; Dagmar Dengo.....14

### **OBRIGAÇÃO ALIMENTAR RECÍPROCA ENTRE PAIS E FILHOS**

Nathalia da Silva Costa; Caroline Ribeiro Bianchini; Cassandro Albino Davenz; Dagmar Dengo.....31

### **DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL FRENTE AOS PROJETOS DE LEIS N<sup>os</sup>. 3.176/2019 E 2.839/2019 (LEI TATIANE)**

Suzine Marina Oliveira Tabora Machado; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Fabiany Luciano; Tatiana Zanghelini Ribeiro; Ademar de Souza Mendes.....41

### **CRIME CIBERNÉTICO DE DISCRIMINAÇÃO POR PROCEDÊNCIA NACIONAL: MÁCULA DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS**

Anderson Pereira de Freitas; Joel Saueressig; Ademar de Souza Mendes; Eduardo Henrique Bondarczuk.....57

### **EFICIÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: REINTEGRAÇÃO SOCIAL**

Jean Pierre Souza Alves; Joel Saueressig; Erika Tavares Amaral Rebelo de Matos; Laura Maria Bertoti Kuster.....80

### **A DESJUDICIALIZAÇÃO E A CELERIDADE DOS ATOS REALIZADOS PELAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COM ÊNFASE NA LEI 11.441/2007**

Felipe Lourenço Moura de Lima; Caroline Ribeiro Bianchini; Iria Catarina Queiroz Baptista; Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues.....94

### **A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA FORENSE EM CASOS CRIMINAIS: A CORRELAÇÃO ENTRE A PSICOPATIA E ASSASSINOS EM SÉRIE**

Gabriela Freitas de Oliveira; Rejane Dutra Bergamaschi; Grazielle Ferreira da Silva Floriani; Darlan Nardi.....110

### **O DIREITO DE FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE - UM ESTUDO SOBRE A PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA**

Grazielle Ferreira da Silva Floriani; Maria Aparecida Leite Holthausen da Silva; Rejane Dutra Bergamaschi; Rafael Rodrigues Schmitt; Leani Budde.....122

### **CONCEPÇÕES DE INFÂNCIA E PSICODIAGNÓSTICO À LUZ DA GESTALT: INTERVENÇÕES EM CASOS DE DISLEXIA**

Maikon Rodrigo Gonçalves; Grazielle Ferreira da Silva Floriani; Maria Aparecida Leite

Holthausen da Silva; Dilmar Ribeiro Pereira.....137

**JUIZ DE GARANTIAS: A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Flavia Sanna Leal Meirelles; Iria Catarina Queiroz Baptista; Maria Aparecida Leite Holthausen da Silva.....153

**O DEBATE ENTRE O DELEGADO E O JUIZ: UMA ANÁLISE DO DEBATE ENTRE FABIANO CONTARATO E SERGIO MORO A LUZ DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS**

Milena Dalla Bernardina; Carlos Albano V. de Castilho; Cassandro Albino Devenz; Laura Maria Bertoti; Igor Muzeka.....168

**APLICABILIDADE DO CDC FRENTE AS CLÁUSULAS ABUSIVAS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO**

Darlan Nardi; Carlos Albano Volkmer de Castilho; Dagmar Dengo; Flavia Sanna Leal Meirelles.....182

**IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Igor Muzeka; Dagmar Dengo; Leani Budde.....195

**NORMAS PARA COLABORADORES.....208**

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CRIME AMBIENTAL**

Adevilson Sangaletti<sup>1</sup>  
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi<sup>2</sup>  
Carlos Albano V. de Castilho<sup>3</sup>  
Igor Muzeka<sup>4</sup>

### **RESUMO**

O tema do pré-projeto visa sobre a evolução histórica do meio ambiente, seus tipos, formas e estados. Tem seu conceito e pareceres doutrinários. Caso não haja conscientização dos seres humanos, os danos causados hoje, no futuro podem ser irreparáveis. A modernidade e a tecnologia são essenciais, mas se não forem usadas de forma correta, seus efeitos podem ser irreversíveis ao meio ambiente. Todos têm os devidos direitos ao decorrido tema, sendo uma segurança constitucional e está previsto no artigo 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988. Impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as atuais e futuras gerações. Para aqueles que de alguma forma não respeitarem ou usufruírem de maneira adequada, medidas burocráticas serão aplicadas aos infratores.

Palavras chave: Conscientização. Meio Ambiente. Seres Humanos.

### **ABSTRACT**

The topic of this essay is focused on the environment's historical evolution, its type, methods and conditions. It has concept and doctrinal opinions. If there isn't awareness of human beings, the damage done today, can be irreparable in the future. Modernity and technology are essentials, but if it is not used right, their effects can be irreparable. Everyone has rights about the theme, is a constitutional right and is provided on the article 225 of the 1988 Brazilian Federal Constitution. Imposing on the Public Power, the collectivity and right to defend it, for the present and future generations. For those who in some way do not respect or enjoy properly, bureaucratic measures will be applied to offenders.

Key word: Right. Environment. Human beings.

---

<sup>1</sup> Acadêmico da 10<sup>a</sup> fase do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Prof. Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

<sup>3</sup> Professor do Centro Universitário Unifacvest.

<sup>4</sup> Professor do Centro Universitário Unifacvest.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho apresenta como tema: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CRIME AMBIENTAL.

A grande preocupação e motivação ao escrever sobre esse tema é, a falta de conscientização dos seres humanos e a escassez de fiscalização do Estado, responsável por tutelar o meio ambiente, podendo gerar danos irreparáveis para as gerações futuras.

Tem uma relevância voltada para todo e qualquer cidadão que por algum motivo comete alguma infração ou até mesmo crime ambiental. Aborda sua evolução histórica ao longo dos séculos e os seus conceitos.

Ressalta a importância que cada cidadão tem de cuidar e proteger nosso ecossistema. As ações tomadas hoje, interferem completamente no nosso futuro.

O objetivo geral é demonstrar suas formas e quais os tipos de meio ambiente, cada qual em seu estado, o conceito aos olhos da ciência e sua evolução histórica ao decorrer dos séculos.

Já o objetivo específico visa descrever de qual maneira todos são, de certa forma, responsáveis por tudo que irá se refletir futuramente, demonstrando quais são os efeitos de cada ato realizado hoje. Não compete somente aos órgãos fiscalizadores e sim ao cidadão fazer sua parte para a preservação, e bons cuidados do meio onde vivemos.

Definição dos quatro tipos de meio ambiente e suas diferenças entre, pois ao final tudo que nos rodeia faz parte do ecossistema, só está em sua forma ou estado diferente.

Justifica-se a escolha do presente tema “Responsabilidade Civil do Estado por Crime Ambiental”, tendo em vista que todos os cidadãos possuem direito ao meio ambiente e o uso comum dele para uma sadia qualidade de vida.

Na primeira seção será feita uma breve abordagem da evolução histórica ao longo dos séculos, na sequência discorrendo sobre o conceito e definição de meio ambiente com suas formas e tipos.

Na seção seguinte irá ser abordado a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA) que é responsável pelos ensinamentos de preservação ambiental, sendo um dever do poder público elenca-la. Irá ser discutido a respeito do princípio da prevenção e o princípio do poluidor pagador.

Na terceira seção trata a respeito da responsabilidade civil, quando houver alguma irregularidade, trazendo as punições aplicadas ao infrator.

A última seção traz a respeito da responsabilidade civil do Estado por dano ambiental e a sua omissão na fiscalização, conceituando a previsão legal e excludentes de ilicitude. E por fim, um conceito breve de reparação e recuperação ambiental.

É debatido acerca do princípio Constitucional que está previsto no artigo 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988, onde retrata que todo e qualquer cidadão tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para poder alcançar os objetivos deste trabalho, foi efetuada uma pesquisa bibliográfica descritiva a respeito do tema: responsabilidade civil do estado por crime ambiental. O trabalho foi realizado através de pesquisas em livros e por meio eletrônico e/ou digital.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MEIO AMBIENTE AO LONGO DOS SÉCULOS

Segundo artigo publicado por MASSI, (2011, s.p, grifo nosso) “**O meio ambiente e a evolução normativa no cenário histórico mundial.**” Os primeiros homens a habitar a terra contavam com um planeta ainda “cru” e em construção, usufruíam de uma abundante fonte de recursos naturais para sobrevivência, sendo assim, tornava-se irrisório a exploração ao meio ambiente.

Foi no século XVIII com a Revolução Industrial que o homem passou a explorar bruscamente o meio ambiente, já que grande parte da população deixou de viver no campo e foi para as cidades, onde não havia estrutura e condições para acomodar o grande número de pessoas que lá se encontravam.

As cidades foram crescendo de forma completamente caótica por se expandirem com tanto desequilíbrio e seus efeitos se acarretaram pelo século XX até o início do século XXI quando, além do prejuízo econômico, ainda houve a perda de vidas humanas por desordem entre a natureza e o homem, apesar do conhecimento e de existirem normas jurídicas que regulamentam tais questões.

Guilherme José Purvin de Figueiredo (2005, p.41), menciona que:

[...] a transformação da natureza pelo homem é bastante intensa e “raramente orientou-se no sentido de favorecer a esse equilíbrio ecológico dinâmico”. Até porque, é o ser humano a espécie que tem consciência de sua existência e, ao aprender, de acordo com suas necessidades, a dominar os instrumentos fornecidos, extrapolou os limites impostos naturalmente, na incessante busca para saciar seus caprichos e desejos, que se refinam constantemente. Em uma visão antropocêntrica, o ser humano acredita estar a água, a terra, o ar, a fauna e a flora sujeitos a sua livre exploração [...]

Nesse sentido, o ser humano acredita ser o dono do mundo, com a tecnologia dos tempos atuais pode-se dizer que existe pouca coisa que não pode ser produzida pelo homem, tudo favorece e facilita, independente da área.

Com o avanço tecnológico o ser humano sente-se capaz de realizar tudo que tiver em mente, não importando se seus atos podem ou não danificar o sistema ecológico. Mesmo assim, existem processos naturais que somente a natureza é capaz de fazer, como por exemplo o processo que as folhas das árvores fazem com o dióxido de carbono e a água, ou até mesmo a fotossíntese.

Ao invés de preservar o meio ambiente, o cenário é inverso, destruição em florestas, poluição do ar, água e solo. Adianta ter um planeta rico em tecnologia e modernidade se ele não for habitável? Os prédios ou a modernidade valem mais do que as árvores?

Para Sirvinskas (2019, s.p),o aumento da preocupação ambiental e sua regulamentação ocorreram:

Somente no curso do derradeiro pós-guerra, as pessoas acordaram e passaram a levantar a bandeira protetiva ao meio ambiente, pois é dele que o homem tira seu sustento para sua sobrevivência. O futuro da humanidade está intimamente ligado à preservação do meio em que vivemos.

Logo, o autor, trouxe a ideologia que somente após o pós-guerra que a sociedade acordou e abriu os olhos, de que caso não for preservado o meio ambiente a humanidade estaria se auto destruindo, todos dependem de um planeta saudável para sobrevivência.

A ideia de organizar um encontro mundial para discutir os problemas ambientais se consolidou no final da década de 60 e início da década 70 com a conferência de Estocolmo- 72. Desde então, causou mobilização mundial da população em prol da preservação do meio ambiente, para que os métodos naturais e as condições necessárias de vida fossem mantidas e não houvesse escassez de riquezas, já que, a demanda era intensa.

### 3 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

O significado de meio ambiente é muito amplo e tem uma grande quantidade de conceituação para esse fenômeno denominado meio ambiente. É um conjunto repleto de unidades ecológicas e tem um sistema natural, ou seja, flora, fauna, solos, rochas, animais, vegetação e microrganismos.

Corroborando Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p.70) define da seguinte maneira:

[...] o meio ambiente corresponde a uma interação de tudo que, situado nesse espaço, é essencial para a vida com qualidade em todas as suas formas. Logo, a proteção do meio ambiente compreende a tutela de um meio biótico (todos os seres vivos) e outro abiótico (não vivo), porque é dessa interação, entre as diversas formas de cada meio, que resultam a proteção, o abrigo e a regência de todas as formas de vida [...]

Logo, o meio ambiente é tudo que nos cerca, é um ambiente que algo ou alguém está inserido, árvores, animais, água, pessoas, prédios, avenidas da cidade, tudo isso, e mais, fazem parte do meio ambiente. É um conjunto de todas as coisas vivas e não vivas.

Segundo a política nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), em seu Art. 3, I, conceitua “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências, e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

Todavia, o mesmo refere-se a um grupo de estudo sobre a ciência em geral, sendo também a estadia de toda forma de vida regente na terra.

Aos olhos de Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p.69-70) a lei 6.938/81 tem a seguinte definição:

[...] portanto, a expressão “meio ambiente”, como se vê na conceituação do legislador da Lei n. 6.938/81, não retrata apenas a ideia de espaço, de simples ambiente. Pelo contrário, vai além para significar, ainda, o conjunto de relações (físicas, químicas e biológicas) entre os fatores vivos (bióticos) e não vivos (abióticos) ocorrentes nesse ambiente e que são responsáveis pela manutenção, pelo abrigo e pela regência de todas as formas de vida existentes nele [...]

Nesse prisma, o que a legislação traz e passa aos cidadãos, é que os mesmos também têm o dever de cuidar e proteger o meio ambiente e não somente os órgãos responsáveis, como, IBAMA ou o Ministério do Meio Ambiente, mas sim todos aqueles que desfrutam do mesmo. Ele não será usado somente hoje ou amanhã, o futuro do planeta e da humanidade depende das ações e atitudes tomadas no presente.

Para Terence Trennepohl (2019) existem quatro tipos de meio ambiente, sendo eles: meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho. Cada um tem seu conceito, lugar e forma diferente.

Logo, confere Terence Trennepohl (2019, p.31) meio ambiente natural é:

[...] no meio ambiente natural, talvez resida o mais comum elemento de identificação com a Constituição natureza, por se tratar diretamente de flora e fauna. O meio ambiente natural envolve, além de flora e fauna, atmosfera, água, solo, subsolo, os elementos da biosfera, bem como os recursos minerais. Enfim, toda forma de vida é considerada integrante do meio ambiente, em suas diversas formas de manifestação [...]

Portanto, é tudo que nos cerca diariamente, estamos envolvidos no dia a dia com suas características oriundas da esfera natural.

Meio ambiente artificial são ruas, avenidas, parques dentro da cidade, denominados espaços abertos, teatros, museus, escolas, são espaços fechados e estão previstos no artigo 182 da Constituição Federal.

Quando for discutido a respeito de patrimônio relacionado ao meio ambiente artificial o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decidiu:

[...] a ordem jurídica constitucional inaugurada com a promulgação da CF/88 alargou, sobremaneira, as funções institucionais do Ministério Público, de sorte que se mostra viável o manejo de ação civil pública, pelo Ministério público Federal, para defender o patrimônio público em geral, incluindo-se nesse conceito, também, o histórico e artístico nacional [...] (AC 439.086-PE, Relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, j. 12-8-2008)

Nesse sentido, promulgada a Carta Magna de 1988, ela redirecionou a ação civil pública, que está sendo exercida também pelo Ministério Público Federal defendendo o patrimônio público em geral, histórico e artístico nacional.

Meio ambiente cultural, segundo Terence Trennepohl (2019, p.32) é definido como:

[...] é dizer, não somente a natureza stricto sensu está protegida pela legislação, mas também o patrimônio cultural brasileiro, como os elementos referentes à formação dos grupos nacionais de expressão, criações artísticas, tecnológicas, obras, objetos, documentos, edificações em sentido amplo, conjuntos urbanos, paisagísticos, arqueológicos, paleontológicos, ecológicos e científicos [...].

Trennepohl deixou bem claro que não é somente a natureza que está protegida pela legislação, mas sim tudo aquilo que envolve seu patrimônio, lugar, edifícios, e tem uma cultura, estão amparados e segurados pela legislação.

Pois meio ambiente não é somente árvores e florestas, ele está presente no meio urbano, rural, natural ou artificial, e independente de sua forma, tudo que vemos faz parte dele.

Já a ambiência do trabalho nada mais é do que o lugar onde o ser humano exerce suas funções e passa a maior parte da sua vida, sempre em segurança e com saúde a todos os ocupantes do local, protegendo de toda e qualquer forma de poluição ou degradação do ambiente trabalhista.

É direito de todo e qualquer cidadão usar, usufruir, desfrutar, do meio ambiente, é um Princípio Constitucional e está previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, redigido no artigo 225, onde trata das diretrizes ambientais.

Traz em sua redação o Art. 225 da Constituição Brasileira de 1988 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988, s.p)

Ou seja, compete a toda humanidade usufruí-lo, sem restrições para usar, todos têm esse direito amparado pela constituição brasileira, desde que seja usado e preservado da melhor forma. Resta ao Poder Público fiscalizar e defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

#### **4 POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL — PNEA**

Cumprir destacar, que a Política Nacional de Educação Ambiental foi uma medida de extrema importância, pois a mesma direcionou ao Poder Público que cabe a ele passar todos os ensinamentos de preservação e cuidados com o planeta e seu ecossistema.

A educação ambiental é um dever do Poder Público e está assegurado no Art. 225, § 1º, VI, da CF e pela Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. “Art. 225, § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. (BRASIL, 1988, s.p)

É dever do estado promover todos os meios necessários para os ensinamentos a respeito da proteção, preservação e conscientização em todos os níveis de ensino.

Ou seja, a educação ambiental tem que estar presente na vida de todos e ser abordada na educação básica, escolas, faculdades, todo e qualquer meio de ensino.

Entende-se por educação ambiental conforme o art. 1º da Lei n. 9.795/99

[...]os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade [...]  
(BRASIL, 1999, s.p)

A educação ambiental é um conjunto de valores e habilidades que dependem do mesmo para se manter uma sadia qualidade de vida e um desenvolvimento sustentável.

## 5 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Os mesmos estão aptos a facilitar o estudo e análises dos fundamentos relacionados ao Direito. Não estão definidos em diploma legal, é uma norma jurídica criada com a função de ilustrar a quem for usufruir os seus motivos.

Nesse contexto, leciona Milaré (2011, p.1.063):

[...]O Direito, como ciência humana e social, pauta-se também pelos postulados da filosofia das ciências, entre os quais está a necessidade de princípios constitucionais para que a ciência possa ser considerada autônoma, ou seja, suficientemente desenvolvida e adulta para existir por si e situar-se num contexto científico dado [...]. Por isso, no empenho natural de legitimar o direito do ambiente como ramo especializado e peculiar da árvore da ciência jurídica, têm os estudiosos se debruçado sobre a identificação dos princípios ou mandamentos básicos que fundamentam o desenvolvimento da doutrina e dão consistência às suas concepções[...]

Destacando, que o direito não está baseado somente em leis ou jurisprudências, mesmo na esfera ambiental, existem princípios que têm um grande peso no ordenamento jurídico. Podem ser expresso quanto consequentes, ou seja, não dependem de uma única ciência.

### 5.1 Princípio da Prevenção

Esse princípio objetiva, em sua maior necessidade, os encerramentos de algumas situações potencialmente poluidoras e nocivas ao ecossistema em razão dos resultados danosos ao meio ambiente. Prevenção significa prevenir, neste sentido, todo e qualquer ato que possa ser prejudicial com resultados onerosos, com a possibilidade do resultado é que se caracteriza o princípio da prevenção.

Trennepohl (2018, p.51) define da seguinte maneira “O princípio da prevenção é aquele em que se constata, previamente, a dificuldade ou a impossibilidade da reparação ambiental, ou seja, consumado o dano ambiental, sua reparação é sempre incerta ou excessivamente onerosa.”

Quando a reparação é duvidosa, após consumada a degradação, entra em cena a prevenção. Sendo regulado pelo Art. 225, IV e VI da CF/88.

### 5.2 Princípio do Poluidor Pagador

Um dos mais importantes e mais discutidos pela doutrina. Ou seja, majoritariamente toda e qualquer ilação imprópria gera consequências, no âmbito ambiental não será ao contrário.

Trata-se então que o poluidor deve obrigatoriamente recuperar ou indenizar o dano causado, está presente na Declaração do Rio de 1992. Logo, Trennepohl (2018, p.60) define o seguinte:

Busca-se compensar a degradação (chamada por alguns doutrinadores de “externalidades negativas”) haja vista o dano ser coletivo e o lucro recebido pelo produtor privado. É uma forma de compensar essa capitalização do lucro e a socialização do dano.

Segundo o autor o poluidor deve arcar com todos os ônus de seus atos, com o custo da produção, nesse viés, quando houver algum cometimento ilegal, o cidadão tem o dever de reparar ou ser indenizado pelo seu ato.

Corrobora, Milaré (2011, p.1075) “O princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente.” Segundo o autor, esse princípio visa expressamente evitar que o prejuízo seja causado.

Trennepohl (2018, p.61) define: “Portanto, a finalidade do princípio do poluidor-pagador é a de impedir riscos e responsabilizar o custo ambiental coletivo, em nome da privatização dos lucros advindos da exploração de alguma atividade que importe degradação.”

Logo, neste sentido, impedir e responsabilizar, segundo Trennepohl, seriam as duas grandes finalidades, impedindo para que não seja cometido a imprudência, mas se porventura vier a acontecer o responsável irá ser punido.

## 6 RESPONSABILIDADE CIVIL

Na esfera civil quando houver alguma irregularidade a legislação aplicará ao infrator ação civil pública, disciplinada pela lei 7.347/85 tendo como objetivo a responsabilização por danos patrimoniais causados à fauna ou à flora. Necessitando, se for o caso, a obrigação de fazer e não fazer, ou ressarcimento pecuniário aos danos causados.

O § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 cuida da responsabilidade civil objetiva, ou seja, responsabilidade sem culpa

[...]§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente [...] (BRASIL, 1981, s.p)

Independentemente do motivo que levou o cidadão a danificar o ambiente, o mesmo tem o dever de repará-lo. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que a (2019, p.226):

[...] responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, que consagra o princípio do poluidor-pagador” (REsp 1.373.788-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 6-5-2014). [...]

Segundo o Tribunal de Justiça, a responsabilidade quanto na esfera pública ou

privada é objetiva fundada na teoria do risco integral. Na mesma linha ténue, segundo o TJSP:

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexó de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo. (Resp. 1.354.536-SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26-3- 2014).

Portanto, conforme demonstrado nas citações acima, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, significa então que quem danifica tem o dever de reparar. E a mesma não se estende no âmbito penal, tampouco no administrativo, pois exigem culpa ou dolo.

Para Carvalho Filho (2013, p.549) “A responsabilidade civil tem como pressuposto o dano (ou prejuízo). Significa dizer que o sujeito só é civilmente responsável se sua conduta, ou outro fato, provocar dano a terceiro. Sem dano, inexistente responsabilidade civil.”

Carvalho discorre que a responsabilidade civil será aplicada ao ajuizado somente se suas ações acarretarem danos a terceiros. Ao contexto do ecossistema, o Estado como vigente do mesmo acarretará o dano ao terceiro.

## **7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL E A SUA OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO**

A administração pública tem o dever de cuidar, proteger e zelar do meio ambiente, cabendo a ela impor sanções quando houver descumprimento das normas, leis e preservação do ecossistema. De acordo com Séguin (2006, p.412):

[...]A responsabilidade civil do Estado é solidária referente às pessoas prestadoras de serviços públicos por delegação negocial (concessionárias e permissionárias de serviços públicos), e também aquelas empresas que executam obras e serviços públicos por força de contratos administrativos, ou seja, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos [...].

Ou seja, o Estado também pode ser responsável pelos danos, mesmo que seja causado por um terceiro, pois cabe a ele fiscalizar e impedir que aconteçam.

O Art. 225 da CF estabelece uma ação do Estado em prevenir o meio ambiente e também a proteção ambiental, fortalecendo em seu parágrafo primeiro o compromisso em fiscalizar atos que possam causar dano. Isto significa uma obrigação preexistente do Estado em tutelar o ambiente, não restando dúvidas que é uma responsabilidade objetiva.

Neste sentido, o Tribunal traz o seguinte entendimento:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. DEGRADAÇÃO DE ZONA DE PRESERVAÇÃO ECOLÓGICA PELA INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO CLANDESTINO DE FONTE DE POLUIÇÃO. INFRAÇÕES AMBIENTAIS REITERADAS DURANTE DÉCADAS. PROVA DO DANO. ALEGAÇÃO DE **RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO POR OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER AOS ENTES PÚBLICOS E DE NÃO FAZER AO PARTICULAR.** POSSIBILIDADE DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO E DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SENTENÇA QUE SE TORNOU INEXEQUÍVEL ANTE A FALTA DE RECURSO DO AUTOR. RECURSO OFICIAL, CONSIDERADO INTERPOSTO, E APELAÇÕES DO MUNICÍPIO E DO ESTADO PROVIDAS. APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA, APENAS PARA LIMITAR OS EFEITOS DA SENTENÇA À PARCELA DA PROPRIEDADE INSERIDA NOS LIMITES DA SERRA DO ITAPETI.(TJ-SP - APL: 90633578320098260000 SP 9063357-83.2009.8.26.0000, Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez, Data de Julgamento: 20/06/2013, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 28/06/2013)

Observa-se nesse interim, que o Estado quando ficar inerte à uma situação como essa, sendo ele o tutor pela conservação ambiental, o mesmo irá ser indenizado por ter ficado omissos quando deveria intervir.

### 7.1 Conceito e previsão legal – danos ambientais

Existe uma linha tênue entre dano e contaminação, mas não podemos confundir-los. Paulo Bessa Antunes citou: (2002, p.173) “Poluição é uma situação de fato, causada pela ação humana, que altera negativamente uma determinada realidade”.

Logo, o mesmo quis ressaltar que, o homem através de suas ações acaba poluindo o meio ambiental, alterando assim sua forma normal e “sadia”.

A Lei n. 6.938/81 liga-se ao conceito de poluição, ou seja, a diminuição da qualidade ambiental alterando sua forma base.

Decorrente disso, são fontes de degradação/poluição tudo que: Art. 3 da Lei nº 6.938/81:

Art. 3º, III, alíneas - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:  
III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; (BRASIL, 1981, s.p)

Portanto tudo que for prejudicial ao ecossistema, automaticamente reflete à saúde, ao bem estar e às condições dos seres humanos, direta e indiretamente, presentes

no dia a dia e muitas vezes passam despercebidos, mas estão ali.

## 7.2 Caso fortuito e a força maior – Excludentes

Os únicos casos em que se pode declarar o afastamento ou exclusão por prejudicar o meio ambiental é no caso fortuito e há força maior e excludentes. Ou seja, que seja uma causa natural, como raios, terremotos, inundações, mas somente casos concretos podem ser declarados.

Hugo Nigro Mazzilli (2006, p.537) comenta “De um raio que incendeia uma floresta, na propriedade de uma fazenda e o de uma explosão em uma empresa que explore energia atômica, ou materiais radioativos, ainda que, e obviamente, autorizados pelo Estado”

Ou seja, o raio que caiu na fazenda não teve nenhum intuito de causalidade, já o segundo, teve por sua conta e risco, a tentativa que causou o mesmo.

## 7.3 Reparação e Recuperação

Já prevista na Constituição Federal no art. 225 em seu §1, a reparação do dano não pode ser parcial, somente poderá ser integral a reparação do dano.

A restauração natural, indenização e compensação são as formas de reparar o dano ambiental. Tendo a restauração natural como a mais importante e primordial em comparação às outras, que consiste em deixar o ambiente exatamente como estava antes de ter realizado o dano, tendo sua restauração completa.

No que tange a indenização pecuniária, é um valor depositado em um fundo específico para suprir a necessidade causada por ato ilegal causado ao ecossistema. Geralmente utilizado quando não se tem outra alternativa para a recuperação.

Logo, a compensação não menos importante, é quando as empresas utilizam mecanismos para diminuir os danos causados ao ambiente pela contaminação, podendo gerar degradação ambiental.

Em recente julgamento no Superior Tribunal de Justiça, ficou decidido que a:

[...] obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, desca- bendo falar em direito adquirido à degradação. O novo proprietário assume o ônus de manter a integridade do ecossistema protegido, tor- nando-se responsável pela recuperação, mesmo que não tenha contri- buído para o desmatamento ou destruição: AgRg no REsp 1.367.968/ SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.3.2014, e REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012” (Resp 1.241.630-PR, Órgão Julgador: Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23-6-2015, DJe, 19-4-2017) [...]

Ou seja, o dano ambiental sempre vai ser reparado por aquele que cometeu a ilegalidade. Existem duas formas de reparar um dano ambiental, a forma de restaurar toda área degradada, ou seja, deixar como era antes, e quando não for possível a restau- ração é aplicado ao infrator uma pena pecuniária, que será responsável pela recomposi-

ção causada na área degradada.

Existem acontecimentos ao ecossistema que são irreparáveis, ou melhor dizendo, nem todo dano se indeniza, por exemplo, a extinção de alguma espécie, contaminação de lençóis freáticos ou devastações em florestas inteiras, são casos que até mesmo a compensação pecuniária é insatisfatória.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visa observar e demonstrar tamanha importância e cuidado que devemos ter com todo o nosso ecossistema em geral.

Tudo o que é feito agora, conseqüentemente, vai ser de certa forma refletido no futuro, como certa vez o filósofo Albert Schweitzer disse: "Vivemos em uma época perigosa, o homem domina a natureza antes que tenha aprendido a dominar a si mesmo", isso faz uma correlação imensa no tema que se é tratado, pois a maioria do que está acontecendo no meio ambiental é por conta das ações inconseqüentes tomadas pelo homem, que é tomado pela ganância e egoísmo, visando apenas o "melhor" para si, sem ter em vista o caos que está causando à natureza, e tudo que se envolve na mesma.

Todos têm o livre direito de "usar" o solo e o meio ambiente em si, pois é dele que tiramos sustento e temos todos os confortos de hoje em dia, desde que o seja usufruído de maneira correta. Mas é um dever de todo cidadão responsável cuidar do mesmo, pois é uma lei prevista na Carta Magna da constituição de 1988, artigo 225, onde se é tratado sobre o Meio Ambiente.

É seu dever, além do Estado, preservar o único meio do qual você tira todas as coisas que você precisa diariamente, absolutamente tudo tem linha tênue ao meio ambiental, desde o seu alimento, até mesmo o lugar onde você trabalha, que por coincidência poderia ter sido uma floresta, ou até mesmo apenas um solo natural antes de se tornar o seu lugar de trabalho.

A natureza não pode responder por si, é inerte disto, então cabe somente aos cidadãos ter o dever e o devido respeito para com ela, cuidando e garantindo ao planeta uma vida longa e saudável.

E claro, aos que não cumprem com as normas, o básico, necessita-se de fiscalização e punição ao infrator. Fazer a sua parte nisso tudo é apenas o seu dever, e o mínimo. Cuide e proteja, afinal se não for você, quem vai ser?

## REFERÊNCIAS

ANTUNES. P. B. **Direito Ambiental**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20/mar/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20/mar/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20/mar/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20/mar/2020.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FIGUEIREDO, G. J. P. **A Propriedade no Direito Ambiental.** 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005.

MASSI, C. G. **O meio ambiente e a evolução normativa no cenário histórico mundial.** 2011. Disponível em: <https://www.diritto.it>. Acesso em: 14/mai/2020.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente:** a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, M. A. **Direito ambiental esquematizado®.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SÉGUIN, E. **Direito Ambiental:** nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental.** 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito ambiental.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TRENNEPOHL, T. **Manual de direito ambiental.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito ambiental.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 25/jun/2020.

---

## “PUXADINHO”. DIREITO REAL DE LAJE E A REGULAMENTAÇÃO DA MORADIA

Fábio Tabora Machado<sup>1</sup>  
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi<sup>2</sup>  
Ademar de Souza Mendes<sup>3</sup>  
Dagmar Dengo<sup>4</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise de todo o aparato legal brasileiro acerca do direito real de laje. Desta forma, explora-se a história das moradias e suas atuais situações, iniciando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, abordando-se a parte histórica e as moradias e suas atuais situações, previsto no Estatuto da Cidade. Ainda, trará as pontuações acerca do direito real de laje presente na Lei 13.465/17, trazendo-se os objetivos e dispositivos legais que baseiam a existência deste direito, explanando-se sobre os aspectos que permeiam o direito notarial e registral em relação ao tema.

Palavras-chaves: Direito de Laje. Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Moradia. Regularização Fundiária.

### ABSTRACT

The present academic work seeks to analyze all the legal information around realty slab law. Thus, exploring the history of the accommodations and its current situation, starting by the principle of human dignity, covering the historical aspects and its current situation, stated in the City Statute. Furthermore, the present work will comment on the realty slab rights according to the Law 13.465/17, stating its goals and legal devices that are the foundation for this right, going into the notary and registry rights in relation.

Key words: Slab Rights. Human Dignity. Right of Housing. Land Regulation.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Prof. Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

<sup>3</sup> Prof. Mestre em Direito.

<sup>4</sup> Prof. do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema o “Puxadinho” Direito Real de Laje e a Regulamentação da moradia.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de existir, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Lei Federal nº. 13.465/2017, denominada a Lei do Puxadinhos, que regulamentou os artigos 1.510-A a 1.510-E da Lei nº. 10.406/2002, no tocante a regularização da laje com políticas urbanas, que possibilitem a propriedade urbana cumprir a sua função social. O Código Civil instituiu diretrizes básicas para regularização à adequada necessidade social brasileira.

A regulamentação é de suma importância neste processo de efetivação dos preceitos dispostos na Lei nº 13.465/2017. É a modalidade de intervenção do Estado na propriedade particular, que permite ao cidadão cumprir as diretrizes legais dispostas.

O problema reside exatamente neste aspecto: apesar de a laje ser um instituto já bem consolidado nas práticas sociais, questiona-se se mesmo o titular de um direito real sobre coisa própria há necessidade de se reconhecer o direito que lhe pertence efetivamente?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, apresenta como objetivo geral observar a evolução da função social da propriedade urbana, o direito à moradia pode ser considerado como um direito social de acesso, um dos direitos mais básicos, pois a partir dele teremos o direito à igualdade e a oportunidade. Tem relação direta com a dignidade humana, e é por isso uma das condições mínimas para que esse fundamento constitucional se torne efetivo.

## 2 HISTÓRIA DAS MORADIAS E SUA ATUAL SITUAÇÃO EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E A PROPRIEDADE PRIVADA

A questão da moradia ou propriedade privada é analisada e abordada por diversas ciências, não sendo somente à ciência jurídica e nem somente a social, e isso se dá em função da multiplicidade de seu aspecto essencial à vida humana. Dessa forma, se configura como uma condição capital para uma vida digna devendo estar aliado a outros tantos direitos e assim é um incontestável direito humano.

Por esse ângulo, o direito à moradia pode ser considerado como um direito social de acesso, um dos direitos mais básicos, pois a partir dele teremos o direito à igualdade e a oportunidade. Tem relação direta com a dignidade humana, é por isso é uma das condições mínimas para que esse fundamento constitucional se torne efetivo.

A moradia é considerada um dos elementos essenciais da tríade alimentação/moradia/saúde e possibilitar que o ser humano viva com dignidade. É através da moradia que a pessoa humana estará protegida, além de estar com sua privacidade e individualidade mantida.

Segundo Flávio Pansieri (2008, p.112):

O direito a uma moradia adequada significa dispor de um lugar onde se possa asilar, caso o deseje, com espaço adequado, segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica, uma situação adequada em relação ao trabalho e o acesso aos serviços básicos, todos a um custo razoável.

Logo, mesmo que se tenha muitos direitos elencados e expressos em Lei, nem sempre o ser humano “por suas forças” consegue exercê-los. E novamente, a “pessoa” do Estado precisa agir para que esse Estado Democrático de Direito seja efetivo.

Observa-se que por se tratar de um direito constitucional, o poder público é responsável pela implementação deste na sociedade brasileira.

Neste sentido, Gilson Luiz Inácio (2002, p.45) entende que:

Consagrada assim como direito social, a moradia deve ser implementada progressivamente pelo Poder Público, ao qual incumbe a adoção de posturas que efetivamente concretizem o referido direito, realizando, assim, além da justiça social, a justiça geral, em face dos deveres das pessoas em relação à sociedade, corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade em benefício dos interesses comunitários.

Obrigações do poder público a implementação progressiva do direito social a moradia, adotando medidas que façam que o direito se concretize, cumprindo assim a finalidade de justiça social e de justiça geral.

Nesse sentido, pode-se observar que a dignidade da pessoa humana atinge o auge dos direitos e garantias constitucionais, uma vez que serve de base para os demais princípios e as legislações infraconstitucionais brasileiras.

No entendimento de Hugo Garces Duarte (2015) foi somente após a Segunda Guerra Mundial e a sua sanção na Declaração Universal dos Direitos Humanos que esse instituto se encontra previsto nas mais diversas Cartas Constitucionais em todo o mundo. E por ocupar posição de destaque, não se pode aceitar que nos dias de hoje existam seres humanos sem dignidade, que enfrentem batalhas contra a fome, a falta de moradia própria, a falta de respeito, a falta de liberdade entre outros preceitos que estão diretamente ligados a dignidade humana.

Após a inclusão da moradia elencada como direito social constante no artigo 6º da Constituição Federal de 1.988, incluiu-se uma nova realidade no âmbito jurídico que reconhece à moradia como sendo um direito fundamental e humano, observa-se que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

Desta feita, analisa-se que o legislador se preocupou em incluir o direito à moradia ao rol de garantias constitucionais, com o intuito de asseverar que qualquer cidadão deve residir de forma segura e digna.

Mesmo após a Emenda Constitucional n°. 26 de 14/02/2020 em que o artigo 6º da Constituição Federal passou a vigorar com nova redação, ainda existe muita precariedade quanto da sua efetivação, pois, têm-se um grande descompasso entre aquilo tem-se escritos em todas as nossas Leis e Normas e a grande exclusão social e injustiça que nos deparamos na nossa estrutura social.

Outro amparo para a moradia está no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e que foi ratificado pelo nosso país em 24 de janeiro de 1992, que expõe:

[...]§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e *moradia* adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. (grifo nosso)

Assim, analisa-se que a legislação pátria vai de encontro com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

E por haver necessidade da intervenção estatal de ordem econômica e social para que a população tenha efetivamente seu acesso à moradia, e seguindo por esse norte pode-se afirmar que devem criar políticas públicas organizacional e de desenvolvimento das áreas urbanas.

Pode-se ainda afirmar que os pactos e convenções assinadas pelo Brasil têm força de Lei e dessa forma acabam por criar obrigações do Estado de efetivar o direito à moradia para todo cidadão brasileiro. Sendo assim, o Estado brasileiro deve trilhar caminhos para conceder aos seus cidadãos esse direito, tem como premissa as questões elencadas pela Constituição Federal e demais diplomas jurídicos.

Nesse entendimento, mesmo a moradia estar inclusa no rol dos direitos fundamentais, não se encontra assegurada efetivamente e ao alcance de todos os brasileiros, ainda que, estando prevista constitucionalmente e implicando obrigações ao Estado Brasileiro para que implemente políticas públicas e que torne concreto e palpável esse direito. Nesse sentido Gilson Luiz Inácio (2002, s.p) alude que:

[...] os direitos sociais visam à melhoria das condições de existência dos indivíduos, mediante prestações positivas do Estado, as quais consistem na atividade estatal, tendente à criação de serviços relativos aos direitos inseridos no referente artigo. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Após analisar esse dispositivo, pode-se constatar que o legislador procurou esboçar um nítido programa social que deve ser desenvolvido pelo próprio Estado, através de atividades legislativas e executivas que sejam capazes de atender a necessidade vital do seu povo.

Assim sendo, considerando a dignidade da pessoa humana como o fundamento maior do Estado Democrático de Direito, realiza-se somente após a garantia de tantos outros direitos básicos que o cidadão deveria ter, mas cabe ao Estado fazer cumprir os compromissos firmados pela Constituição, promovendo por meio de políticas públicas toda e qualquer ação social que se faça necessária.

## 2.1 História das Moradias

Inicialmente, analisa-se a evolução histórica da moradia, descrita por vários artigos e colaboradores de informações na internet e também de autores renomados.

Entretanto no século XIX mudou de forma imposta e forçada pelos portugueses e espanhóis e outros colonizadores, anos após as migrações, se acentuaram surgindo a industrialização das cidades, assim gerando um crescimento rápido e desordenado da população e por consequências agravando a situação das moradias de forma desordeira e irregular.

Para a evolução histórica das moradias no Brasil, segundo artigo publicado por Reisson dos Reis (2018, s.p) argumenta que o começo da imigração do campo para a cidade trouxe problemas de infraestrutura:

Essa grande procura ocasionou em problemas de infraestrutura. Os centros urbanos não estavam preparados para receber um grande número de habitantes, considerando o aumento da migração do homem do campo para a cidade, que segundo tabela abaixo, aponta que em 1930 a maioria da população se encontrava na área rural, já em 2010 a realidade se inverteu, e a população urbana representava 84,36 %.

Dessa forma, percebesse que antigamente a população se concentrava na área rural das cidades, sendo que com todos os avanços ocorridos no mundo, migrou-se grande parte dessa população para a área urbana, fazendo com que as cidades passassem por problemas de infraestrutura que não haviam se organizado para enfrentar.

A partir da segunda metade do século XX, o processo de “favelização” teve seu auge na sociedade brasileira, oriunda de vários fatores e razões sociais e também devido a migratório, da exploração demográfica, do desemprego, no que se refere ao parcelamento do solo urbano e da omissão do Estado na implementação de políticas públicas adequadas e suficientes para prover a demanda por habitação adequada.

Nesse viés, segundo Reisson dos Reis (2018, s.p), destaca-se que:

É importante salientar que quando estes terrenos são ocupados indistintamente o maior problema é a falta de estruturação do local, irá faltar desde os recursos mais básicos como água tratada e saneamento até os recursos necessários para a manutenção da vida: escolas, postos de saúde, transporte público entre outros equipamentos públicos. [...] Porém, os centros urbanos não estavam preparados para receber todo esse contingente de pessoas, ou seja, não possuíam a infraestrutura necessária para atender às suas demandas, dificuldade que continuam encontrando com a lógica dos fluxos migratórios e imigratórios atuais.

As favelas não se tratam apenas de desorganização na estrutura física e precariedade das casas, falta de saneamento básico, estrutura social e familiar, mas também de pessoas de classes sociais diferentes e baixas, pessoas que procuram um lugar para melhoras de vida, permanecendo lá por pouco tempo, ou até mesmo de forma definitiva, pode-se ver como uma vida nova, não da melhor forma, mas estão procurando algo novo, isto pode ser visto como um fator social positivo.

Após alguns anos e com o crescimento repentino da população o Estado teve que tomar partido para tentar organizar os centros urbanos suas moradias e atender os direitos sociais da população Brasileira da época.

Nesse sentido, Graziela Rubin Rossatto e Sandra Ana Bolfe (2014, p.202) explicam:

As moradias dos trabalhadores passaram a ser alteradas conforme ideais de higiene e economia e a elite brasileira passou a ter interesses em primar pela saúde e bem-estar da população proletária, percebendo que as epidemias originadas nos aglomerados urbanos pobres se alastravam pela cidade como um todo. Assim, no final do século XIX, houve uma grande campanha de higienização e moralização das classes pobres. Esses problemas também se relacionavam com os cortiços, que eram construções amontoadas alugadas para a população de baixa renda. Esse tipo de habitação se espalhou devido à abolição da escravatura, o rápido aumento populacional e o alto custo dos aluguéis devido à falta de habitações populares adequadas.

Portanto, a ideia de um direito social não é apenas em garantir o acesso a qualquer moradia, mas uma moradia digna, pois está atrelada a toda noção de um direito. Além disso, se fosse para simplesmente morar em qualquer casa, sem requisitos mínimos de dignidade, bastaria deixar as pessoas vivendo nas ruas, cortiços, casebres, locais de risco e outros semelhantes.

Esta realidade é vivida nos dias atuais, com o aumento do número de pessoas pobres e a área de expansão das moradias/cidades, as pessoas estão cada vez indo mais para dentro das matas, devastando áreas para construir seus puxadinhos de forma desordeira e sem orientação, sendo que se tornou uma situação desenfreada.

A situação atual é de precariedade, pois as famosas favelas com seus puxadinhos, advém da falta de infraestrutura, com o crescimento rápido e avançado da população, deixando a desejar saneamento básico as redes de esgoto a céu aberto, distribuição de energia elétrica instalada de forma irregular, conhecidos popularmente como “gato”, pavimentação e outros.

Segundo pontua Eduardo de Freitas (2002, s.p):

As áreas urbanas onde vivem as famílias pobres, geralmente, são desprovidas de escolas, postos de saúde, policiamento e demais infraestruturas. Em geral, favelas e demais bairros marginalizados surgem de modo gradativo em áreas de terceiros, especialmente do governo. Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), os oito municípios detentores do maior número de favelas são: São Paulo, com 612; Rio de Janeiro, com 513; Fortaleza, 157; Guarulhos, 136; Curitiba, 122; Campinas, 117; Belo Horizonte, 101; e Osasco, 101.

Nesse viés, percebe-se que as favelas foram aumentando de forma gradativa, vindo a superlotar cidades que sofriam com o movimento de imigração das comunidades rurais para a área urbana, sofrendo assim graves problemas de infraestrutura, e os dados demonstram que a região centro-oeste do país é a mais afetada.

Atualmente, as moradias da população carente são as ocupações de terrenos ou prédios abandonados, albergues ou até mesmo bairros bem mais afastados, devido ao valor do aluguel, pois não advém de poder aquisitivo, muitos nem podem pagar.

Na visão de GiuseppeFilocomo e Lyzandra Machado Martins (2018, s.p), observam:

Atualmente, a intervenção estatal é ainda mais fragilizada pela própria política urbana federal brasileira, em uma relação quase paradoxal. As avaliações acerca do Programa **Minha Casa Minha Vida** (PMCMV)

demonstraram como a política pública conferiu às instituições financeiras e grandes empreiteiras protagonismo na produção de habitação de interesse social. Inclusive, aponta-se como a consequente disputa entre grandes incorporadoras nacionais e empresas locais no âmbito do PMCMV impulsionou a expansão do mercado de terras em muitas cidades do país, contribuindo para a ampliação das desigualdades sócio territoriais e o reforço das precariedades urbanas. Também, o padrão de produção adotado pelas empreiteiras, orientado pela lógica da escala industrial e do custo mínimo, acabou por restringir o atendimento das diferentes demandas das famílias abrangidas pelo programa, em especial aquelas de baixa renda. (grifo nosso)

Esta é a situação real da população Brasileira, incentivou diversas pessoas na conquista das residências próprias, com o auxílio da Caixa Econômica Federal que usou o fundo fundiário para liberar a construção e com um plano de pagamento longo, favorecendo novamente a população, o governo e os empresários.

A liberação de valores por meio de programas do Estado, por parte foram de grande valia, por outro lado, causou um incômodo pela questão burocrática existente. A situação se tornou fragilizada, sem dispor de elementos jurídicos, poucos avanços ou aperfeiçoamento foram obtidos no que se refere à regularização fundiária.

Observar-se o gráfico que traz a evolução do déficit habitacional, apresentando as metrópoles que mais sofreram com esse fenômeno, vê-se:

#### Evolução do déficit habitacional<sup>5</sup>

ESPECIFICAÇÃO	Total de domicílios particulares permanentes	Déficit em 2000		Total de domicílios particulares permanentes	Déficit em 2005	
		total	%		total	%
RM Belém	409.187	115.172	27,7	519.193	130.459	25,1
RM Fortaleza	700.804	162.243	22,4	902.098	156.335	17,3
RM Recife	839.243	182.200	21,2	1.013.593	214.739	21,2
RM Salvador	785.294	139.511	17,5	952.368	170.102	17,9
RM B. Horizonte	1.260.944	155.894	13,3	1.448.864	174.400	12,0
RM Rio de Janeiro	3.210.483	375.314	11,5	3.761.607	442.153	11,8
RM São Paulo	4.931.276	529.202	10,6	5.803.825	738.334	12,7
RM Curitiba	720.863	74.721	9,6	952.592	114.638	12,0
RM Porto Alegre	1.073.941	102.025	9,2	1.315.487	148.721	11,3
Total das RMs	13.932.035	1.836.282	13,0	16.669.627	2.285.462	13,7
Brasil	44.776.750	7.222.645	16,1	53.052.621	7.902.699	14,9

<sup>5</sup> Fonte: adaptado de Estudos da Fundação João Pinheiro, realizado a partir de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios para dimensionamento do déficit habitacional. (PEQUENO, 2008, s.p.).

Assim, pode-se observar que à medida que a sociedade foi se tornando maior com a aglomeração de pessoas nos centros urbanos, foram surgindo então às moradias em edifícios de dois ou mais pavimentos, que futuramente receberiam o nome de “puxadinho”.

### **3 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (REURB): DIREITO A MORADIA**

O direito a moradia é um direito fundamental que através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 6º que já foi citado anteriormente da importância social e trata-se da moradia, sendo o tema central neste artigo.

É de bom tom que se faça a diferença entre moradia, residência, domicílio, pois bem, no blog Lado Direito escrito por Vandré Leal Cândido (2014, s.p):

Moradia: pessoa física se estabelece temporariamente, caráter provisório, indivíduo não transfere toda sua vida para o local.

Residência: pessoa física se estabelece permanentemente, caráter habitual, indivíduo transfere alguns aspectos da toda sua vida para o local.

Domicílio: pessoa física se estabelece definitivamente, caráter definitivo, toda vida do indivíduo está concentrada no local.

Após a diferenciação das modalidades, pode-se dizer que grande parte da população Brasileira tem as três opções, todas reconhecida pelo ordenamento jurídico, direito à moradia permanece sempre o mesmo.

Assim, indo de encontro com o que está previsto na Constituição Federal brasileira, observa-se que o legislador, baseou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, declaração essa que o Brasil é signatário, para incluir no texto constitucional o direito de moradia.

É importante citar o artigo 17 da referida Declaração, o qual diz que “Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”. Dessa forma, observa-se que a declaração universal dos direitos humanos se preocupou em resguardar o direito de propriedade de todo e qualquer cidadão, sendo que prevê a possibilidade de moradia ao ou em sociedade, este último seria a forma de condomínio.

Logo, o conceito de propriedade é amplo e no referente artigo engloba o dispor do bem, o uso, fauna, flora, consonância com as suas finalidades econômicas.

#### **3.1 Histórico do Reurb**

A regularização fundiária urbana, é um tema tratado desde o século XIX, mas só teve valor com a Constituição da República Federativa do Brasil que foi promulgada em 1988 e após um tempo que foi de fato utilizada.

A Regularização urbana não foi inventada agora, desde a década de 1980, na publicação de André Abelha (2017, s.p) descreve a ordem cronológica de seu surgimento e necessidade:

Constituição Federal (1988): A CF/88 (arts. 182 e 183) privilegiou a função social da propriedade e previu figuras como o plano diretor municipal, o parcelamento e a edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, redução de tempo para a usucapião de área urbana de até 250m<sup>2</sup>, e a impossibilidade de usucapir imóveis públicos.

Assim, pode-se notar que a Carta Magna trouxe preceitos legais em relação aos débitos que se aplicam a construção, tais como IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano, como também previu as possibilidades de usucapir imóvel com perímetro superior a 250 m<sup>2</sup>.

O Programa minha casa minha vida foi importante para a população de baixa renda, pois o valor da mensalidade era baixo oportunizando o pagamento de todos os moradores de forma correta e pontual, uma vez que se tratava de suas casas, e é claro ninguém queria correr o risco de perder o seu bem mais valioso.

A regularização fundiária tornou-se lei para alinhar as construções e por ordem as edificações na área destinada, para as pessoas devidamente cadastradas e que realmente precisem, com escritura devidamente reconhecida tudo dentro dos padrões jurídicos. Nesse prisma, André Abelha (2017, s.p) pontua:

Reurb (2017): Lei 13.465/27A Reurb é um instrumento jurídico de política urbana, um conjunto de normas gerais e procedimentos, que abrangem medidas jurídicas, ambientais, urbanísticas e sociais, com vistas a tirar da informalidade determinados núcleos urbanos e seus ocupantes.

Após anos de luta para se ter seu espaço a sua morada veio o reconhecimento de ter a sua casa própria, de forma correta esta lei veio para facilitar e ordenar dando direito a quem não tinha.

### 3.2 Direito de Superfície no Estatuto da Cidade- Lei 10.257/01

A lei declara expressamente que o direito de superfície engloba o espaço de aéreo o solo, subsolo sem condicionantes em seu artigo 21º, entretanto para o Código Civil (2002) apenas prevê o solo e o subsolo, conforme artigo 1.369º, diretrizes gerais da política urbana:

Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. § 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa. § 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

Nesse viés, conforme menciona o artigo do diploma legal, aquele que possui o direito de propriedade poderá dispor da superfície do terreno, podendo determinar ou não o tempo de uso, desde que tal feito seja através de escritura pública, registradas e averbada na matrícula do imóvel.

O estatuto da cidade é de forma mais abrangente inclui até mesmo o espaço aéreo relativo ao terreno, que aqui no caso é o puxadinho que seria um segundo andar, e tendo os deveres como qual quer outro morador, tributos e cobranças.

Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Já para o Código Civil tem todos os direitos e deveres assim como no Estatuto da Cidade, exceto o subsolo não se tem direito de construção e/ou registro, salvo se for objeto da concessão.

#### **4 DIREITO REAL DE LAJE, OBJETIVOS E SEUS DISPOSITIVOS LEGAIS**

Em 22 de dezembro de 2016, através da Medida Provisória nº. 759, que dispôs sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, instituiu mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e ainda deu-se outras providências, e que por conseguinte, incorporou o inciso XIII ao artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 700, de 2015) Vigência encerrada XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 759, de 2016) XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017) XIII - os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e respectiva cessão e promessa de cessão. (Incluído pela Medida Provisória nº 700, de 2015) Vigência encerrada XIII - a laje. (Incluído pela Medida Provisória nº 759, de 2016) XIII - a laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Foi através do contexto de promover a regularização fundiária e segurança jurídica nas propriedades e moradias sobrepostas, que foi instituída a laje como sendo

direito real, alcançando demasiadamente o alcance social.

Dessa forma, o conhecido “puxadinho”, que no Brasil é um fenômeno social muito comum, particularmente nas grandes metrópoles, que possuem maior densidade demográfica, gerando unidades imobiliárias independentes, mesmo sem a instituição de condomínio prevista na Lei 4.591 de 16 de dezembro de 1964.

E concomitantemente com a sanção da Lei 13.465 de 2017, além de acrescentar subitens ao artigo 1.510 do Código Civil, que possui atualmente a seguinte redação:

DA LAJE - (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Art. 1.510-A.O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)§ 1º O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)§ 2º O titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)§ 3º Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)§ 4º A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)§ 5º Os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)§ 6º O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Ante o exposto, em análise ao artigo 1510-A que a pessoa que possui o direito de propriedade do imóvel, poderá dispor de superfície do imóvel para outro indivíduo construir e adquirir o direito de laje. Nos parágrafos estão expostos os direitos a partir da cessão da superfície.

Direito reais sobre bens imóveis, a propriedade se consolidará somente após o registro no cartório de registro de imóveis, salvo quando a lei dispuser de outro modo, conforme o artigo seguinte que dispõe da seguinte forma: “Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código. “

O direito das coisas, é classificado em dois ramos, quais sejam, no primeiro temos o direito real sobre a coisa alheia (*jus in re aliena*), que pode ser subdividido em direito real de garantia, direito real de aquisição e direito real de gozo e fruição e o segundo ramo que é o direito real sobre a coisa própria (*jus in re propria*), que possui apenas uma espécie e um instituto cabível, para a espécie de classificação é a da propriedade.

Dessa forma, pode-se afirmar que o tradicional puxadinho, constitui uma es-

pêcie do já consagrado direito real de superfície, estando elencado nos artigos 1.369 à 1.377 do Código Civil Brasileiro. Como já citado anteriormente, o direito real de superfície corresponde exatamente ao direito de gozo e fruição de coisa alheia, substituindo o antigo instituto da enfiteuse.

Conforme determina o artigo 1.369 do Código Civil Brasileiro, o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Mas, o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão. Inclusive, no próprio Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01, tratou de forma expressa sobre o caso do direito de laje, da possibilidade de constituição de direito de superfície para a construção no espaço aéreo ou para o destacamento de pavimentos superiores já construídos.

Fica evidente que a legislação buscava a regularização, além de impulsionar o fenômeno social que se tinha com a cessão do direito de construção na parte de cima dos imóveis, com o intuito de obter edificação autônoma. Deve-se destacar ainda, que será aberta matrícula registral própria, e ainda à permissão de constituição do direito de laje sem submissão ao regime do condomínio edilício, conforme tem previsão no artigo 1.510-A e seus parágrafos.

Outra situação que necessita de extrema atenção é que essa instituição do direito de laje, só pode ser aplicada se constatada a impossibilidade de qualquer outra forma de regularização, quer seja, por desmembramento, desdobro, ou instituição de condomínio. Importante salientar, que a unidade imobiliária autônoma é aquela que possui isolamento funcional e acesso diferenciado, independentemente do seu uso, a exemplo de uma escada para o pavimento da construção.

Acabando por exigir para tanto, abertura de matrícula própria para cada uma das referidas unidades, dessa forma situação que autoriza a alienação ou instituição de gravames pelos titulares, que acaba por aquecer a economia e traz por conseguinte dignidade para as pessoas que vivem em situação irregular.

Como todo direito incide em deveres, deve-se pontuar que o titular do direito real de laje, obviamente, responde pelos tributos e encargos incidentes na sua unidade, sendo certo que o adquirente do direito de laje possui uma clara limitação: não pode realizar a construção de novas lajes sucessivas. Reforçando assim, que a instituição do direito real de laje não resulta na atribuição de fração ideal do terreno ou participação proporcional em áreas edificadas, mas na anunciada instituição simultânea de unidades imobiliárias com titularidades distintas.

O direito real de laje cumpre importantíssimo papel social, pois, harmonizado com o princípio da função social da propriedade que está elencado no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal que revela que a propriedade atende a função social e acaba por instrumentalizar o direito social de moradia, também elencado na Constituição Federal no seu artigo 6º. Suscintamente, o direito real de laje tem por objeto regularizar as construções realizadas sobre outras construções ou então abaixo de outra. Como dito antes o direito real de laje abrange tanto o espaço aéreo como o subsolo de terrenos públicos ou privados.

#### 4.1 Aspectos Notariais e Registrais do Direito Real de Laje

O direito de laje tem sua instituição prevista no Código Civil Brasileiro, a partir do artigo 1.510-A, expondo as formas para que se tenha regularizado, extirpando à impossibilidade de transformar em direito real, registrável, as situações de fato existentes sobre o solo.

Examinando-se o artigo 1.510-A do Códex, deduz-se que a intenção dos legisladores foi proporcionar a possibilidade da cessão da laje, isto é, do espaço sobre (ou sob) o qual o cessionário irá construir sua unidade, ou já tem construída, buscando apenas a regularização. Porém, os legisladores empregaram o verbo manter, que acabou deixando margem sobre a possibilidade de haver a cessão somente do espaço nu sobre a laje ou se poderá ser de área já construída.

Sendo assim, acaba por se entender que, não havendo expressa vedação, é possível a instituição do direito sobre a laje onde já exista a unidade construída, devendo claro ser feitas as adequações necessárias, como, por exemplo, a individualização do acesso ao pavimento objeto do contrato.

Em detrimento das alterações que o direito real de laje trouxe, tem-se a adequação das leis (municipais e estaduais) para tributação e atendimento ao plano diretor da cada ente.

Conforme relata Eliane Blakesi (2018, s.p.):

Outro ponto que o direito real de laje acaba por interferir é nas reflete diretamente nas normas municipais, uma vez que a Constituição Federal, no artigo 156 estabelece que: “compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - 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, bem como cessão de direitos a sua aquisição”. Desta forma, o Código Tributário Municipal deverá se adequar para abrigar a previsão do direito real de laje, tanto no que diz respeito ao recolhimento de IPTU, quanto ao ITBI, quando houver transmissão deste direito. Isto, quando a cessão de direito real de laje se der pela forma onerosa. Em se tratando de transmissão à título gratuito, a competência tributária é deferida ao Estado-membro, de forma a atender ao comando constitucional do artigo 155 da Constituição Federal, que reza: “compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos”. Assim, o ITCMD ou ITCMD, é imposto estadual, a ser recolhido em caso de transmissões gratuitas.

Dessa forma, acaba por se constatar que o direito real de laje trouxe benefícios àqueles que jamais acreditaram ter sua moradia regularizada, mas também trouxe crescimento nos cofres públicos, tendo em vista que dependendo da forma de aquisição o imposto recairá ao município ou ao Estado.

Quando se fala da regularização do puxadinho, se tratam de situações muito pontuais, como aquelas situações que os pais autorizam seu filho recém casado a construir sobre o seu prédio, tendo em vista a proteção dos pais aos filhos, bem como a questão da economia, necessidade e tudo mais que pode ser levado em conta. Só que até a criação dessa lei a única forma de regularizar seria através do condomínio edilício que

iria atribuir a laje uma fração ideal no terreno e nas coisas de uso comum, que acabaria por determinar uma irreal. Outrossim, com a entrada em vigor da Lei 13.465/2017 esses pais podem transferir ao filho a laje, possibilitando a construção e ainda a matrícula da sua unidade.

Ponto de extrema relevância, está determinado no parágrafo 3º do artigo 1.510-A, do Código Civil Brasileiro, os titulares da laje terão sua unidade imobiliária autônoma, constituída em matrícula própria no registro de imóveis de imóveis competente e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca (artigo 176, 3º, Lei 6.015/73 – Lei de Registros Públicos).

Parafraseando Eliane Blakesi, (2018), após atendidos os requisitos do contrato de cessão de direito de laje, o título será levado ao registro de imóveis competente, qual seja, pela questão da territorialidade, na situação dos bens, para que seja aberta matrícula correspondente à laje, para posterior averbação da construção. Já na matrícula do imóvel originário, chamado de construção-base, será feita a averbação de que sobre (ou sob) ele, existe instituído o direito real de laje, referindo o número a matrícula aberta para tal direito, e tantas quantas forem as lajes, serão as novas matrículas abertas. Mas em todas elas, deverá haver a remissão às demais, bem como no imóvel que deu origem à constituição deste direito, conforme prevê a Lei de Registros Públicos.

De forma bem clara, para se ter registrado o contrato e, posteriormente ter a abertura da matrícula referente à laje, devem ser atendidos os mesmos requisitos registraes dos outros direitos reais, como a compra e venda, doação, etc. Isso, acaba por expor a necessidade do recolhimento de impostos, quer seja ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis ou ITCMD – Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, bem como apresentação de documentos pessoais, bem como comprovação de estado civil, residência, e outros dados como profissão, telefone, endereço de e-mail, entre outros, e as certidões negativas previstas em lei.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar a aplicabilidade do instituto do direito real de laje. Tema de suma importância diante da grande evolução legal acerca dos pedidos de reconhecimento do direito real de laje, diante das situações encontradas em diversas metrópoles e cidades brasileiras.

Primeiramente fomentou-se sobre a história das moradias e suas atuais situações, inicialmente, abordando o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, ambos dispostos na Constituição Federal. Viu-se também a história das moradias, sob a ótica de diversos doutrinadores. Comentou-se sobre as moradias e suas situações atuais, comentando-se sobre as favelas e o movimento de imigração da área rural para o perímetro urbano.

Posteriormente, abordou-se sobre o surgimento do REURB, permeando acerca do direito de moradia e da propriedade privada, previsto no Código Civil e na Constituição Federal, fazendo-se uma análise histórica do REURB, incluindo-se os objetivos e características e analisou-se, também, o direito de moradia previsto no Estatuto da Cidade, lei anterior ao Código Civil de 2002 e também a Lei 13.465/2017 que instituiu o

direito de laje.

Por fim intensificou-se a pesquisa sobre o direito real de laje a luz da Lei 13.465/2017, observando-se os objetivos e os dispositivos legais que baseiam sua existência. Ainda, analisou-se os aspectos notariais e registrais ligados ao direito real de laje, visto a necessidade de averbação na matrícula do imóvel. Findou-se com a juntada de jurisprudência do entendimento dos tribunais nacionais em relação ao tema.

Ao final, como resultado obteve-se ainda que para a tese extensiva resta evidente a aplicabilidade do direito real de laje no direito brasileiro. Entretanto, deve ser analisada em conjunto com a Lei 13.465/17 o Código Civil, mais especificamente o art. 1225 e 1510-A no que diz respeito ao direito real. O tema é recente, desta forma, requer um cuidado maior na hora de aplicar o que está transcrito no texto legal, uma vez que se encontram poucas decisões jurídicas sobre.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, A. **Lei 13.465/17**: desmistificando a Reurb (Parte VI). Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br>> Acesso em: 19/mai/2020.

BAHIA, F. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife. Armador, 2017.

BLASKESI, E. **Direito de laje**: da teoria ao registro. Disponível em: <<https://jus.com.br>>. Acesso em: 21/jun/2020.

\_\_\_\_\_. **Evolução da Usucapião**: da judicial à extrajudicial. 3. ed Bagé, RS: Ediurcamp, 2018.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/abr/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/abr/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/abr/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/abr/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/abr/2019.

CÂNDIDO, V. L. **Diferença entre domicílio, residência e morada**. Disponível em: <<http://www.blogladdireito.com.br>> Acesso em: 17/mar/2020.

CARDOZO, G. V. S. **Direito real de laje**: sua instituição independe do respeito às normas urbanísticas municipais. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 30/jan/2019.

FILOCOMO, G, MARTINS, L. M. **Breve ensaio sobre o direito a cidade**. Disponível em: <http://www.justificando.com>. Acesso em: 7/mar/2020.

FREITAS, E. **Problemas relacionados a moradia no Brasil**. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br> Acesso em: 05/abr/2020.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito real de laje**: primeiras impressões. Disponível em: <https://jus.com.br> Acesso em: 22/jun/2020.

INÁCIO, G. L. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo**: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação. Curitiba: Juruá, 2002.

LÔBO, P. Direito Civil: **Contratos**. V. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ONU. Assembléia Geral da ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org>. Acesso em: 08/jun/2020.

PANSIERI, F. Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia. In: OLIVEIRA NETO, J.R. (Org.) **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEQUENO, R. **Políticas habitacionais, favelização e desigualdades sócio-espaciais nas cidades brasileiras**: transformações e tendências. Disponível em: <http://www.ub.edu> > Acesso em: 17/fev/2020.

REIS, R. **A evolução histórico-jurídica do acesso a moradia no Brasil independente**. Disponível em: <https://jus.com.br> Acesso em: 01/abr/2020.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

ROSSATTO, G. R.; BOLFE, S. A. **O desenvolvimento da habitação social no Brasil**. Disponível em: <http://www.redalyc.org> > Acesso em: 02/abr/2020.

SECOND UNITED NATIONS CONFERENCE ON HUMAN SETTLEMENTS (HABITAT II). **Ceremony for the observance of the Internacional**. Decade of the World's Indigenous People. Statement by the Brazilian Delegation. 1996. Disponível em: <http://www.un.org>. Acesso em: 09/jun/2020.

SIQUEIRA, I. **O problema habitacional no Brasil e a luta por moradia**. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org>. Acesso em: 04/jun/2020.

STOLZE, P. Direito real de laje: primeiras impressões. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br>>. Acesso em: 02/abr/2020.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória Introdúz o Direito Real de Laje no Código Civil**. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br>. Acesso em: 04/jun/2020.

UNITED NATION. **The Vancouver Declaration on Human Settlements**. Vancouver, 1976. Disponível em: <http://www.unhcsbitst.org>. Acesso em: 09/jun/2020.

VALENTE, R. **O direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br>. Acesso em: 20/jun/2020.

VENOSA, S. S. **Direito real de laje (criado pela lei 13.465 de 2017)**. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 02/abr/2020.

## OBRIGAÇÃO ALIMENTAR RECÍPROCA ENTRE PAIS E FILHOS

Nathalia da Silva Costa<sup>1</sup>  
Caroline Ribeiro Bianchini<sup>2</sup>  
Cassandro Albino Davenz<sup>3</sup>  
Dagmar Dengo<sup>4</sup>

### RESUMO

O presente artigo apresenta uma breve pesquisa a respeito da obrigação alimentar devida pelos descendentes aos ascendentes. Trata-se de um problema existente na sociedade, uma vez que não são casos frequentes o abandono material dos idosos. Logo, a pesquisa buscará responder questionamento sobre os pressupostos da obrigação alimentar dos descendentes. O artigo inicia com a análise sobre a evolução histórica do instituto para posteriormente adentrar nas questões concernentes a reciprocidade da obrigação alimentar no âmbito do direito de família, incluindo a análise de decisões jurisprudenciais a cerca dessa matéria, mediante análise de julgamentos proferidos. Dessa forma, será adotada pesquisa doutrinária e jurisprudencial e o método de abordagem adotado será o método dedutivo.

Palavras-chave: Alimentos. Obrigação. Necessidade. Solidariedade Familiar.

### ABSTRACT

This article presents a brief research on the food obligation owed by descendants to their ancestors. It is an existing problem in society, since there are not frequent cases of material abandonment by the elderly. Therefore, the research will seek to answer questions about the assumptions of the descendants' food obligation. The article begins with an analysis of the historical evolution of the institute to later enter into the issues concerning the reciprocity of the maintenance obligation in the scope of family law, including the analysis of jurisprudential decisions on this matter, through the analysis of judgments handed down. Thus, doctrinal and jurisprudential research will be adopted and the method of approach adopted will be the deductive method.

Key Words: Foods. Obligation. Need. Family Solidarity.

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Processual Civil UCS, Mestre em Direito Constitucional Unisul, coordenadora do Curso de Direito da Unifacvest e da casa da cidadania.

<sup>3</sup> Professor do Centro Universitário Unifacvest.

<sup>4</sup> Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema a reciprocidade entre pais e filhos em prestar assistência quando desamparados.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de que muitas vezes a obrigação em amparar recai somente sobre os pais para os filhos. Surgem no Poder Judiciário muitas demandas envolvendo litígios sobre a abandono material dos idosos. Trata-se de uma realidade presente na sociedade.

A pesquisa inicia com o questionamento sobre quando a obrigação alimentar pode recair nos descendentes.

Na busca por averiguar respostas, o artigo apresenta como objetivo geral analisar a reciprocidade da obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes. E como objetivos específicos: observar a evolução histórica da obrigação alimentar; identificar os pressupostos da obrigação alimentar devida pelos descendentes; analisar decisões jurisprudenciais sobre a obrigação alimentar dos descendentes.

A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvida uma primeira parte voltada a origem dos alimentos. Posteriormente, serão analisados os alimentos dentro do direito brasileiro, com suas classificações e princípios. Finalmente, em um terceiro momento, a obrigação alimentar devida aos ascendentes, a partir da reciprocidade existente entre os familiares.

## 2 ORIGEM DOS ALIMENTOS

No período romano o direito teve apenas rastros da obrigação alimentar, alguns institutos não há utilizavam como deveriam, é observada a omissão da obrigação como devida nos dias atuais. Não havia idealização do que era poder familiar porque o centro da família era conhecido como o pátrio poder aquele que tinha o poder nas mãos era “o chefe” da casa. o *pater familias* concentrava em suas mãos todos os direitos, sem que qualquer obrigação o vinculasse aos seus dependentes, sobre os quais, aliás, tinha o *ius vitae et necis* (CAHALI, 2008, p.40).

Dessa forma, é possível afirmar que todas as pessoas que estavam ligadas a esse chefe da família não poderiam ter posição contrária do que era decidido.

Esclarece Dias (2009, s.p):

O modo como a lei regula as relações familiares acaba refletindo no tema alimentos. Em um principio momento, o poder familiar – com o nome pátrio poder – era exercido pelo homem. Era o cabeça do casal, o chefe da sociedade conjugal. Assim, era dele a obrigação de prover o sustento da família, o que se convertia em obrigação alimentar quando do rompimento do casamento.

O início da obrigação surgiu no período Justianeu, após os laços consanguíneos tornarem se mais importantes, e o dever de ajudar ao próximo tornar se próprio.

De acordo com Cahali (2009, p.42):

Não se sabe ao certo quando houve o efetivo reconhecimento da obrigação alimentar no direito romano pelo princípio da solidariedade familiar. Entretanto, este reconhecimento fortaleceu-se quando o vínculo de sangue que se estabelece entre os membros de uma família passou a ser reconhecido com maior ênfase, havendo uma transformação da visão outrora apresentada.

No início a obrigação no direito romano era vista como uma caridade a pessoa, com a evolução, o pensamento sobre o assunto mudou e houve a introdução da obrigação alimentar aos poucos na sociedade.

Os estados desde os primeiros conceitos, se responsabilizavam pela dignidade da pessoa humana, de modo a garantir os alimentos aos necessitados. Com o tempo apresentando dificuldades houve a inserção nos ordenamentos jurídicos da solidariedade familiar, transferindo a responsabilidade que era somente do estado também para os consanguíneos.

De acordo com Venosa (2009, s.p) “Anotese também, que há interesse público nos alimentos, pois se os parentes não atenderem as necessidades básicas do necessitado, haverá mais um problema social que afetará os cofres da administração.”

Verifica-se que foram introduzidas várias mudanças na legislação complementar por conta das transformações sociológicas da família.

O primeiro Código Civil brasileiro, instituído pela Lei 3.071 em consonância com a Constituição Federal de 1891, destacou sobre o dever alimentar de varias formas, dos efeitos jurídicos do casamento, estabeleceu as obrigações dos cônjuges:

Art 231. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

III – Mutua assistência

IV – Sustento guarda e educação dos filhos

Em outro artigo do mesmo Código Civil, estabelecia o dever do marido em garantir a manutenção da família:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

[...]

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

Após essa data houve muitas outras alterações até chegarmos no Código civil de 2002, porém ainda se estabeleceu o sustento como característica do dever de alimentos, conforme o artigo 1566, IV que prevê a obrigatoriedade ao “sustento, guarda e educação dos filhos”.

Destaca Cahali (2009, p.339):

Para prover aos pais o desempenho eficaz de suas funções, a lei provê os genitores do poder familiar, com atribuições que não se justificam senão por sua finalidade. São direitos a eles atribuídos para lhes permitir o cumprimento de suas obrigações em relação à prole. Não há poder familiar senão porque deles se exigem obrigações que assim se expressam:

sustento guarda e educação dos filhos.

Portanto, o novo Código Civil destaca os artigos sobre a obrigação alimentar de outra forma, entretanto não com total diferença dos primeiros.

### 3 ALIMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO

Na área do direito, alimentos se qualifica no direito que passa a todos de uma forma mais extensa, com mais importância todos aqueles necessitados de sobrevivência. Para Paulo Lôbo (2020, s.p):

Alimentos, em direito de família, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Também são considerados alimentos os que decorrem dos deveres de assistência, em razão de ruptura de relações matrimoniais ou de união estável, ou dos deveres de amparo para os idosos (direito assistencial).

A obrigação alimentar decorrente da lei está diretamente ligada ao direito de família, os alimentos são devidos em razão de vínculo familiar. Segundo Monteiro (p.292) “A obrigação alimentar de natureza legal, a cargo das pessoas expressamente designadas, de tal forma que se deve ter a indicação por taxativa e não por enunciativa”

O Direito à alimentação procede do direito a qualidade de vida disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1998, que prevê, a obrigação a alimentos no princípio da solidariedade, como um direito social, com a organização da sociedade fixando que a família é a base, marcando o direito e dever em base a solidariedade.

Quando se fala no dever de alimentar e no direito de ser alimentado, vem sendo de total importância, e pautado juridicamente na maioria da sociedade.

Destaca Lisboa (2006, p.59), que:

Consagrou-se a solidariedade social como objetivo da República Federativa do Brasil e da sociedade civil, nas relações jurídicas. Conjugando-se essa finalidade com a afirmação constitucional segundo a qual a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado, torna-se clara a conclusão segundo a qual o princípio da solidariedade social abrange a solidariedade familiar.

A Constituição federal traz em seu artigo 229: “Art 229. Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

A obrigação de alimentar torna-se bem mais do que às necessidades básicas do alimentado atende a preservação da dignidade da pessoa humana. O dever recorre totalmente a família do necessitado, com base ao parentesco. Nesse sentido que o autor Arnoldo Wald (2005, p.43-44) descreve:

A finalidade de prover alimentos é, portanto, assegurar o direito à vida, subsistindo a assistência da família à solidariedade social que une os membros da coletividade, uma vez que os indivíduos que não tenham a quem recorrer diretamente serão, em tese, sustentados pelo Estado. Nesse sentido, o primeiro círculo dessa solidariedade é o de família, e

somente na sua falta dever-se-á recorrer ao Estado.

A prestação do direito á alimentos fornecida a uma pessoa que possa atender as necessidades de sobrevivência de outra entende-se personalíssimo. Lôbo (s.p) destaca sobre o assunto, que, a prestação aos alimentos é de natureza personalíssima, ou seja, não pode ser objeto de cessão entre vivos ou de sucessão hereditária.

Uma das características do direito a alimentos encontra-se o direito personalíssimo que diz que o direito de receber alimentos é tão somente do alimentado que não pode transferir ou repassá-lo para outra pessoa. (CAHALI, 2002, p.05)

A irrenunciabilidade também é uma das características dos alimentos, sendo concedido o direito não pode renunciar.

Conforme destaca também o artigo 1697 do Código Civil “na falta dos ascendentes cabe à obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”.

Conforme dispõe os artigos 1696 a 1698 do CC.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

De acordo com o artigo 1.696.do Código Civil “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Entretanto explica Welter (2004, p.30-31):

No direito brasileiro, os alimentos legítimos, impostos pela lei devido ao fato de existir entre alimentante e alimentado vínculo de família, são devidos somente pelos ascendentes (pais, avós, bisavós e outros), pelos descendentes (filho, neto, bisneto e outros), pelos irmãos e pelo cônjuge ou convivente, não podendo ultrapassar alinha colateral de segundo grau (irmãos), excluindo-se, portanto, os afins (sogros, genro, nora e cunhados) e os sobrinhos.

Tratando de alimentos, frequentemente existirá a figura do alimentante, que é o que fornece os meios de sobrevivência e a figura do alimentado é aquele que recebe o alimento.

Acerca do assunto bem leciona Venosa (2005):

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar,

como tudo aquilo necessário para sua subsistência.

Considera-se que qualquer pessoa que possua caráter entende que deve ter respeito com os parentes, devendo ser solidário e ajudá-los quando for possível.

Segundo diz Lisboa (2006, p.61): “O principio da solidariedade serve de fundamento para o dever de respeito pessoal, porém nem sempre se achará afeição na conduta solidária, infelizmente realizada muitas vezes sem qualquer apreço.

Tratando de prestação de alimentos sempre devemos, observar o binômio, que analisa sempre se o alimentante tem condições de arcar com as obrigações com o alimentando necessitado, contudo não cumprindo com essa obrigação deve-se estender aos demais parentes.

Em questão a prestação alimentar o autor traz, Lisboa (2006, p.65):

Na fixação da prestação de alimentos deve-se observar a binômia necessidade do alimentando e a possibilidade da prestadora necessidade do alimentando a ser suprida advém da sua falta de recursos para prover á sua própria subsistência.

E quanto ao afeto nas relações familiares, confirma Pereira, (2013, p.135):

Na visão moderna do direito das famílias (não do vetusto direito de família), a família é identificada pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. Portanto, mesmo que existentes os laços de sangue, não se terá uma verdadeira família, na expressão jurídica da palavra, caso os demais elementos mencionados não estejam presentes entre pessoas de um mesmo círculo. É a vitória do afeto sobre a formal indiferença!

#### 4 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DEVIDA AOS ASCENDENTES

A relação de parentesco proporciona de grande importância, tendo efeitos legais relevantes, já que a lei impõe direitos e obrigações recíprocos entre os parentes (GOMES, 2002, s.p).

Confirma a obrigação dos consanguíneos em prestar alimentos aqueles que necessitam para sobrevivência, a lei põe a reciprocidade entre parentes para prestação dos alimentos.

Quando existe há falta dos ascendentes a obrigação cabe aos descendentes. Na linha colateral, de acordo com a previsão do art. 1.697 do Código Civil, “Na falta dos ascendentes cabe à obrigação aos descendentes, guardada à ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais, serão chamados os irmãos, mas, somente na ausência ou impossibilidade dos parentes em linha reta”.

Além disso, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”.

É de certeza que a obrigação de alimentar, ou a pensão alimentícia não somente seja um dever dos pais como também dos filhos para os pais, que se encontre em necessidade de prover seu próprio sustento.

Tratar de Reciprocidade na obrigação alimentar é afirmar, de forma sucinta,

que aquele que hoje é devedor dos alimentos, como por exemplo o ascendente que hoje presta alimentos ao seu descendente, pode vir a ser, no futuro, o credor dos alimentos, chamando seu descendente na obrigação de lhe auxiliar Dias (2017, s.p).

Em relação ao entendimento da reciprocidade em casos práticos de obrigação alimentar, leva-se em consideração múltiplos fundamentos, como o dever de solidariedade, anteriormente ilustrado no artigo 229 da Constituição Federal, e a eticidade. Continua esclarecendo Dias (2017, s.p):

Apesar de existir o dever de solidariedade alimentar, a reciprocidade só é invocável se respeitado um aspecto ético. Expressamente, a lei autoriza a cessação do direito a alimentos quando o credor tem procedimento indigno para com o devedor.

Portanto, a família é a origem da sociedade, a obrigação de alimentar torna-se necessário àqueles que realmente não tem de onde se sustentar e nem tem uma forma para ter uma vida digna e a sua manutenção da vida digna e humana. Assim aqueles filhos que tenham uma vida com condições melhores tem o dever e obrigação de pagar aos seus genitores quando idosos e necessitados de alimentos.

Segundo Diniz (2004, p.475):

O poder familiar pode ser definido Como um conjunto de direito e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Para quem recebe não existe nenhum interesse econômico, uma vez que o valor recebido não aumenta seu patrimônio. Só garante as necessidades, permitindo a este uma vida digna, devendo ser levado em consideração a necessidade e possibilidade, que cabe no direito e obrigação alimentar, com grande observação a necessidade do alimentando e a possibilidade financeira do alimentante em arcar com tal obrigação.

De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Segundo Vila Boas (2005. p.31):

Infelizmente precisou que tal dispositivo ficasse assim escrito. É vergonhoso que a obrigação alimentar, mais moral que material, necessitasse ficar registrada na Lei Maior. Este dever é anterior a qualquer lei. É uma obrigação de cunho afetivo e moral. Qualquer filho que tenha caráter e sensibilidade terá que cumprir fielmente este dever de consciência.

Alimentos se consuma em tudo aquilo que prevê a dignidade da pessoa como ser humano, não somente aquilo que se come ou bebe, mas também tudo aquilo que faz parte de uma vida em sociedade. Para Braga, ( s.p):

Os pais idosos têm o direito de receber pensão alimentícia dos filhos quando não possuírem meios de manutenção própria ou recursos suficientes para a subsistência. O vocábulo “alimentos” é utilizado de forma ampla pela lei e compreende tanto o valor necessário para a alimentação em si quanto o imprescindível para a manutenção da pessoa de forma

geral, vale dizer, recursos para remédios, assistência médica, pagamento de despesas básicas como água, luz, gás, telefone e até cuidadores ou empregados, se o idoso não puder viver sozinho.

A parte final deste trabalho envolve a pesquisa jurisprudencial da entrada em vigor do Código Civil em 2003 até a atualidade, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com os termos “alimentos recíprocos entre pais e filhos”. É observada a existência de jurisprudência quanto à destituição do poder familiar, decorrente de abandono material e afetivo.

Nesse seguimento, é o que demonstra a jurisprudência a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. FILHA MAIOR. AÇÃO AJUIZADA CONTRA OS GENITORES. RECONHECIMENTO PARCIAL DO PEDIDO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA EM RELAÇÃO AO QUANTUM FIXADO E AO PERÍODO. SENTENÇA QUE BALIZOU CORRETAMENTE O TRINÔMIO DE NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE DEMONSTREM A IMPOSIÇÃO DE MAJORAÇÃO DE VALOR E A FIXAÇÃO POR MAIOR PERÍODO DE TEMPO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A fixação dos alimentos deve atender ao binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentando, utilizando-se dos parâmetros da razoabilidade, segundo apregoa o contido no art. 1.694, § 1º, do Código Civil. A obrigação alimentar entre pais e filhos não está vinculada exclusivamente ao poder familiar, mas à relação de parentesco, notadamente ao dever de mútua assistência, a teor do art. 1.696 do Código Civil, podendo persistir independentemente da condição de maior alcançada pelo alimentando. A jurisprudência pacificou-se no sentido de que o dever dos genitores de prover sustento à prole pode ser necessário após certa idade se o alimentando, embora não trabalhe, demonstra estar impossibilitado para tanto, buscando, todavia, sua recolocação profissional, ocasião em que se fixam alimentos provisórios por período determinado de tempo. Quando verificado que o alimentante não tem possibilidade de arcar com valor superior ao arbitrado na origem, em decorrência da situação dos seus rendimentos concretamente analisados, inexistindo provas acerca da necessidade do alimentando, de valor que seja superior, necessária a manutenção da decisão. Em atendimento ao art. 333, I, do CPC/1973 (norma reproduzida no art. 373, I, do CPC/2015), o ônus da prova cabe a quem alega. Aquele que pugna pela majoração da verba alimentar deve fazer prova convincente da sua necessidade e da possibilidade do alimentante em arcar com as expensas. Ausentes tais comprovações não pode prosperar o requerimento do alimentando. (TJ-SC - APL: 00481331020138240023 Capital 0048133-10.2013.8.24.0023, Relator: Sebastião César Evangelista, Data de Julgamento: 14/07/2016, Segunda Câmara de Direito Civil)

Os alimentos prestados aqueles que precisam são impostos de acordo com a necessidade de quem recebe, e as condições de quem cumpre a obrigação, além disso o auxílio caracteriza-se a sobrevivência da pessoa humana com uma vida digna e não a abundância exagerada de luxos desnecessários. Contudo ajudar ao próximo é um dever a ser cumprido, porém com moderação, sem prejudicar a sobrevivência de qualquer pessoa.

**Relata a jurisprudência em questão:**

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Cível n. 0300161-33.2016.8.24.0033 Apelação Cível n. 0300161-33.2016.8.24.0033, de Itajaí Relator: Desembargador Luiz César Medeiros DIREITO DE FAMÍLIA - CF, ART. 229 C/C CC, ART. 1.696 - ALIMENTOS - OBRIGAÇÃO RECÍPROCA ENTRE PAIS E FILHOS - GENITOR IDOSO - BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DO DECISUM 1 “O dever de mútua assistência entre pais e filhos encontra-se inscrito na Constituição da República, artigo 229, bem como no Código Civil, artigos 1.694 e 1.696. Enquanto a norma constitucional enfatiza o dever de proteção no caso de ‘velhice, carência ou enfermidade’, a legislação civil confere aos pais o direito a pensão ‘de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social’. Em relação aos parâmetros para o arbitramento de pensão, atende-se ao já conhecido trinômio necessidade, disponibilidade e proporcionalidade (CC, art. 1.694, § 1º)” (AI n. 4005731-36.2018.8.24.0000, Des. Sebastião César Evangelista). 2 A quantificação da verba alimentar deve lastrear-se nas necessidades do alimentando e na possibilidade do alimentante em provê-la, e a integração desses critérios deve observar o princípio da proporcionalidade e merece atenta análise das características que circundam o caso concreto à luz do bom-senso e da justeza. Não se pode permitir, com o objetivo de alcançar o imprescindível equilíbrio, que o valor fixado fique aquém do necessário para o credor viver com dignidade e nem supere a razoável possibilidade do devedor em fornecer alimentos sem privá-lo da própria subsistência. (TJ-SC - AC: 03001613320168240033 Itajaí 0300161-33.2016.8.24.0033, Relator: Luiz César Medeiros Data de Julgamento: 19/03/2019, Quinta Câmara de Direito Civil)

Na maioria dos processos de alimentos o comum sempre foi pensão de pai para filho até sua maior idade, entretanto nessa pesquisa há o direito recíproco de pensão de filhos para os pais quando chegam a certo momento onde não tem mais possibilidades de se manter sozinho. Explica a jurisprudência a seguir:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS FILHOS EM FAVOR DA GENITORA INTERDITADA. REQUERENTE REPRESENTADA POR FILHA CURADORA COM QUEM RESIDE E DA QUAL RECEBE OS CUIDADOS NECESSÁRIOS. SENTENÇA QUE IMPÕE AOS REQUERIDOS O PAGAMENTO DE VERBA ALIMENTAR FIXADA INDIVIDUALMENTE EM ONZE VÍRGULA ONZE POR CENTO DO SALÁRIO MÍNIMO. APELAÇÃO. INSURGÊNCIA DOS FILHOS-AÇIONADOS. INSATISFAÇÃO COM O ESTABELECIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR A DESPEITO DE SUAS CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS QUANDO COMPARADAS COM A MÃE BENEFICIÁRIA DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, ALÉM DE GASTOS SUPÉRFLUOS REALIZADOS. ALEGAÇÕES QUANTO ÀS SUSCITADAS EXTRAVAGÂNCIAS NÃO COMPROVADAS QUANTUM SATIS. DOCUMENTOS FISCAIS QUE DEMONSTRAM O DESEMBOLSO COM MANTIMENTOS E MEDICAMENTOS. SITUAÇÃO PECULIAR DA GENITORA INTERDITADA COM DISTÚRBIOS PSÍQUIA-

TRICOS. DESPESAS COM A SUBSISTÊNCIA QUE SUPLANTAM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO AUFERIDO. ALIMENTOS DEVIDOS EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR. RECIPROCIDADE DA OBRIGAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO ART. 1694, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL E DOS ARTS. 3º, CAPUT, E 11, AMBOS DO ESTATUTO DO IDOSO. NECESSIDADE, ENTRETANTO, DE READEQUAÇÃO DO PATAMAR DA VERBA ALIMENTAR NO TOCANTE À FRAÇÃO INDIVIDUAL CABÍVEL PARA CADA FILHO LEVANDO-SE EM CONTA O BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL, À LUZ DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. REDUÇÃO IMPERIOSA DIANTE DAS CONDIÇÕES ATUAIS DOS ALIMENTANTES. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Consabido que as dificuldades econômico-financeiras dos alimentantes, per se, não servem para eximi-los da obrigação alimentar. Todavia, tal circunstância deve servir de balizador para o estabelecimento do patamar da verba de alimentos, conforme dicção do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. (TJ-SC - AC: 00014392320138240042 Maravilha 0001439-23.2013.8.24.0042, Relator: Luiz Felipe Schuch, Data de Julgamento: 05/02/2018, Câmara Especial Regional de Chapecó)

## 5 CONCLUSÃO

Como de costume, sempre a obrigação alimentar foi dos pais para os filhos, mas como uma hora os pais chegam à velhice, e se encontram muitas das vezes desamparados e excluídos pelos filhos, estes têm que procurar apoio nas instituições de ajuda ou no Estado para conseguir seu sustento, apoio que deveria vir de seus filhos que tendo possibilidade de ajudar os pais e os amparar.

Em casos que os pais abandonam afetivamente os filhos, recém nascidos, em fase de crescimento ou jovens, os filhos quando crescem não querem ajudar os pais financeiramente, por que não estiveram presentes em suas vidas e nem os ajudaram quando precisaram, é então que os pais a não ter outra escolha se assegurara no judiciário para fazer valer o direito da obrigação alimentar, quando o filho tem a possibilidade de arcar com a obrigação, torna obrigado á pagar a pensão alimentícia, podendo pedir ajuda aos parentes consanguíneos e por afinidade, para que a despesa seja dividida e não precise arcar sozinho com a obrigação.

Para alguns ainda nos tempos de hoje, o homem tem obrigação de alimentar, tanto cônjuge, como seus descendentes. Porém essa obrigação recai sobre todos e não somente aquele que se julga mais poderoso, perante a lei todos são iguais e tem os mesmos direito.

Então o presente trabalho chega a análise que a obrigação é reciproca para pais e filhos, por ter a necessidade de ajuda aquele que não se mantém sozinho, tanto filhos menores e incapazes quanto idosos já em uma idade avançada para trabalhar e se manterem, tratando-se de dignidade a pessoa e compromisso com o poder familiar, fica obrigado a qualquer um ser humano que tenha condições de prestar alimentos a outros necessitados.

## DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL FRENTE AOS PROJETOS DE LEIS N<sup>os</sup>. 3.176/2019 E 2.839/2019 (LEI TATIANE)

Suzine Marina Oliveira Taborda Machado<sup>1</sup>  
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi<sup>2</sup>  
Fabiany Luciano<sup>3</sup>  
Tatiana Zanghelini Ribeiro<sup>4</sup>  
Ademar de Souza Mendes<sup>5</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise de todo aparato legal brasileiro em relação à doação e transplante de órgãos e tecidos. Assim, é explorado a doação de órgãos, iniciando pelo princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal, levantando também a importância do biodireito e da bioética nos implantes e transplantes de órgãos, fazendo considerações acerca da fase de capacitação e a identificação de potenciais doadores. Por fim, trará à tona os procedimentos técnicos da doação de órgãos, mencionando a entrevista com a família, o rol de legitimados para dar o aval de consentimento da doação e colecionando jurisprudências em relação ao tema.

Palavras-chave: Doação e Transplante de Órgãos. Dignidade da Pessoa Humana. Biodireito.

### ABSTRACT

The present academic work seeks to analyze the Brazilian legal information in regards to organ donation and transplant of organs and tissues. Thus, it explores the organ donation, starting by the human dignity principle as outlined by the Federal Constitution, taking into account the importance of implant and transplant bio-rights and bio-ethics, considering capacity and identification of potential donors. Finally, the work will address the technical procedures of organ donation, such as the interview with the family, the list of legitimated to consent the organ donation and jurisprudence around organ donation.

Keywords: Transplant and Organ Donation. Human Dignity. Bio-Rights.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito, 10<sup>a</sup> fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Professora Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

<sup>3</sup> Prof. Mestre em Práticas Transculturais, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>4</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest, Advogada e Professora Universitária.

<sup>5</sup> Professor do Centro Universitário Unifacvest, Mestre em Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema a Doação de Órgãos no Brasil frente aos Projetos de Leis n.º. 3.176/2019 e 2.839/2019 (Lei Tatiane).

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato da existência da Lei 9.434/1997 que institui o Transplante de órgãos no Brasil, sendo posteriormente alterada pela Lei 10.211/2001, que alterou vários artigos do texto original. A Lei 9.434/1997 cria e dá outras providências de diretrizes e orientações para todo o processo de transplante de órgãos e tecidos, além de criar orientações para tratamento dos pacientes transplantados.

A doação de órgãos e tecidos é de suma importância nos dias atuais, em virtude da quantidade de doenças e comorbidades que acabam com a falência dos órgãos. É uma das formas de tratamento que busca permitir a sobrevivência daqueles que teriam suas vidas ceifadas sem essa possibilidade.

O problema está exatamente neste aspecto: o número de pacientes que aguardam na fila de espera versus a quantidade de pessoas que aceitam a doação de órgãos na hora do falecimento de seus parentes.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, a temática tem como objetivo geral observar os projetos de Lei sob nº 3.176/2019 que busca tornar presumida a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, tornar hediondos os crimes que especifica, permitir campanhas para arrecadação de fundos para financiamento de transplante ou enxerto e dá outras providências, e ainda, o Projeto de Lei nº 2.839/2019 que tem como intuito instituir o Programa de Ensino e Conscientização sobre Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos no currículo escolar e acadêmico brasileiro.

Como objetivos específicos verificar a presença de afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana face a violação do direito à vida protegido pela Constituição Federal e outros dispositivos.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Segundo Dicio (2020), na língua portuguesa, a palavra dignidade é um substantivo feminino, e entre seus diversos conceitos está “característica ou particularidade de quem é digno; atributo moral que incita respeito; autoridade”.

Sendo assim, dignidade se trata de uma qualidade moral que excita respeito. Faz-se necessário a abordagem sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que está expresso no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, conforme se vê:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse alinhamento, a dignidade da pessoa humana é fundamento para o Estado Democrático de Direito, conforme se pode observar do citado acima, e, tem-se que não é a pessoa que existe em função do Estado, e sim o Estado que existe em função das

peessoas.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o norte para toda a Constituição Federal do Brasil, visto que todos os artigos se baseiam no respectivo princípio. Haja vista, que a dignidade da pessoa humana também envolve o transplante de órgãos e tecidos na esfera constitucional, o assunto transplante de órgãos e tecidos está regulamentado constitucionalmente no art. 199, §4º e normatizado pela Lei 9.434/97.

## **2.1 A relevância do biodireito e da bioética nos implantes e transplantes de órgãos e tecidos no Brasil**

A palavra Bioética, esta possui um amplo significado, tem sua definição por diversos doutrinadores como sendo o estudo do comportamento moral do homem em relação às ciências da vida, ou seja, trata-se de uma aproximação entre ética, medicina e biotecnologia.

Têm-se a bioética como campo de preocupação às ingerências médico-científicas, sendo assim, coloca-se limites éticos e morais dentro de intervenções científicas, tendo como base a dignidade da pessoa humana e seus ciclos, quais seja, concepção, nascimento e morte.

Segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar (2004, p.95-96, apud ARAUJO, 2006, p.54):

A bioética é, portanto, uma resposta a essas necessidades hodiernas, consistindo na avaliação crítico-moral dos avanços médico-técnico-científico, pode-se dizer que se constitui numa reação com vistas a estabelecer o compasso reflexivo e dialógico ao avanço de técnicas aplicadas e experimentais que sacrificam valores e conceitos humanos preexistentes ou recentemente adquiridos.

Assim, percebe-se que a bioética é uma resolução ética nas questões levadas ao desenvolvimento médico-científico. Possui maiores casos nas relações biomédicas, em que tratam de assuntos relacionados à colagem, aborto, eutanásia, transplantes, biossegurança e outras. Os doutrinadores, acima dispostos, trazem quatro princípios tidos como básicos da bioética, são eles, respeito, autonomia da vontade, beneficência e justiça.

O biodireito emerge após o surgimento de princípios e regras jurídicas que normatizam as pesquisas que envolvem a vida, saúde, integridade física, moral e a dignidade da pessoa humana.

Logo, biodireito é o ramo que estabelece as relações jurídicas referente aos embriões, eutanásia, aborto e o transplante de órgãos e tecidos entre seres vivos e mortos, eugenia, genoma humano, manipulação e controle genético, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Para Araujo (2006, p.62):

O biodireito pode ser considerado, também, como um conjunto de normas legais destinadas a disciplinar os conflitos que passam a surgir em face do vertiginoso progresso científico. Nessa dinâmica, ocorre o envolvimento de valores religiosos, culturais, político e econômico, exigindo que o Direito se manifeste em detrimento dessas novas, e emergentes situações desencadeadas pelo avanço tecnológico.

Nesse viés, o biodireito surgiu para regulamentar juridicamente todos os procedimentos que venham a acontecer e que tenham como fundamento principal a dignidade da pessoa humana.

Assim, no que diz respeito a doação e transplante de órgãos e tecidos, bioética e biodireito são de suma importância no cumprimento de uma prática apropriada e segura, levando em consideração que implicam em temas de grande repercussão e críticas, embora necessário para o mantimento da saúde e da humanidade.

## **2.2 Da fase de captação de órgãos e identificação do potencial doador no sistema de saúde brasileiro**

Pontua-se que as atividades ligadas ao transplante de órgãos tiveram início na década de 60, entretanto, a regularização destas atividades ocorreu apenas em 1997 com a Lei 9.434/1997 e com o Decreto 2.268/1997, que tratam sobre as regras das atividades de transplantes no Brasil e criam o Sistema Nacional de Transplantes.

A Lei 9.434/97 foi responsável pela mudança no tipo de doação vigente no país naquela época, a doação deixou de ser consentida para se tornar presumida, ou seja, todas as pessoas eram doadores, e quem não desejasse que seus órgãos e tecidos fossem doados teriam que expressar vontade contrária em documento de identificação. Essa medida tornou-se ineficaz após o ano de 2001 por desconforto populacional, voltando ao sistema de doação consentida.

A doação de órgãos e tecidos deu a sociedade o direito de exercer o princípio ético da benevolência, uma vez que essa atitude social confidencial dá direito a melhora de saúde e de vida de pacientes que estejam na lista nacional aguardando por um transplante. O tramite de doação e transplantes é um amontoado de ações que possibilitam tornar um potencial doador em um efetivo doador, tendo como ação final o transplante.

Todo o procedimento se inicia com a identificação de um provável doador internado na unidade de terapia intensiva ou pronto socorro, habitualmente, os prováveis doadores são pacientes com algum dano neurológico e que não respondem mais a estímulos.

Em casos de morte encefálica, a equipe médica responsável por atestar tal fato deve ser informado a central de notificação, captação e distribuição de órgãos para que sejam tomadas as medidas efetivas.

Encerrado o procedimento de morte encefálica, a equipe responsável comunica a família, junto a um profissional capacitado que fica responsável pela avaliação de viabilidade de transplante. Concluída a análise, o profissional responsável entrevista a família e informa a possibilidade de ser feito a doação de órgãos e tecidos.

A validação do potencial doador apenas ocorre quando a família não tiver mais nenhuma dúvida e entender de forma coesa o conceito de morte do seu ente querido. Posteriormente, é feita a entrevista com a família a respeito da opção de doação de órgãos e tecidos. Caso a família consentir com a doação de órgãos e/ou tecidos, começa todos os procedimentos do hospital e da central para a captação dos órgãos e/ou tecidos a serem doados.

Todo o procedimento deve ser documentado e arquivado, cumprindo-se assim as exigências legais consoantes ao Decreto nº 2.268/1997 que regulamenta a Lei nº

9.434/97, a qual diz que:

Os prontuários [...] serão mantidos pelo prazo de cinco anos nas instituições onde foram realizados os procedimentos que registram [...] Vencido o prazo previsto neste artigo, os prontuários poderão ser confiados à responsabilidade da CNCDO do Estado de sede da instituição responsável pelo procedimento a que se refinam, devendo, de qualquer modo, permanecer disponíveis pelo prazo de 20 anos, para eventual investigação criminal.

Nesse entendimento, posteriormente ao procedimento de transplante, devem ser transmitidas todas as informações referentes às condições de saúde do transplantado, dando por fim o processo de doação-transplante.

Todo esse procedimento está previsto pela legislação brasileira e deve ser seguido à risca, em caso de eventual ação não prevista a instituição e a equipe podem ser responsabilizadas cível e criminalmente.

### **3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A TUTELA DA DOAÇÃO: OS DIREITOS DE PERSONALIDADE À LUZ DA LEI Nº 10.406/02**

Os direitos de personalidade estão elencados no Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002) em capítulo próprio previstos do artigo 1º ao 21º, bem como as garantias e direitos individuais sempre foram muito bem contemplados, inclusive nas Constituições Brasileiras, e ainda nos tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 define “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (Grifo nosso).

Vê-se pelo disposto acima que o direito da individualização, da igualdade, a segurança, a vida entre outros, são direitos concedidos a qualquer brasileiro e aos estrangeiros residentes no Brasil.

Essas são garantias e direitos que estão positivados, e com eles se pode ir muito além, pois são através desses direitos que podemos buscar por questões que estão relacionados a cada item como a questão da saúde, trabalho, moradia, entre outros.

Por se entender que a personalidade deve ser preservada, acaba-se por pacificar que é dever de qualquer membro da sociedade para que aja de modo a prover a todos condições “básicas” de existência. E dessa premissa, elenca-se o direito a saúde, que tem pretensão à vida.

E dessa forma, quando se fala em VIDA, deve-se pensar de forma ampla e em todas as esferas, por mais distantes que possa parecer, inclusive respeitando a integridade física e moral.

Traz à tona a discussão sobre os limites prescritos nos artigos do Código Civil, obtêm-se que os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, conforme se observa no artigo 11 do diploma em comento.

Interessa muito, ao tema abordado, o artigo 13 e 14 do Código Civil (2002, s.p), os quais determinam que:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

No artigo 13, têm-se o impedimento de dispor de parte do corpo, mas havendo consentimento médico não se discute a segunda parte do comando legal.

Já o artigo 14, que acaba por vedar que se disponha de parte do corpo a título oneroso, e assim acaba por indispor dos direitos da personalidade. Quanto à disposição gratuita, quer seja para fins humanitários ou altruístas acaba sendo possível por associar à Dignidade, como a solidariedade social. Após a morte, o corpo em todo ou em parte, para objetivo científico poderá ser doado.

Vale salientar, que o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Já no artigo 15, observa-se consagrados os direitos dos pacientes, da seguinte forma, “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Desta forma, conforme o próprio artigo determina, o paciente que não se sentir seguro ou se sentir constrangido pode dispensar o tratamento proposto pela equipe médica e demais membros da equipe e do quadro funcional hospitalar.

Ao se tratar dos pacientes, acaba-se colidindo no Direito Fundamental onde temos de um lado a liberdade (que tem um viés religioso) e do outro lado a vida. No âmbito nacional, depara-se constantemente com esse conflito quando se envolve pacientes adeptos a Testemunha de Jeová, onde o Estado, representado através dos médicos, das instituições de saúde buscam a esfera judicial para dirimir questões como a de transfusão sanguínea.

Pode-se afirmar à importância do Código Civil, onde prevê os Direitos de Personalidade, mas não se dá por encerrado, claro que se considera a importância da previsão e por se ter convicção de que a prática jurídica no Brasil ser marca pela convergência ou concorrência de regras e por não ter pacificação dos princípios.

### **3.1 Noções gerais de doação de órgãos pela Lei nº. 9.434/97**

Até os dias atuais verifica-se que encontramos poucas informações na doutrina e na jurisprudência sobre a doação de órgãos e tecidos. Dessa forma, direciona-se à explanação basicamente na Lei 9.434/97 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá ainda outras providências.

O corpo humano é considerado juridicamente algo intocável, algo que jamais pode ser comercializado, ou seja, não pode ser objeto de negociação. Entretanto, existe uma brecha, pois, após estudos científicos na área médica, foi descoberto os segredos que a massa corpórea humana trazia consigo e, posteriormente, foi constatado que seria possível retirar e aproveitar órgãos e tecidos de um ser humano vivo ou até mesmo de cadáveres, mas de forma totalmente gratuita, sem remuneração. Desse modo, as partes do corpo humano em vida ou após a morte, podem ser doados para beneficiar outras

peçoas, bem como as pesquisas que ainda continuam existindo e são de extrema relevância. (SILVA, 2004)

O intuito da Lei 9.434/97 foi também de reduzir as filas de esperas dos pacientes que aguardam por um transplante de órgão para sobrevivência. Isso vem por demonstrar tamanha a preocupação com o corpo humano e seus afins, e que o legislador só prevê a possibilidade de dispor gratuitamente do próprio corpo, seja no todo ou em parte quando se tem o objetivo de solidariedade ou para fins científicos.

Reiterando, que a supra Lei, trata de tecidos, órgãos e outras partes do corpo humano, em vida ou após a morte, excluindo o sangue, esperma e o óvulo, os quais tem legislação específica para tratar, além de que os interesses são outros, como o da reprodução humana e não o tratamento de saúde e manutenção da vida.

Acerca da doação de sangue, observa-se que este deverá ter autorização do Sistema Único de Saúde (SUS) e ainda após prévios exames no doador, devendo ser analisado os procedimentos dispostos na Lei 7.649/88.

É permitido a doação de órgãos duplos, de partes de órgãos e tecidos ou partes do corpo se a retirada não prejudique a continuidade da vida do doador e seja de extrema necessidade ao tratamento médico ao receptor. Deve-se salientar que a lei prevê no seu artigo 9º, a necessidade da expressa autorização as pessoas juridicamente capazes, pois todas as pessoas que nascem com vida e estão sujeitos a direitos e deveres, necessariamente podendo estar restritos quanto a sua capacidade, e para exercer quer seja direitos ou deveres, podendo estar impedidos por idade, saúde e outros fatores que vem por revelar a incapacidade do indivíduo.

No seu artigo 2º, têm-se que a realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde, isso somente após realizados todos os testes necessários para a validação e aceitação de tal procedimento, feito tanto no doador momentos posteriores a constatação da morte encefálica e no receptor que na maioria dos casos é feito para inclusão na fila de espera.

Já a retirada de tecidos e órgãos, vem precedida de diagnósticos, conforme o artigo 3º da Lei 9.434 (1997, s.p), o qual diz que:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. § 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos. § 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde. § 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

Nos casos de enxertos e próteses que são implantadas e não rejeitadas pelo organismo, que acabam por fazer parte do corpo sem causar qualquer dano, são objetos de direitos de personalidades e não direitos reais. Faz-se a separação para que possa ser salva a vida ou a preservação à saúde do titular ou de terceiros, que acaba por configurar o transplante.

Considera-se o transplante, a “retirada” que tem por definição a ação ou efeito de retirar-se. É uma questão que gira em torno de dois interesses fundamentais e opostos que são o interesse coletivo no progresso e evolução médica, que acaba justificando a utilização dos corpos em vida ou em morte nas pesquisas científicas e nos tratamentos médicos, e o interesse individual, dizendo respeito ao direito subjetivo de proteção à vida humana e a sua integridade física.

O transplante só irá ocorrer se o doador tiver decidido de forma livre sobre a sua vontade de realizar a doação e para isso devemos possibilitar que todos sejam informados, pois, atualmente, esse direito só será exercido se o cônjuge ou parente mais próximo, maior de idade e até segundo grau autorize. Por isso, busca-se expor e debater sobre o tema para que esse assunto seja abordado em família e que todos saibam do desejo do pretendo doador e respeitem a sua vontade.

Após a constatação da morte cerebral e a autorização do familiar, a Central de Transplantes determina o destino dos órgãos e tecidos, visto que é o órgão responsável pela análise criteriosa de decidir por questões como a compatibilidade, gravidade da doença e tempo de espera.

Comparando a lei de doação com tantas outras leis o ordenamento jurídico pátrio, pode-se considerar como uma lei objetiva e muito concisa, apesar de sua grandiosidade e robustez no que pode alcançar.

### 3.2 Projeto de Lei nº. 3.176/2019

Abordar-se-á um projeto inovador e que merece sim ser levado à frente o mesmo está tramitando no Senado Federal e têm por objetivo o aumento nos transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano em nosso país. Além das modificações na Lei 9.434/97 que regulamenta a questão o projeto propõe enquadrar os crimes ligados à remoção ilegal de órgãos na Lei de Crimes Hediondos (Lei. 8.072/90).

Tal projeto tem por foco a criação de um Sistema Nacional de Transplantes (STN), conforme prevê o seu parágrafo segundo e terceiro, os quais tem a seguinte redação no texto original:

§ 2º O disposto no caput deverá ser precedido de consulta ao Sistema Nacional de Transplantes –STN, para verificação de eventual manifestação de vontade em contrário da pessoa. § 3º Os órgãos responsáveis pela emissão de documentos de identidade deverão comunicar imediatamente ao Sistema Nacional de Transplantes –STN, a manifestação de vontade da pessoa relacionada à doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.” (NR)

Nesse sistema estará disponível para consulta o cadastro da população e propõe-se que o consentimento passa a ser presumido, ou seja, só não será feita a doação se o doador tiver expressado em contrário e assim disponibilizará via central. A central

terá informações caso as pessoas maiores de 16 anos tenham expressado a vontade de não doar. Ficará a cargo dos órgãos responsáveis pela emissão dos documentos de identificação a geração destas informações, caso contrário toda pessoa maior de 16 anos será considerada doadora.

A qualquer momento as pessoas poderão manifestar a não vontade em qualquer documento de identificação. Caso as pessoas possuam mais de um documento válido e com opções diferentes da condição ou não de doador, será levado em conta aquele que à manifestação de vontade for a mais recente.

Nos casos de menores ou pessoas com deficiência ou sem discernimento ficará dependente de autorização do parente maior de idade e obedecendo a linha sucessória, reta ou colateral, até o quarto grau, visando assim a modificação do que está na Lei 9.434, visto que esta prevê que o rol de responsáveis vai até o segundo grau. Atualmente, a autorização para retirada em incapazes, precisava do consentimento expresso do pai e da mãe ou de seus representantes legais.

A proposta está na fase em que aguarda o relator na Comissão de Constituição em Justiça (CCJ), que deverá votá-la em caráter terminativo, qual seja, se a proposta for aprovada sem recurso para votação no plenário ou em outras comissões, ela seguirá diretamente para a Câmara dos Deputados.

### **3.3 Projeto Lei nº. 2.839/2019**

Nesse ponto, já abordar-se o projeto que vem complementar o Projeto de Lei 3.176/2019. O Projeto Lei de nº 2.839/2019, onde tem como autor o Deputado Ricardo Izar, que busca instituir o Programa de Ensino e Conscientização sobre Doação e Transplante de Órgãos e tecidos no currículo escolar e acadêmico brasileiro.

Esse projeto originou-se da comoção que a morte precoce de Tatiane Ingrid Penhalosa com trinta e dois anos de idade e que era portadora de miocardiopatia hipertrófica (Doença em que os músculos cardíacos tornam-se anormalmente espessos, dificulta o bombeamento de sangue pelo coração e, muitas vezes, não é diagnosticada, pois as pessoas acometidas por essa doença podem não apresentar sintomas nem problemas significativos. Já em outros, pode causar falta de ar, dor no peito ou batimentos cardíacos anormais (arritmias) e que acabou perdendo a vida após uma espera de dois anos na fila de transplante de coração. (SOU DOADOR, 2018)

O Brasil tem um dos maiores programas de transplante público do mundo, mas deixamos a desejar na instrução e na educação. Pois, se a nossa população tivesse consciência de como funciona, de que qualquer um de nós ou alguém que tanto amamos a qualquer momento pode ser incluso na fila de transplantes, que a doação pode salvar até oito pessoas, que o processo para doação é algo muito sério e muito complexo, além de saberem que após a constatação da morte encefálica não existe “volta” para aquele paciente, mas tantos outros podem receber a segunda chance.

Segundo dados apresentados pela ABTO – Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, de janeiro a março de 2020, obteve-se 2.730 notificações de causas da não concretização da doação de órgãos de potenciais doadores notificados nos estados brasileiros, e a recusa foi de 577 pacientes, ou seja, 36% dos potenciais doadores. Comparando com as taxas de 2018, temos uma diminuição considerável de 7%, pois a taxa era de 43%.

Isso porque, de lá para cá vem aumentando as campanhas nos meios de comunicação, além da internet divulgar as rotinas de familiares que optam por expor a sua luta nas mídias sociais.

Como dizia Nelson Mandela (1953): “A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo”, e esse mudar o mundo está incluso em zerar as filas de espera de transplante de órgãos. Será no ambiente escolar e acadêmico e uma constante tratativa sobre o tema da doação, que se conseguirá construir e incutir a cultura doadora nos seres humanos.

Nesse viés, várias personalidades e renomados estudiosos afirmam que na educação tem-se a solução para todos os problemas, tendo em vista que será incutido na vivência daqueles que serão os futuros formadores de ideias, buscando formas de solucionar os problemas.

Além de salvar vidas, estará reduzindo os custos elevados gastos com a área da saúde, porque as pessoas que estão à espera de um transplante tem suas funções comprometidas e para minimizar esses impactos levados a utilizar muitos medicamentos. Os hospitais acabam sendo a moradia de muitos pacientes, em virtude da gravidade dos casos, e como na sua maioria não são beneficiários de planos de saúde privado, acaba por essa conta em recair nos gastos públicos.

Mesmo que alguns pacientes possam esperar pelo transplante em suas residências, os mesmos irão demandar de tratamentos e cuidados contínuos, fazendo uso de drogas paliativas e tratamentos dolorosos e muito desgastantes.

O Projeto de Lei Tatiane, tenta buscar a transformação positiva da realidade brasileira com a instituição do Programa de Ensino e Conscientização sobre Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos no currículo escolar e acadêmico brasileiro. O que se busca é que se possa ensinar, conscientizar e promover a discussão do tema, esclarecendo cientificamente; desmistificando os tabus que cercam a doação, além de expor a ética, a saúde, a compaixão, o papel do Sistema Nacional de Transplantes. (SOU DOADOR, 2018)

As crianças, adolescentes e jovens são os verdadeiros formadores de opinião, pois em suas casas irão abordar o tema, de forma amável, valorizando o amor ao próximo e empatia no seio das suas famílias.

Cumprir destacar, que é extremamente importante que cada indivíduo e família brasileira saibam sobre seus direitos em doar e o seu direito de exercer esse imenso gesto de generosidade, amor, respeito e solidariedade àquele que jamais serão conhecidos.

O transplante de órgão sólido é uma opção de tratamento para melhorar a qualidade de vida de pessoas de qualquer idade, que apresentam doença crônica de caráter irreversível e em estágio final na sua grande maioria. Existem vários procedimentos que precisam ser seguidos à risca para que se possa concretizar a doação de órgãos e tecidos.

#### **4 PROCEDIMENTOS TÉCNICOS PARA FASE DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS: A ENTREVISTA COM OS FAMILIARES**

O primeiro transplante realizado com sucesso foi em 1954, e desde então muito avanço vêm ocorrendo nos tratamentos das doenças crônicas de caráter irreversível. E o número de transplantes realizados no mundo cresce continuamente, mas ainda

não é o suficiente para zerar essa fila de espera.

O primeiro transplante ocorrido no Brasil foi o de rim em 1964, e desde então mais de 75.000 órgãos sólidos já foram efetuados. A lista única de espera acaba garantindo a equidade. E o Sistema Nacional de Transplantes busca incansavelmente por aumentar o número de transplantes.

Nessa esfera, acabamos por nos deparar com um dos pontos cruciais, que é a importância dos profissionais de saúde envolvidos no processo de doação, pois serão eles que estarão à frente dos familiares do “possível” doador. A entrevista familiar é uma das etapas de maior complexidade e parte fundamental no processo de doação de órgãos e tecidos, ela acaba por envolver vários aspectos éticos, legais, emocionais.

A entrevista acaba por ser apontada como determinante, mas vale ressaltar que não é tão relevante quanto às demais, pois não temos etapas mais ou menos importante, acaba por ser um conjunto e toda e qualquer etapa é muito importante, mas se uma das etapas não se concretizar o processo acaba. Vale salientar, que apesar da extrema importância que temos na entrevista, ela não pode impor a doação e sim apresentar somente como uma opção.

O profissional da área da saúde deve estar preparado realizar a entrevista, deve conhecer sobre todo o processo da doação de órgãos, além de ter conhecimento para sanar todas as dúvidas dos familiares que possam vir à tona no momento da entrevista. Tem-se que o entrevistador precisa apresentar habilidades para aceitar, escutar, interpretar, observar, questionar e ainda estabelecer vínculos com a família do potencial doador, além de ser acessível, discreto, empático, honesto e proativo e tendo conhecimento, disponibilidade, equilíbrio emocional, segurança e sensibilidade. E é por isso também a necessidade de capacitação técnica e científica, para que esteja convicto de todas as informações e passe segurança aos familiares adquirindo assim a confiança e possibilitando o consentimento para a doação.

Um importante elemento no processo da doação é a família, e ela é merecedora de apoio, esclarecimento de todo e qualquer questionamento, informação, transparência, devendo ser atendidos e os temores atenuados, valorizando os sentimentos e minimizando ou dizimando a insegurança dos familiares sobre o processo da doação. Essas atitudes acabam favorecendo a desmistificação das fantasias e mitos pelos quais erroneamente acabam criando sobre o tema e por fim contribuem para o consentimento.

#### **4.1 Legitimados para a doação de órgãos**

Salienta-se, que a legislação brasileira, não garante efetivamente a vontade do doador, mas observa-se que, na grande maioria dos casos, quando a família tem conhecimento do desejo de doar do parente falecido, acaba por respeitar esse desejo. Por isso a informação e o diálogo são absolutamente fundamentais, essenciais e necessários. Essa é a modalidade de consentimento que mais se adapta à realidade brasileira. A previsão legal concede maior segurança aos envolvidos, tanto para o doador quanto para o receptor e para os serviços de transplantes.

A vontade do doador, expressamente registrada, também pode ser aceita, caso haja decisão judicial nesse sentido. Em razão disso tudo, orienta-se que a pessoa que deseja ser doador de órgãos e tecidos comunique sua vontade aos seus familiares.

Nesse sentido, reiterando que não existe nenhum documento, comprovante

ou mecanismo legal para garantir a vontade de ser ou não um doador. Só a família pode autorizar a doação e decidir se acata ou não a vontade do falecido.

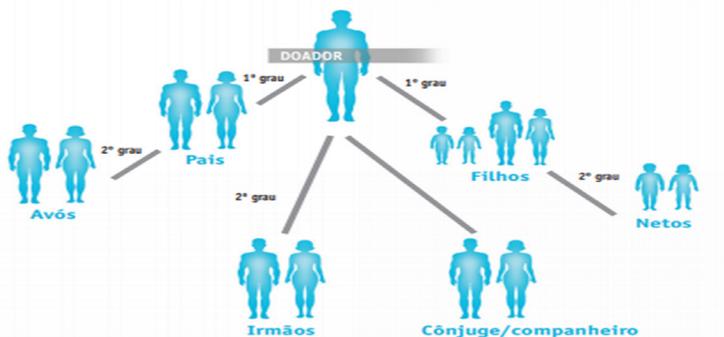
Quando foi promulgada a Lei 9.434/97, presumia-se que todo brasileiro era doador, salvo manifestações contrárias. Em 2002, o código foi alterado e desde então, a família tem o poder de escolha acima de qualquer um, inclusive acima do falecido.

Confere externar que existem dois tipos de doador, o primeiro é o doador vivo, que pode ser qualquer pessoa que concorde com a doação, desde que não prejudique a sua própria saúde. O doador vivo pode doar um dos rins, parte do fígado, parte da medula óssea ou parte do pulmão. Pela lei, parentes até o quarto grau e cônjuges podem ser doadores. Não parentes, só com autorização judicial. E o segundo tipo é o doador falecido, que são pacientes com morte encefálica, geralmente vítimas de catástrofes cerebrais, como traumatismo craniano ou AVC (derrame cerebral).

No momento atual, a única forma de autorização para doação de órgãos no Brasil é do consentimento informado do familiar, que tem previsão na Lei nº. 10.211 de 23 de março de 2001, que alterou dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. Na qual traz no seu artigo 4º:

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Sendo assim, a autorização está dependente do cônjuge ou parente maior de idade, obedecendo à linha sucessória reta ou colateral até o segundo grau. Estão compreendidos nessa linha sucessória, no primeiro grau temos os pais e filhos e no segundo grau teremos os avós, irmãos e netos. De forma mais explicativa, observa-se à figura abaixo que desenha o grau de parentesco<sup>5</sup>.



Pode-se questionar se o conceito de doação ocorre realmente quando há a presunção da manifestação da vontade, e deve-se buscar no direito brasileiro a legitimidade

<sup>5</sup> GARCIA, C. D.; et. al. Manual de Doação e Transplantes: Informações práticas sobre todas as etapas do processo de doação de órgãos e transplante. Porto Alegre: Libretos, 2017.

da família para tomar tal decisão.

Para Gomes (2006, s.p), em seu conceito de morte civil está a legitimidade da família para decidir sobre a doação dos órgãos de seu ente falecido.

No contexto atual, no qual cintila a dignidade da pessoa humana, deve ser compreendida como uma metáfora que se designa a perda ou a impossibilidade jurídica de se exercer direitos por parte de quem tenha cometido certos atos. A despeito de a pessoa ficar impossibilitada de exercê-los, não perde sua personalidade para os demais atos da vida civil.

Por esse prisma, fica compreensível que a morte traz somente o fim da pessoa e não de seus direitos, e sucessivamente, em prol da efetivação da dignidade da pessoa humana, é estendido à família todos os atos que digam respeito ao “de cuius”, quer de direito ou de deveres. E são os familiares, os titulares do patrimônio do falecido e legitimados para disporem do seu corpo, aspirando preservar sua honra e sua dignidade.

E a manifestação da vontade não deve ser, nesse caso, interpretada como a disposição do indivíduo e sim como a disposição em prol do indivíduo. O elemento essencial da doação está manifestado na vontade dos familiares, em detrimento da Lei 9.434/97, com a alteração que a Medida Provisória n.º 1.718 que repassou aos familiares a faculdade da manifestação sobre a doação ou não dos órgãos e tecidos.

E assim ao possuir tal faculdade, será a família que se torna parte legítima na doação, devendo manifestar-se de forma livre, demonstrando a harmonia existente entre autonomia da vontade e *animus donandi* (intenção de doar, dar).

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar a importância da aprovação das modificações à Lei n.º 9.434/1997, propondo a alteração na forma de consentimento para a doação de órgão. Tema de suma importância diante do crescente número de pessoas que aguardam na fila de transplante, sendo essa a única salvação para que tenha o direito à vida garantindo, conseqüentemente, aplicando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Observou-se a dignidade da pessoa humana e a essencialidade de sua aplicação, sendo que, quando não aplicada, afronta as normas constitucionais e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Ainda trouxe a relevância do biodireito e da bioética nos implantes e transplantes de órgãos e tecidos. De igual forma, comentou-se sobre a fase de captação de órgãos, com a identificação dos potenciais doadores, a forma de abordagem da equipe e como se orienta todo o processo antes e depois da doação e transplante.

Posteriormente abordou-se o direito de personalidade presente no Código Civil (Lei n.º 10.406/02) que está previsto desde o artigo 1º até o artigo 21 do diploma legal. Também, trouxe noções gerais da doação de órgãos abordada pela Lei n.º 9.434/97, acostando-se o projeto lei n.º 3.176/2019 que pretende além de instituir como presumida a doação, enquadrar como crime hediondo quem pratica a remoção de órgãos em desacordo com a ordem legal. Citou-se ainda o projeto de lei n.º 2.839/2019 que institui no sistema educacional brasileiro a conscientização sobre transplante e doação de órgãos,

incluindo o tema no currículo escolar e acadêmico.

Por fim, intensificou-se a pesquisa sobre a entrevista com os familiares, de que forma é feita a abordagem, o momento exato e demais peculiaridades. Passando a fomentar sobre o rol de legitimados para autorização a doação de órgãos, descrevendo que se deve ser seguida a linha sucessória, que atualmente menciona o segundo grau.

Ao final, como resultado obteve-se ainda que para a tese extensiva resta evidente a necessidade de aprovação dos projetos de lei que restam pendentes de análise pelo senado federal, visto que tais modificações na Lei nº 9.434/97 diminuiriam exponencialmente a fila de pessoas que na atualidade aguardam pela decisão das famílias que muitas vezes não acatam a vontade do ente falecido no que diz respeito a doação de órgãos, já que a legislação pátria traz que a legitimidade para autorizar a remoção de órgãos é da família.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, E. S. **Transplante de Órgãos e Tecidos Humanos, Seus Limites Ético-jurídicos em Defesa da Dignidade da Pessoa Humana**. Osasco: UNIDIEO – Centro Universitário FIEO, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Revista Brasileira de Transplantes**. 2020. Disponível em: <<http://www.abto.org.br>>. Acesso em 06/jun/2020.

BONATELLI, C.; et.al. Falecido não decide nada. **Revista Espaço Aberto**. 2020. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto>. Acesso em: 28/mai/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 7.649, de 25 de janeiro de 1988**. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.211, de 23 de março de 2001.** Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2020.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. DIGNIDADE. In: DICIO. Porto: **7Graus**, 2020. Disponível em: [<https://www.dicio.com.br>]. Acesso em: 13/abr/2020.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2014.

FRANÇA, G. V. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

GARCIA, C. D.; et. al. **Manual de Doação e Transplantes**: Informações práticas sobre todas as etapas do processo de doação de órgãos e transplante. Porto Alegre: Libretos, 2017.

GOMES, J. J. **Direito Civil Introdução e Parte Geral**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

KRASTINS, R. G. **Direito ao Transplante de Órgãos e Tecidos como um Direito de Personalidade**. São Paulo: PUC, 2006.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEZZAROBBA, O.; et. al. **Biodireito**. V. 3. 1. ed. Curitiba: Clássica Editora, 2014.

MOURA, L. C.; et. al. **Manual de núcleo de captação de órgãos**: iniciando uma Comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes: CIHDORR. Barueri: Minha Editora, 2014.

PEREIRA, D. T. **Dignidade da Pessoa Humana**: evolução da concepção de dignidade e sua afirmação como princípio da Constituição Federal de 1988. São Paulo: PUC/SP, 2006.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2.839/2019**. Institui o Programa de Ensino e

Conscientização sobre Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos no currículo escolar e acadêmico brasileiro. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acessado em: 05/jun/2020.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº. 3.176/2019**. Altera a Lei nº 9.434/97 e a Lei nº 8.072/90, para tornar presumida a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, tornar hediondos os crimes que especifica, permitir campanhas para arrecadação de fundos para financiamento de transplante ou enxerto e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acessado em: 05/jun/2020.

SOU DOADOR. **Lei Tatiane**. Disponível em: <http://soudoador.org>. Acesso em: 01/mai/2020.

## CRIME CIBERNÉTICO DE DISCRIMINAÇÃO POR PROCEDÊNCIA NACIONAL: MÁCULA DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Anderson Pereira de Freitas<sup>1</sup>

Joel Saueressig<sup>2</sup>

Ademar de Souza Mendes<sup>3</sup>

Eduardo Henrique Bondarczuk<sup>4</sup>

### RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso explora aspectos do crime cibernético de discriminação por procedência nacional à luz dos recentes episódios discriminatórios contra o povo nordestino nos pleitos eleitorais de 2014 e 2018. Na análise, além dos elementos de cunho criminal, traz-se à baila os principais fundamentos constitucionais violados com a prática desse delito. Num primeiro tópico, analisa-se os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito, notadamente a sua conceituação e breve histórico. Adiante, aborda-se o conflito dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e igualdade. Em prosseguimento, examina-se o crime cibernético de discriminação por procedência nacional e seus consectários legais. Para tanto, abordou-se a jurisprudência, a doutrina e a legislação vigente no Brasil, bem como os instrumentos de ordem internacional.

Palavras-chave: Discriminação. Procedência nacional. Pleitos eleitorais. Direitos fundamentais. Crime cibernético.

### ABSTRACT

The present course conclusion paper explores aspects of cybercrime of discrimination by national origin in light of the recent discriminatory episodes against the northeastern people in the 2014 and 2018 elections. In the analysis, in addition to the elements of criminal nature, the main constitutional foundations violated with the practice of this offense are brought up. In a first topic, the constitutional foundations of the Democratic State of Law are analyzed, notably its conceptualization and brief history. Forward, the conflict of fundamental rights of freedom of speech and equality are addressed. Continuing, the cybercrime of discrimination by national origin and its legal consequences are examined. Therefore, jurisprudence, doctrine and legislation current in Brazil were addressed, as well as international instruments.

Keywords: Discrimination. National origin. Elections. Fundamental rights. Cybercrime.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>3</sup> Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

<sup>4</sup> Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema o Crime Cibernético de Discriminação por Procedência Nacional: Mácula dos Fundamentos Constitucionais.

A relevância desse assunto se efetiva pelo fato de existir, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n° 7.716/89, a qual regulamenta os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Não obstante, não foram poucas as notícias de fatos relatando que, usuários não identificados na internet, utilizando redes sociais, teriam dito ser a Região Nordeste o “câncer do Brasil”, dentre outras ofensas, em decorrência dos resultados das eleições para a Presidência da República no pleito de 2014, bem como da disputa eleitoral que se arrastou ao segundo turno do pleito de 2018.

Em que pesem os novos meios utilizados para perpetração de ilícitos na órbita criminal atual, tal como se dá através da rede mundial de computadores, o direito, *mutatis mutandis*, também evoluiu, buscando acompanhar o dinamismo da sociedade atual.

Assim, atribuir qualificações negativas genéricas a um grupo de pessoas atinge diretamente a dignidade ou respeitabilidade desse grupo perante a coletividade. Pois, referidas palavras são ofensivas e revelam o evidente intuito de discriminar, humilhar, desprezar, violando, por conseguinte, um dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem assim o direito à igualdade.

Trata-se de manifestação na internet com o nítido propósito de discriminar os nordestinos. Nada mais extraíndo das palavras dos autores das ofensas que o seu desprezo e preconceito em relação às pessoas que vivem ou nasceram naquela região do país. Prática essa, tipificada como crime de discriminação por procedência nacional, subsumida aos rigores típicos do art. 20, § 2º, da Lei n° 7.716/89.

Imperioso, pois, em tempos de intolerância racial, étnica, religiosa, de classe social, origem nacional, gênero, dentre outros, a tutela do direito penal, resguarda os bens jurídicos protegidos em âmbito constitucional, bem como os fundamentos do Estado Democrático de Direito, que possibilitam o gozo dos direitos fundamentais pelos cidadãos.

O problema reside exatamente neste aspecto: o crime cibernético de discriminação por procedência nacional, previsto no art. 20, da Lei n° 7.716/89, amolda-se perfeitamente aos recentes episódios de ofensas dirigidas, em ambiente virtual, ao povo nordestino, nos pleitos eleitorais de 2014 e 2018?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral verificar se as ofensas dirigidas ao povo nordestino, nos pleitos eleitorais de 2014 e 2018, configuram o crime de discriminação por procedência nacional, previsto no art. 20, da Lei n° 7.716/89.

Como objetivos específicos, observar quais foram os fundamentos constitucionais violados nos episódios discriminatórios ocorridos nos pleitos eleitorais contra o povo nordestino, verificar o processo de criminalização de fatos discriminatórios como esse. Além de analisar se, diante desse fato, o direito fundamental à liberdade de expressão deve ou não preponderar sobre o direito à igualdade daquele povo.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o co-

nhhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

## **2 CRIME CIBERNÉTICO DE DISCRIMINAÇÃO POR PROCEDÊNCIA NACIONAL (LEI Nº 7.716/89)**

No presente capítulo, expor-se-á o crime cibernético de discriminação por procedência nacional, conforme o disposto na Lei nº 7.716/89. A princípio, será abordado o panorama de tutela internacional sobre o direito a não discriminação. Após, discorrer-se-á acerca da evolução dessa proteção em âmbito nacional. Finalmente, será exposto o crime com base na atual Lei nº 7.716/89.

### **2.1 Panorama de tutela internacional sobre a criminalização de condutas discriminatórias**

O direito interno pátrio sofre, indiscutivelmente, não só influência do cotidiano brasileiro, mas também do direito internacional, o qual pretende, na maioria das vezes, unir os diversos Estados soberanos em busca de fins comuns. Assim ocorre na proteção internacional do meio ambiente, da saúde pública, em diversas áreas, inclusive no combate a discriminação.

Daí o importante papel das organizações internacionais no combate a condutas separatistas que tanto amarguram a história mundial. Nesse tocante, especificamente no combate à discriminação, Szklarowsky (1997, p. 20) comenta que: “A Carta da ONU e a da OEA abominam intransigentemente a discriminação, erigindo como um dos seus objetivos maiores sua extirpação.”.

Com esse entendimento, percebe-se a importância dada pela Organização das Nações Unidas – ONU e pela Organização dos Estados Americanos – OEA ao extermínio de toda e qualquer discriminação. Não poderia ser diferente, já que a história mundial nos mostra que o fanatismo entre raças, ideologias, crenças podem levar o homem a cometer inúmeras atrocidades. Assim, as Cartas emitidas por essas organizações revelam importantes ajustes de interesses entre as nações na luta pela igualdade e pela paz social.

Outrossim, é importante notar o disposto logo no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que exterioriza a primazia da igualdade, da não discriminação entre as pessoas, independentemente de qualquer condição (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 751). Nestes termos, traz a Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Artigo 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento, ou de qualquer outra situação.

Como se percebe, a teor do que dispõe esse diploma internacional, o qual foi ratificado pelo Brasil, todos os seres humanos possuem livre liberdade de opinião política, religiosa, dentre outros. Bem assim, não há que se preterir raça, cor, origem nacional, tampouco promover qualquer discriminação negativa. Logo, independentemente da procedência nacional, é assegurada a livre opinião política partidária, cuja manifestação pode ocorrer, discricionariamente, por meio do sufrágio universal.

Ademais, a chamada Convenção de Budapeste, mais especificamente no Protocolo adicional à Convenção sobre o Cibercrime, relativo à incriminação de atos de natureza racista e xenófoba, praticados através de sistemas informáticos (2003), também traz orientações no sentido de aplicação do poder punitivo estatal para condutas de cunho discriminatório propagadas em meio virtual.

Da mesma forma, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Brasil mediante o Decreto nº 4.388/02, define o crime de genocídio, consistente em qualquer prática volitiva no intuito de destruir – a integridade física ou psíquica – de determinado grupo nacional, religioso, racial ou étnico, o que foi regulamentado pela chamada Lei do Genocídio (Lei 2.889/56), demonstrando, pois, importante proteção à não discriminação, seja em razão de origem nacional, seja de ordem religiosa, racial ou ética.

Outrossim, destaca-se que o Brasil é signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, mediante o Decreto nº 65.810/69. Nela, estabeleceu-se que o termo “discriminação racial” tem um significado amplo, aberto (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 752). Como se segue:

Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Assim, não se pode restringir o conceito de discriminação racial apenas a condutas que se referem a cor. Pelo contrário, trata-se, como visto acima, de um conceito amplo, que abarca qualquer forma de discriminação, até mesmo aquelas que se referem à determinada procedência nacional, como ocorreu nos episódios virtuais de ataques ao povo nordestino, em razão dos pleitos eleitorais no Brasil.

Destarte, constata-se que o processo de criminalização de condutas discriminatórias no país sofreu bastante influência do direito internacional, sobretudo pela Carta da ONU e da OEA, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Convenção de Budapeste, pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, bem como pela Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

## **2.2 Evolução da criminalização de condutas discriminatórias em âmbito nacional**

Como qualquer instituto jurídico, a criminalização de condutas discrimina-

tórias não nasceu pronta e acabada, tampouco ocorreu de forma célere. Pelo contrário, pouco a pouco foi ganhando espaço no cenário nacional, sendo fortemente influenciado pelo direito internacional, consoante já referido.

No direito interno, a evolução da proteção do direito à igualdade e às liberdades possui registro no constitucionalismo pátrio. A cada nova ordem constitucional foi fortalecendo a luta contra a discriminação, e o estabelecimento de novas garantias.

Na Constituição de 1824, a religião Católica era a oficial do Estado, sendo toleradas as demais, apenas em caráter particular. A de 1891 previu a igualdade de direitos e proibição de qualquer discriminação religiosa, racial ou de outra ordem, permitindo o exercício público e livre de cultos e consagrando o caráter secular dos cemitérios. A de 1934 manteve o princípio da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e os cemitérios continuaram a manter o caráter secular. A de 1937 propiciou a liberdade de culto, possibilitando associações de caráter religioso, mantendo também o caráter secular dos cemitérios. A de 1946 convolveu a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, garantido o livre exercício dos cultos religiosos e os cemitérios continuaram a ter o caráter secular. A de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969 mantiveram o princípio da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas e inauguraram a constitucionalização do crime de preconceito de raça (SZKLAROWSKY, 1997, p. 21-22).

Conforme se verifica, o constitucionalismo pátrio aos poucos foi trilhando o caminho para a criminalização do racismo, já que, timidamente, deu-se azo ao direito à igualdade, bem como a diversas liberdades a cada nova ordem constitucional.

No plano infraconstitucional, as primeiras leis que afirmam o combate ao racismo no país referem-se à legislação antiescravagista. Nesse ponto, destaca Szklarowsky, (1997, p. 22-23):

Alguns autores são unânimes em considerar o racismo uma realidade incontestável, no Brasil, apesar dos inúmeros diplomas, em que se destacam: Lei Diogo Feijó (Lei de 7 de novembro de 1831 – 1ª lei contra o tráfico); Lei Euzébio de Queiroz (Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850 – 2ª lei contra o tráfico); Decreto dos africanos livres – Decreto nº 13.003, de 28 de dezembro de 1853; novo Decreto dos africanos livres – Decreto nº 3.310, de 24 de setembro de 1864; Lei Nabuco de Araújo (Lei nº 731, de 5 de junho de 1854); Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871); Lei dos Sexagenários (Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885); Lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888) e de inúmeras medidas que gradualmente reduziram as agruras dos escravos africanos e das diversas disposições constitucionais.

Conforme se verifica, as leis antiescravagistas foram elaboradas após a Constituição Imperial de 1824 e sucumbiram na conhecida Lei Áurea, a qual aboliu a escravidão no Brasil, introduzindo a nova ordem constitucional que estava por vir em 1891 e que viria a coibir qualquer forma de discriminação.

Contudo, para que haja real efetividade do texto constitucional, é imprescindível a regulação infraconstitucional correspondente. Nesse sentido, explica Sznick (1987, p. 50):

Mesmo existindo na Constituição de maneira ampla a vedação a qualquer discriminação, o texto maior é inaplicável em sede penal por vários motivos que se resumem a dois: primeiro, porque a norma inscrita na Constituição é uma norma pragmática, a ser prevista e tipificada na legislação normal e ordinária; e, mesmo que não o fosse, a norma constitucional está desprovida de sanção.

Assim, em que pese já houvesse a previsão constitucional de vedação à criminalização a partir da Constituição Republicana de 1981, inclusive mantida nas demais constituições, remanesce a necessidade de regulação infraconstitucional para dar concretude ao texto maior.

É bem verdade que, anteriormente ao advento do texto constitucional de 1988, já em 1951, a Lei nº 1.390, conhecida como Lei Afonso Arinos, passou a incluir entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor, significando um primeiro passo à criminalização da discriminação no território nacional (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 752).

Compulsando a Lei nº 1.390/51, constata-se a previsão de prisão simples e multa, como forma de punição das contravenções penais nela prescritas. Além disso, verifica-se que tal diploma, após 30 anos, foi modificada pela Lei nº 7.437, de 1985, que incluiu atos resultantes de preconceito de sexo ou de estado civil.

Nesse sentido, destaca Andreucci (2017, p. 166-167):

A Lei n. 1.390/51, denominada “Lei Afonso Arinos”, em homenagem ao ilustre deputado federal mineiro Afonso Arinos de Melo Franco, seu autor, teve o mérito de ser a primeira lei brasileira a tipificar atos resultantes de preconceito de raça e cor. Posteriormente, a referida lei sofreu sensível alteração pela Lei n. 7.437/85, que aumentou a abrangência das normas penais, prevendo, além do preconceito de raça e cor, também o preconceito de sexo e estado civil, diploma esse que ainda se encontra em pleno vigor.

Com isso, verifica-se que a Lei Afonso Arinos é considerada um marco no processo histórico de criminalização de condutas discriminatórias no cenário nacional, constituindo, naquele período, um avanço significativo para a defesa da igualdade e da não discriminação.

Para Santos (2006, p. 03), apesar de sua relevância, a Lei Afonso Arinos:

[...] transformou-se em objeto de críticas por conta de sua sistemática de tipificação de condutas assemelhadas entre si e pouco abrangentes, que resultou numa mínima aplicação concreta. Também foi duramente atacada por tratar as condutas como meras contravenções penais, sujeitas a penas brandas (em geral de quinze dias a três meses de prisão simples ou multa).

Desse entendimento, percebe-se que a Lei Afonso Arinos não provocou, na prática, uma alteração substancial no combate ao racismo. Contudo, foi importante do ponto de vista inaugurador, já que iniciou o processo de criminalização de condutas discriminatórias, tornando-as contravenções penais.

Com o advento da Carta Política de 1988, houve uma verdadeira revolução no combate à discriminação, tendo em vista que, conforme o disposto no art. 5º, XLII,

a prática do racismo passou a ser prevista como um crime – e não mais contravenção penal – inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão – não mais prisão simples e multa – que vem a ser regulamentado justamente pela Lei 7.716/89 (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 751-752).

Percebe-se que a nova ordem constitucional dispôs com bastante rigor ao criminalizar a conduta de racismo, até então considerada apenas como uma contravenção penal, passando a prever pena de reclusão e retirando a possibilidade de haver fiança ou prescrição de tal delito, daí o caráter revolucionário da nova Carta Política no combate a não discriminação e ao racismo em sentido amplo.

Numa análise sistemática, o texto constituinte passa a prever a vedação à discriminação em diversos artigos: tal como ocorre no Art. 1º, III, ao prever o princípio da dignidade da pessoa humana; no art. 3º, IV, ao prever como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); ao prever no art. 4º, VIII, como princípio de relação internacional o repúdio ao racismo; além da já mencionada previsão do art. 5º, XLII, em que o próprio texto constitucional prevê o crime de racismo como inafiançável e imprescritível (HABIB, 2018, p. 921).

Assim, verifica-se que a proteção efetiva a não discriminação é algo recente, fruto do século XX. Isso porque, conforme já exposto, o Brasil é signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810/69) e, ao assumir esse compromisso, comprometeu-se a punir, mediante lei, qualquer manifestação discriminatória.

Artigo IV - Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.

Diante desse compromisso, a tutela a não discriminação ganhou mais força no país, a ponto de o constituinte, especificamente no art. 5º, XLII, da CF/88, prever como crime a prática do racismo, sendo inafiançável e imprescritível. Nestes termos: “Art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”.

Contudo, por não ser uma norma autoaplicável, foi preciso a atuação do legislador infraconstitucional. Em razão dessa necessidade, editou-se a Lei nº 7.716/1989, visando a punir condutas ilícitas, consistentes em atos discriminatórios apenas em virtude de raça e cor, constituindo, nesse primeiro momento, uma proteção ainda restrita.

Diante dessa proteção limitada, demandou-se a superveniência de alterações legislativas com o fim otimizar a amplitude do alcance desse diploma legal. Com efeito, Santos (2006, p. 03) aponta o seguinte:

Alguns aperfeiçoamentos legislativos foram sendo verificados desde então, através das Leis nºs. 8.081/90, 8.882/94 e 9.459/97, esta última a mais relevante das três, principalmente por incluir a norma penal incriminadora até hoje prevista no artigo 20, “caput”, qual seja, “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena – reclusão, de um a três anos e multa”.

Conforme se verifica, em 1997, sobreveio uma importante alteração, por meio do advento da Lei nº 9.459/97, a qual alterou os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716/89, passando a considerar como crime não só os atos discriminatórios em razão de raça e cor, mas também em virtude de etnia, religião ou procedência nacional, ampliando, pois, a dinâmica de proteção da referida norma.

É o que se vê especificamente no art. 20 do referido diploma legal, nestes termos:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Assim, o compromisso internacional de tipificar condutas discriminatórias, assumido pelo Brasil por meio do Decreto 65.810/69, ganhou mais concretude, na medida em que a Lei nº 7.716/1989, criada para esse fim, foi alterada pela Lei nº 9.459/97, e teve o seu campo de atuação estendido, coadunando-se com o conceito amplo de discriminação racial previsto na própria Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, conforme já exposto.

Ainda na missão de tutelar a multiculturalização, mais recentemente, incorporou-se ao ordenamento pátrio o Estatuto da Igualdade Racial (2010), com o fim de combater a discriminação e promover ações afirmativas (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 752-753). Veja-se:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada.

Tal instrumento reforça o combate a discriminação no Brasil, mantendo consonância com a ordem jurídica até então posta, sobretudo ao prever um conceito amplo de discriminação racial.

A partir desse novo mecanismo de proteção, as discriminações positivas tornaram-se fortemente incentivadas, consistindo em programas e medidas especiais adotados pelo Estado, a fim de buscar a correção das desigualdades raciais no país.

Outrossim, outro importante passo na criminalização da discriminação refere-se ao advento da Lei n. 12.984, de 2-6- 2014, a qual criminaliza condutas discriminatórias contra portadores do vírus HIV.

Nesse sentido, destaca Andreucci (2017, p. 165): “Mais recentemente, entrou em vigor outro importante diploma legal, a Lei n. 12.984, de 2-6- 2014, que definiu o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS.”.

Além disso, recentemente o Supremo Tribunal Federal – STF enquadrou a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, considerando que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger). Para tanto, a Corte Suprema fixou-se a seguinte tese:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); [...] (STF, ADO 26/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, 13.06.2019.)

Assim, o processo de criminalização de condutas discriminatórias evoluiu de maneira gradual no Brasil, iniciado pela Lei nº 1.390 (Lei Afonso Arinos - 1951), seguido pela Lei nº 7.437 (1985), mas somente ganhou força com o Decreto 65.810 (1969), cujo compromisso internacional fez com que a Constituição de 1988 se tornasse um paradigma nesse sentido, ao passar a punir com severidade qualquer forma de discriminação.

Sobre essa evolução, Szklarowsky (1997, p. 36) destaca:

Da Lei Afonso Arinos até a Lei nº 9.459, passando pela legislação anti-escravista, há um longo caminho percorrido e um intenso esforço produzido, no sentido de concretizar os postulados da igualdade e da preservação de uma vida livre de preconceitos e discriminação, nem sempre feliz, todavia pontilhado de relativo sucesso, no plano legal, visando a harmonização dos diversos grupos e segmentos da sociedade [...].

Portanto, o processo de criminalização de condutas discriminatórias sucumbe com a regulamentação da nova proteção constitucional, editando-se a atual Lei n° 7.716/89, que, posteriormente, foi alterada pelas Leis n°s. 8.081/90, 8.882/94 e Lei n° 9.459/97, ampliando o campo de atuação da norma, inclusive com a nova concepção dada pelo STF que enquadra a discriminação homofóbica e congêneres também como crime de racismo previsto nesse diploma legal em comento. Finalmente, editou-se a Lei n. 12.984, de 2014, coibindo discriminações contra portadores do vírus HIV.

### **2.3 Crime cibernético de discriminação por procedência nacional (lei n° 7.716/89)**

A Lei n° 7.716/89, como visto, inovou na ordem jurídica para regulamentar o Art. 5°, XLII, da Carta Maior, definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Inicialmente, passou a tutelar a discriminação em razão de raça ou de cor, sendo alterada em 1997, pela Lei n° 9.459, ampliando a proteção à discriminação de etnia, religião ou procedência nacional (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 752).

Então, de plano, cabe diferenciar os significados dos termos racismo, discriminação e preconceito, já que tais conceitos, embora possam parecer próximos, possuem sensíveis distinções.

Para tanto, colhe-se o entendimento de Andreucci (2017, p. 163):

O termo “racismo” geralmente expressa o conjunto de teorias e crenças que estabelecem uma hierarquia entre as raças, entre as etnias, ou ainda uma atitude de hostilidade em relação a determinadas categorias de pessoas. Pode ser classificado como um fenômeno cultural, praticamente inseparável da história humana. A “discriminação”, por seu turno, expressa a quebra do princípio da igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas. Já o “preconceito” indica opinião ou sentimento, quer favorável, quer desfavorável, concebido sem exame crítico, ou ainda atitude, sentimento ou parecer insensato, assumido em consequência da generalização apressada de uma experiência pessoal ou imposta pelo meio, conduzindo geralmente à intolerância. Portanto, em regra, o racismo ou o preconceito é que levam à discriminação.

Como exposto, o termo racismo carrega consigo um processo histórico pelo qual percorreram as nações de diversas partes do mundo. Daí hoje ser um conceito aberto, amplo, assim considerado na ordem internacional e pela própria ordem jurídica interna, a exemplo da recente interpretação dada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO n° 26/DF, já referida.

Já o preconceito expõe, assim como o racismo, uma concepção antecipada sobre outrem, equivocada, não experimentada, como o que ocorre na generalização sobre algo que não se tem real conhecimento a respeito.

Para Gonçalves (2019, p. 707): “A discriminação, ao contrário do preconceito, que é estático, consiste em uma atitude dinâmica de separação, apartação ou segregação, traduzindo a manifestação fática ou a concretização do preconceito.”.

Dadas essas premissas, conclui-se que o preconceito é uma concepção estática presente em determinado indivíduo, sendo que, quando manifestada, gera o ato discriminatório, o qual é dinâmico e necessita de casos concretos para se manifestar, eis a diferenciação. Logo, a discriminação nada mais é do que o preconceito e o racismo revelado em determinado contexto fático.

Adiante, merece também diferenciação os termos alusivos à raça, à cor, à etnia, à religião e à procedência nacional, assim expressamente referidos na Lei nº 7.716/89, pois constituem o âmbito de proteção material da norma.

Com efeito, a raça pode ser entendida como o homem, cujos caracteres diferenciais se conservam através das gerações, a exemplo da raça branca, amarela, negra. Já o termo cor consiste na coloração da pele propriamente dita, tal como a cor branca, preta, amarela, parda etc. Enquanto a etnia representa a coletividade de pessoas que se distingue por sua particularidade sociocultural, observada sobretudo pela língua, religião e costumes, como os índios, árabes, judeus etc. Outrossim, a religião constitui a crença ou culto praticados por um grupo social, de acordo com determinadas doutrinas, como a religião católica, protestante, espírita etc (ANDREUCCI, 2017, p. 164).

Importa destacar que o termo raça ainda prevalece como objeto material de proteção da norma, apesar da atual discussão acerca de poder ou não haver uma classificação de raças dentro da própria raça humana.

É certo que a desconsideração do objeto raça para fins jurídicos parece preocupante. Sobre o tema, Santos (2006, p. 13) afirma o seguinte:

No início do atual milênio, quando grupos historicamente submetidos a toda sorte de exploração passam a reivindicar reparações; quando as ditas “minorias” passam a se organizar e pleitear isonomia; quando o mundo mostra-se parcialmente mais sensível para analisar a questão, pode parecer até irônica a assertiva de que aquele ser vilipendiado e humilhado por pertencer a determinada raça (raça esta cuja existência era até então cientificamente utilizada para justificar a desequiparação), agora, não tem mais direito a nada, porque as raças não existem mais.

Com toda razão, o reconhecimento da inexistência de raças no universo jurídico acabaria por gerar a atipicidade de milhares de condutas criminosas racistas, sendo, pois, um verdadeiro retrocesso na luta contra a desigualdade. É por isso que atualmente segue hígido o objeto material alusivo à raça, sobretudo no ordenamento jurídico.

Feita tal distinção, importa saber o que é considerado “procedência nacional”, para fins de aplicação do delito previsto no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89.

Para tanto, colhe-se o entendimento de Baltazar Junior (2017, p. 755), para quem:

Procedência nacional é expressão que define, primeiramente, o preconceito ou discriminação contra nacionais de outro Estado-Membro ou região do mesmo país, reconhecíveis pelo modo de falar e aparência física, ou ainda pelo conhecimento direto por parte do autor do crime a respeito dessa circunstância, como poderá ser o caso de preconceito contra nordestinos, nortistas, cariocas, paulistas, gaúchos, baianos etc., ou mesmo contra moradores de certas regiões dentro de um mesmo Estado.

Como se vê, o crime de discriminação por procedência nacional ocorre exatamente quando há ofensa à coletividade de pessoas residentes em outras regiões do mesmo país. Nota-se que é exatamente o que ocorreu quando – nos pleitos eleitorais de 2014 e 2018 – atribuíram-se qualificações negativas contra os nordestinos, nacionais de outra região do Brasil, ferindo-se a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade daquela coletividade, bens jurídicos tutelados no tipo penal previsto no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89.

Na mesma linha, defende Andreucci (2017, p. 165-166), segundo o qual:

Procedência nacional significa o lugar de origem da pessoa, a nação da qual provém, o lugar de onde procede o indivíduo (p. ex., italiano, japonês, português, árabe, argentino etc.), incluindo, a nosso ver, a procedência interna do País (p. ex., nordestino, baiano, cearense, carioca, gaúcho, mineiro, paulista etc.).

Logo, a procedência nacional, indiscutivelmente, traduz-se na procedência de certa coletividade, assim como ocorre com o povo nordestino, vítima dos ataques virtuais nos últimos dois pleitos eleitorais para a presidência do país.

Com a alteração da Lei nº 7.716/89 promovida pela Lei nº 9.459/97, a nova redação passa a prever também o crime cibernético de discriminação por procedência nacional, dentre outros advindos. Nestes termos:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Além disso, a Lei nº 9.459 também acrescentou ao art. 140, do Código Penal brasileiro, o § 3º. Nesse sentido, dispõe Andreucci (2017, p. 165):

A injúria por preconceito, também chamada de injúria racial, foi acrescentada ao Código Penal pela Lei n. 9.459/97, consistindo na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, para ofender a honra subjetiva da vítima (autoestima). Vem prevista no § 3º do art. 140 do Código Penal: “§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Contudo, há que se destacar uma fundamental diferença entre o artigo 140, § 3º, do Código Penal e o atual artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89, já que é comum a confusão entre os crimes de injúria racial e racismo, respectivamente.

Com efeito, o disposto no art. 20 da Lei 7.716/89 pune condutas discriminatórias dirigidas à coletividade ou grupo (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 761). Logo, a legislação especial difere essencialmente do Código Penal por dois motivos, a saber, o sujeito passivo e o bem jurídico tutelado nesses delitos.

Na injúria racial, o sujeito passivo é a própria vítima e o bem jurídico é a honra subjetiva. No crime de racismo, o sujeito passivo é a coletividade ou grupo e o bem jurídico tutelado é o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana dessa

coletividade.

Vale lembrar que as ofensas dirigidas ao povo nordestino foram as seguintes: “o nordeste é um câncer”, “nordestino é uma desgraça”, “campos de concentração para bahianos já”, “baiano nem é gente”, “bando de pobre preguiçoso burro”, “bahiano além de preguiçoso é burro”, “cabeças chatas mortos de fome”, “nordeste podia tacar fogo”, “serra a Bahia e empurra pra África pf”, “é sempre esse nordeste atrapalhando tudo, cambada de mongolóides” (CORREIO, 2018).

Logo, diante da natureza das ofensas, nesses episódios marcados pelos pleitos eleitorais de 2014 e 2018, a conduta desses usuários se amoldam ao crime de racismo, na modalidade de discriminação por procedência nacional e não na injúria racial, já que foi a coletividade ofendida, não indivíduos determinados.

A disposição do Código Penal, como se sabe, visa a punir a prática de injúria racial quando praticada contra indivíduo certo e determinado, atacando a honra subjetiva da vítima, sendo possível a individualização do ofendido.

Nessa esteira, pontua Andreucci (2017, p. 165):

Assim, não há que confundir, como frequentemente ocorre, crime de racismo (previsto pela Lei n. 7.716/89) com o crime de injúria por preconceito. O primeiro resulta de discriminação, de preconceito racial, implicando segregação, impedimento de acesso, recusa de atendimento etc. [...]. O segundo é crime contra a honra, agindo o sujeito ativo com animus injuriandi, elegendo como forma de execução do crime justamente a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima.

Colhido o entendimento, cumpre destacar que, no caso das ofensas ao povo nordestino nos pleitos eleitorais, os usuários não se referiram a pessoas determinadas, não atingiram a honra subjetiva de vítimas particularizadas, mas sim a toda a coletividade pertencente à região nordeste do país, atingindo, pois, o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana daquele povo, bens estes juridicamente tutelados pelo art. 20 da Lei 7.716/89.

Para Santos (2006, pág. 4), o critério de diferenciação entre a injúria racial prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal e o crime de racismo previsto no art. 20, da Lei nº 7.716/89: “deve ser o alcance das expressões, gestos ou qualquer modo de exteriorização do pensamento preconceituoso”.

Assim, enquanto a injúria racial se restringe a atingir apenas a vítima em questão, dela não ultrapassando a ofensa, no crime de racismo a vítima é toda a coletividade ou grupo, pois a ofensa transcende a figura do indivíduo.

Outrossim, há fundamental distinção do crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89 com relação a Lei nº 9.455/97, que define os crimes de tortura. Para tanto, discorre Habib (2018, p. 924) da seguinte forma:

Princípio da especialidade. Lei de crimes de tortura. A lei 9.455/97, que traz os delitos de tortura, no art. 1º, I, alínea C, dispõe sobre a denominada tortura discriminatória, tortura preconceituosa ou tortura racismo. Eis a redação legal: “Art. 1º Constitui crime de tortura: I – constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: C) em razão de discriminação racial ou religiosa”. Dessa forma, se o dolo do agente for causar sofrimento físico

ou mental na vítima, por meio de violência ou grave ameaça, movido por motivo de discriminação racial ou religiosa, a sua conduta estará tipificada na lei de tortura, e não na lei ora comentada.

Logo, a fim de afastar qualquer eventual conflito aparente de normas, constata-se que a Lei de tortura, quando prescreve a chamada tortura racial, refere-se expressamente a presença de violência ou grave ameaça cumulado ao fator discriminatório; enquanto que a Lei 7.716/89 não prevê a elementar alusiva à violência ou grave ameaça. Eis, então, uma fundamental diferença fática e jurídica de ambos diplomas legais.

Ademais, os verbos nucleares presentes no art. 20, da Lei 7.716/89 são “praticar”, “induzir” e “incitar”. Praticar é exteriorizar, por meio de qualquer conduta, a discriminação. Induzir é criar em alguém a ideia discriminatória. Por fim, incitar é estimular o intento discriminatório já existente no indivíduo (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 762).

Nos episódios discriminatórios em face do povo nordestino, os agentes incorreram no verbo “praticar”, já que, por meio de ambiente virtual, proferiram ofensas aos moradores daquela região, tachando-os de “câncer do Brasil”, dentre outros.

Como se pode notar, o verbo “praticar” é o mais amplo dos verbos, possibilitando qualquer conduta discriminatória, possuindo forma livre, sendo, pois, qualquer ato que produza a discriminação prevista no tipo em exame. Logo, praticar é exteriorizar o preconceito ou revelar a discriminação. Por essa razão, dada a amplitude do alcance verbal, é conduta que se confunde, não raramente, com a injúria racial prevista no Código Penal. Assim, o crime do art. 20 deve ser aplicado de forma subsidiária (GONÇALVES, 2019, p. 724).

Por subsidiariedade, vale dizer, entende-se a aplicação do tipo previsto no art. 20 da Lei 7.716/89 caso o fato em análise não se amolde perfeitamente ao tipo de injúria racial previsto no Código Penal. Por isso, trata-se de um critério de exclusão.

Quanto à objetividade jurídica, isto é, o bem jurídico protegido pela norma, Andreucci (2017, pág. 172) salienta que o art. 20 em exame tutela o “direito à igualdade, o respeito à personalidade e à dignidade da pessoa.”

Por essa razão, foi que se preferiu destacar o conflito de direitos fundamentais entre o direito à igualdade e o direito à liberdade de expressão, como sendo os dois bens jurídicos envolvidos nos ataques virtuais promovidos ao povo nordestino nos pleitos eleitorais de 2014 e 2018.

Nesse sentido, ressalta Habib (2018, p. 921):

Na presente lei, o legislador pretendeu proteger a dignidade da pessoa humana, positivada como princípio e fundamento da República Federativa do Brasileira no art. 1º, III da CRFB/88, bem como o direito à igualdade, também erigido à categoria de princípio fundamental, garantia individual de toda e qualquer pessoa, independentemente de qualquer critério distintivo entre os seres humanos (art. 5º, I da CRFB/88).

Como se vê, é assente o entendimento de que os bens tutelados na Lei 7.716/89 referem-se tanto ao direito à igualdade (princípio fundamental e garantia individual) quanto ao direito à dignidade da pessoa humana (princípio e fundamento da República Federativa do Brasil).

Da mesma forma, ao comentar o tipo penal do art. 20, da Lei 7.716/89, Gon-

çalves (2019, p. 725) também prevê tal colisão de direitos fundamentais:

A exigência de um especial estado de ânimo para o reconhecimento dos crimes de prática, induzimento e incitação é importante a fim de preservar o direito fundamental à liberdade de expressão, que poderá entrar em colisão com a proteção da dignidade dos grupos ameaçados com a prática criminosa [...]

Colisão esta que, conforme tópico já exposto deve ser resolvida por meio da aplicação de técnicas e princípios, tal como a “lei da colisão” ou sopesamento, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, valorados sob as condições desse caso concreto, em que o direito à igualdade deve preceder em detrimento do direito à liberdade de expressão, devido ao uso desproporcional e criminoso deste em face daquele.

Igualmente, ressalta-se que o tipo previsto no art. 20, da Lei 7.716/89 apresenta as seguintes características: (a) exige o dolo, porquanto não admite a forma culposa; (b) é crime formal, pois não exige o resultado material para o seu reconhecimento; (c) os meios de comunicação do § 2º do tipo em análise diz respeito aos meios de imprensa como rádio, televisão, jornal ou internet, dentre outros; (d) a ação penal é pública incondicionada, sendo o Ministério Público o titular da ação; (e) a competência pode ser da Justiça Federal ou da Justiça estadual, a depender do caso concreto; (f) admite-se medidas assecuratórias como a busca e apreensão, etc; (g) o crime de racismo é inafiançável e imprescritível (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p.753-767).

Merece destaque a imprescritibilidade do crime de racismo, isto é, não são aplicáveis as normas ordinárias de prescrição previstas abstratamente no Código Penal para tal crime, constituindo um dos poucos crimes imprescritíveis no nosso ordenamento.

Nesse sentido, reforça Capez (2019, p. 744):

[...] vale lembrar que os crimes de racismo (art. 5º, XLII, da CF e Lei n. 7.716/89) e as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV, da CF e Lei n. 7.170/83), são os únicos casos de imprescritibilidade em nosso ordenamento jurídico penal.

Tal imprescritibilidade, inclusive, não se opera apenas nos crimes perpetrados em razão da cor ou etnia, mas também em razão de raça, religião ou procedência nacional. Logo, todos os objetos materiais contidos no tipo são imprescritíveis.

Nessa linha, esclarece Gonçalves (2019, p. 708): “A imprescritibilidade não se limita, porém, aos casos de discriminação decorrente de cor ou etnia, abrangendo os casos de preconceito ou discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência.”.

Desta forma, pode-se afirmar que a conduta ofensiva de usuários na internet, nas eleições passadas, configura um crime doloso, inafiançável e imprescritível, com o nítido propósito de denigrir a coletividade de pessoas que se originam da região norderste do país.

É claro que a Lei 7.716/89 prevê, para a adequada subsunção aos delitos nela expressos, que haja um especial fim de agir na conduta do agente. Sobre essa questão, explica Habib (2018, p. 924) o que segue:

Todos os tipos penais da lei ora comentada possuem um especial fim de agir, consistente na discriminação de alguém em razão de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Ausente o especial fim de agir, a conduta será atípica, como na hipótese de uma brincadeira feita entre amigos, em que não há a vontade específica de discriminar.

De acordo com esse entendimento, é preciso que a conduta exposta no campo fático tenha por trás a intenção do agente em, de fato, discriminar a coletividade ou grupo em virtude de um dos objetos materiais protegidos pela norma (raça, cor, etnia, religião, procedência nacional). No caso fático dos ataques ao povo de origem nordestina nas eleições presidenciais, é inquestionável o nítido caráter discriminatório em razão da procedência nacional daquele povo, estando presente, portanto, o especial fim de agir exigido pelo tipo.

Para mais, outro ponto relevante consiste no momento em que se consuma o crime previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89. Isso porque se trata de crime formal cuja consumação independe do resultado naturalístico. É dessa forma que entende também Andreucci (2017, p. 173), segundo o qual a consumação se dá: “com a prática de uma ou mais modalidades de conduta típica. Trata-se de crime formal, que independe de qualquer outro resultado”.

Com isso, os episódios cibernéticos de ofensas aos indivíduos oriundos da região nordeste, em virtude da opção política do povo daquela região, consumaram-se com a mera postagem das agressões em ambiente virtual, independentemente de qualquer resultado naturalístico.

Ademais, de acordo com Andreucci (2017, p. 173): “O § 2º prevê qualificadora ao crime de preconceito cometido através dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza (rádio, televisão, jornais, revistas, panfletos, livros, fitas de vídeo etc.)”.

Com efeito, dita qualificadora se refere, exemplificativamente, ao uso da rede mundial de computadores para a prática do crime de discriminação, exatamente o que como ocorreu nas duas últimas eleições passadas, contexto fático que é exaustivamente defendido no presente trabalho como criminoso.

Afinal, para Gonçalves (2019, p. 729), entende-se por meios de comunicação social: “os meios de imprensa, como rádio, televisão, jornal ou internet”. Destarte, o tipo contido no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89, trata-se de conduta formal, cuja consumação – de forma qualificada – ocorre com a publicação das ofensas na rede mundial de computadores.

É, exatamente, o que se verifica nos episódios discriminatórios em desfavor do povo nordestino nas últimas eleições de 2014 e 2018, em virtude da opção política manifestada pela coletividade oriunda daquela região.

Em realidade, a Lei 7.716/89 é tido atualmente como “elástica” com relação ao crime previsto no art. 20, tal como explica Szklarowsky (1997, p. 30):

Antes, o crime só ocorreria se se operasse através dos meios de comunicação social ou por intermédio de qualquer publicação. Atualmente, a lei é elástica. Vale dizer, o crime concretiza-se independentemente do meio ou do veículo. Essa amplitude realmente é mais consentânea com a natureza do bem tutelado.

Logo, com a presente elasticidade da norma, havendo conduta discriminatória, haverá adequada subsunção típica, independentemente do meio utilizado pelo agente para praticar o crime de discriminação, inclusive em razão da procedência nacional.

Além disso, o tipo penal em comento traz a medida de busca e apreensão cautelar, disposta no § 3º. Nesse rumo, Andreucci (2017, p. 174) explica:

Dispõe o § 3º que, sendo o crime cometido nas circunstâncias do § 2º, poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial: – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo (vide art. 14, c/c o art. 51 da Lei n. 5.250/67 – Lei de Imprensa); – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; – a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

Conforme esse entendimento, além da possibilidade de haver busca e apreensão de materiais físicos contendo conteúdo discriminatório, é possível também a interdição de mensagens do mesmo teor veiculadas mediante a internet, tudo a fim de impedir a propagação de discurso de ódio e discriminatório.

Assim, definitivamente, os episódios discriminatórios ocorridos nos pleitos eleitorais de 2014 e 2018 contra o povo nordestino amoldam-se perfeitamente ao crime de racismo previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, mais especificamente na modalidade de discriminação por procedência nacional, tendo sido praticado de forma dolosa, com o especial fim de ofender o povo originado naquela região e cuja consumação se deu com a mera postagem das ofensas na internet.

Em arremate, defende Szklarowsky (1997, p. 32):

De fato, a liberdade, ao exteriorizar o pensamento, independentemente de censura, esbarra no supremo princípio constitucional da igualdade, que é o ponto maior da construção democrática, e vê-se reforçada pelas balizas estruturais da Constituição, que manda punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a prática do racismo, que constitui crime inafiançável, punido com pena de reclusão.

Finalmente, resta claro que tais ofensas não estão cobertas pelo manto do direito à liberdade de expressão, o qual não é absoluto e deve, diante do conflito com o direito à igualdade, ter o exercício limitado – em cada caso concreto – pela aplicação dos princípios de resolução de conflitos de direitos fundamentais, principalmente pela técnica de sopesamento (lei de colisão) e pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo, inclusive, promovida a devida responsabilização dos infratores que, na esfera penal, está prescrita no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89.

### 3 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o crime cibernético de discriminação por procedência nacional, os fundamentos constitucionais violados quando ocorre esse delito, o conflito de direitos fundamentais que emerge dessa prática, bem

como o processo de criminalização da discriminação no país. Tema de suma importância diante das diversas ofensas dirigidas ao povo nordestino nos últimos pleitos eleitorais de 2014 e 2018, por usuários via internet.

Colisão esta que deve ser resolvida por meio da aplicação de técnicas e princípios, tal como a “lei da colisão” ou sopesamento, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, valorados sob as condições desse caso concreto, em que o direito à igualdade deve preceder em detrimento do direito à liberdade de expressão, devido ao uso desproporcional e criminoso deste em face daquele.

Intensificou-se a pesquisa acerca do crime cibernético de discriminação por procedência nacional previsto na Lei nº 7.716/89. Inicialmente, abordou-se o panorama de tutela internacional sobre a criminalização de condutas discriminatórias, constatando-se que o processo de criminalização de condutas discriminatórias no país sofreu bastante influência do direito internacional, sobretudo pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Carta da ONU e da OEA, pela Convenção de Budapeste, pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, bem como pela Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Após, discorreu-se sobre a evolução da criminalização de condutas discriminatórias em âmbito nacional, passeando-se pela contribuição do constitucionalismo brasileiro e pela legislação antiescravagista, destacando principalmente a criminalização iniciada pela Lei nº 1.390 (Lei Afonso Arinos - 1951). Observou-se que a Constituição de 1988 foi um paradigma nessa criminalização, ao passar a prever o racismo como crime imprescritível e inafiançável. Posteriormente, a regulação do texto supremo se deu pela atual Lei nº 7.716/89, a qual sofreu significativo melhoramento pela Lei nº 9.459/97, ampliando o campo de atuação da norma. Finalmente, editou-se a Lei nº 12.984, de 2014, coibindo discriminações contra portadores do vírus HIV. Mais recentemente (2019), a criminalização da discriminação obteve uma nova concepção dada pelo STF, que passou a enquadrar as discriminações homofóbicas e congêneres também como crime de racismo previsto na Lei nº 7.716/89.

Finalmente, analisou-se a figura típica do Crime cibernético de discriminação por procedência nacional (Lei nº 7.716/89), constatando-se que os episódios discriminatórios ocorridos nos pleitos eleitorais de 2014 e 2018 contra o povo nordestino amoldam-se perfeitamente ao crime de racismo previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, mais especificamente na modalidade de discriminação por procedência nacional, tendo sido praticado de forma dolosa, com o especial fim de ofender o povo originado daquela região e cuja consumação se deu com a mera postagem das ofensas na internet.

Ao final, como resultado obteve-se que: i) as ofensas via internet dirigidas ao povo nordestino nas últimas duas eleições se subsumem ao crime de racismo do art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, na modalidade de discriminação por procedência nacional; ii) tais ofensas não estão amparadas pelo direito à liberdade de expressão, que não é absoluto e deve ser preterido quando houver desproporcionalidade no seu uso, devendo o direito à igualdade e a dignidade daquele povo preponderar, após ser realizado o sopesamento desses direitos constitucionais em colisão; iii) tais fatos típicos geram um nefasto retrocesso na luta contra a não discriminação, bem como ofendem diversos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como o princípio republicano, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, dentre outros.

O tema, obviamente, não se exaure aqui, já que a criminalização da discrimi-

nação no Brasil é um fenômeno recente, que só foi concretizada com a Constituição de 1988 e, portanto, a regulamentação e o aperfeiçoamento é um desafio diante da atual sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.pdf](https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 7 dez. 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Leis e Decretos. **Constituição de 1824**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Constituição de 1891**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Constituição de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Constituição de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Constituição de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Constituição de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Constituição de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a Republica Federativa, e estabelece as normas pelas quaes se devem reger os Estados Federaes**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>>. Acesso em: 7 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 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: 07 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. 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: 7 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 7 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_ anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956**. Define e pune o genocídio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l2889.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985**. Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7437.htm)>. Acesso em: 7 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes re-

sultantes de preconceito de raça ou cor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 8.081 de 21 de setembro de 1990**. Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8081.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 8.882 de 3 de junho de 1994**. Acrescenta parágrafo ao art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que “define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8882.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm)>. Acesso em: 7 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951**. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L1390.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. **Lei nº 12.984, de 2 de junho de 2014**. Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26 DF**. Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, 13.06.2019, DJ nº 142 do dia 01.07.2019. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=142&dataPublicacaoDj=01/07/2019&incidente=4515053&codCapitulo=2&numMateria=22&codMateria=4>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Leis e Decretos. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS: HC 82424 RS**. Relator Ministro Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. JusBrasil, 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 7 dez. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal**. 6.ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

ELEIÇÃO de 2018: **Comentários contra nordestinos tomam conta das redes**. Correio, Salvador, 7 out. 2018. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/eleicao-2018-comentarios-contra-nordestinos-tomam-conta-das-redes/>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA. **Protocolo adicional à Convenção sobre o Cibercrime** (Budapeste, 2001) relativo à incriminação de atos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistemas informáticos, realizado em Estrasburgo, a 28 de Janeiro de 2003. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802ed8cd>>. Acesso em: 7 dez. 2018.

GONÇALVES, Victor E. R; BALTAZAR JUNIOR, José P. Legislação penal especial. In: LENZA, Pedro (Coord.). **Esquemmatizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras**. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, pág. 105-129. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

HABIB, Gabriel. Leis penais especiais. In: Garcia, Leonardo de Medeiros (Coord.). **Leis Especiais para concursos**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NORDESTINOS são atacados nas redes sociais após resultado do primeiro turno. **O Globo**, Rio de Janeiro, 7 out. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/nordestinos-sao-atacados-nas-redes-sociais-apos-resultado-do-primeiro-tur-no-23138271>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Renato; GONÇALVES, José Correia. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9. ed. Lages: PAPERVEST, 2020.

SANTOS, Cristiano Jorge. Racismo ou injúria qualificada? In: Silva, Marco Antonio Marques da Silva (Coord.). **Direito Processual Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/a35c5x.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SZKLAROWSKI, Leon Frejda. Crimes de racismo. Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 135, p. 19-36, jul./set. 1997. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/249/r135-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

SZNICK, Valdir. Contravenção por preconceito de raça, cor, sexo e estado civil. **Revista Justitia**, v. 138, p. 49-55, abr./jun. 1987. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/aaw566.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

## EFICIÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: REINTEGRAÇÃO SOCIAL

Jean Pierre Souza Alves<sup>1</sup>

Joel Saueressig<sup>2</sup>

Erika Tavares Amaral Rebelo de Matos<sup>3</sup>

Laura Maria Bertoti Kuster<sup>4</sup>

### RESUMO

O sistema prisional brasileiro é tema de muita discussão seja pela sociedade em geral, seja pelos meios de comunicação que falam do inchaço das prisões, das rebeliões e fugas. Neste contexto muito se questiona o nosso sistema carcerário e sua capacidade de ressocializar algum criminoso. Contudo, a Lei de Execução Penal brasileira é considerada uma das mais avançadas do mundo, uma vez que se preocupa com a dignidade e os direitos dos apenados. Desta forma, este trabalho estabelece como sua questão central: a Lei de Execução Penal brasileira contempla a ressocialização do preso? Nesta visão, o objetivo estabelecido para o presente estudo é: analisar se a concretização da Lei de Execução Penal e se seguindo seus princípios juntamente com o sistema carcerário brasileiro conseguem através das ferramentas essenciais que são o trabalho do preso, a educação, as atividades socioculturais, a família, a religião entre outras fazer a reinserção do indivíduo na sociedade. Para tanto foi realizada uma pesquisa bibliográfica, onde foram consultados livros, artigos publicados em periódicos, documentos eletrônicos e a legislação pertinente ao tema. Foi constatado que realmente a Lei de Execução Penal contempla a ressocialização e, para que esta aconteça os estabelecimentos penais devem aplicá-la com o rigor.

Palavras Chaves: Penas e Prisões. Legislação Penal. Ressocialização.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>3</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest.

<sup>4</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

---

## EFFICIENCY OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: SOCIAL REINTEGRATION

Jean Pierre Souza Alves<sup>1</sup>

Joel Saueressig<sup>2</sup>

Erika Tavares Amaral Rebelo de Matos<sup>3</sup>

Laura Maria Bertoti Kuster<sup>4</sup>

### ABSTRACT

The Brazilian prison system is the subject of much discussion both by society in general and by the media that talk about the swelling of prisons, rebellions and escapes. In this context, our prison system and its capacity to resocialize some criminal are very much questioned. However, the Brazilian Criminal Enforcement Act is considered one of the most advanced in the world, as it is concerned with the dignity and rights of the inmates. Thus, this paper establishes as its central question: Does the Brazilian Penal Execution Law contemplate the resocialization of the prisoner? In this view, the objective established for the present study is: to analyze whether the implementation of the Penal Execution Law and following its principles together with the Brazilian prison system can achieve through the essential tools that are the prisoner's work, education, socio-cultural activities, family, religion among others make the reinsertion of the individual in society. To this end, a bibliographic search was conducted, where books, articles published in journals, electronic documents and the relevant legislation were consulted. It was found that the Act of Criminal Execution actually contemplates resocialization and, for this to happen the penal establishments must apply it with rigor.

Keywords: Penalties and Prisons. Criminal Legislation. Resocialization.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>3</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest.

<sup>4</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei da Execução Penal (LEP) brasileira é considerada uma das mais avançadas do mundo, reconhece e prevê a ressocialização do preso, como sendo um dos seus direitos.

A eficiência do sistema carcerário brasileiro e a reintegração social do preso, tema escolhido para esta monografia, é de amplo interesse para a sociedade e, estudos que abordem esta matéria podem contribuir para demonstrar a eficácia, ou não, das ferramentas utilizadas objetivando a reintegração social do preso.

A execução penal é um assunto cada vez mais relevante, visto que a população se preocupa com o aumento gradativo de condenados e o seu retorno à sociedade após o cumprimento da pena. Nesta perspectiva, este estudo estabelece como problema de pesquisa: a Lei de Execução Penal brasileira contempla a ressocialização do preso?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral investigar através de estudos bibliográficos. Nesse sentido, o presente trabalho pretende, como objetivo geral, analisar a concretização da Lei de Execução Penal e se seguindo seus princípios juntamente com o sistema carcerário brasileiro conseguem através das ferramentas essenciais que são o trabalho do preso, a educação, as atividades socioculturais, a família, a religião entre outras fazer a reinserção do indivíduo na sociedade.

Como objetivos específicos aprofundar o conhecimento acerca das penas e prisões, conhecer o caminho histórico da Legislação Penal Brasileira e por fim apresentar as ferramentas que facilitam a reintegração social do preso.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

A ressocialização do preso, sua conceituação na doutrina e perante a Lei das Execuções Penais, além de abordar a ressocialização no sistema prisional brasileiro.

## 2 RESSOCIALIZAÇÃO: O REINGRESSO DO PRESO À SOCIEDADE

Ressocializar significa recolocar o condenado dentro de um convívio social, reeducar ou educá-lo capacitando-o para a sua nova chance de viver em sociedade com condições para respeitar as regras impostas para este convívio.

Neste sentido, destaca Bitencourt (2011, p.130)

[...] A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu art.1º, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal.

A principal forma de punição para crimes que existe no Brasil é a privação da liberdade o que acontece dentro das penitenciárias.

Quando a sentença é dada a um indivíduo que comete um ato contrário ao que as normas da sociedade estabelecem ali, também está contida uma das finalidades da pena que é a ressocialização do indivíduo que cometeu o ilícito penal.

Almeida (2007, p.108) contribui afirmando que:

Na modernidade, o sistema prisional tem como uma de suas características fazer um controle social, cujo objetivo é de regenerar, reformar, reeducar ou reabilitar o indivíduo que comete um delito. A criminologia clássica via a pena de prisão como um veículo para uma suposta ressocialização do indivíduo.

Muitos são os termos utilizados quando se trata de indicar o processo de recuperação do indivíduo delincente (ressocialização, socialização, reinserção, reintegração, regeneração). No entanto, estes termos podem que podem ser entendidos como sinônimos podem de acordo com a teoria adotada, assumir diferentes formas de interpretação, bem como gerar diferentes conclusões sobre as causas que levam o indivíduo a quebrar regras e o que faz com que ele não volte a reincidir.

É o que indica o entendimento de Pinzon (2004, p.293-294):

A ressocialização orientada ao delinqüente/apenado está prevista em nossa legislação na Lei de Execução Penal (LEP) – Lei 7.210, de 11/7/84 – tanto na sua exposição de motivos, quanto em seu artigo primeiro. Conforme seu artigo primeiro, uma de suas preocupações é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, que denota seu instituto de corrigir e educar o delinqüente para resguardar a comunidade, embora não use o vocábulo ressocializar. Nas palavras de Muñoz Conde, “reeducação, reinserção social, levar, no futuro, com responsabilidade social, uma vida sem delitos; em uma palavra: ressocialização do delinqüente”, são expressões que, quando aparecem nas legislações de execução pena, têm por intuito à execução da pena privativa de liberdade uma função reeducadora e corretora do delinqüente, o que nos remete à prevenção especial positiva, e isso ocorre em nossa LEP, segundo dito anteriormente. Logo, a ideologia do tratamento, que tem por escopo a recuperação do delinqüente para a sociedade, é uma das finalidades da nossa Lei de Execução Penal.

Entende-se que o principal foco da ressocialização seja fazer com que o apenado ao sair possua condições para viver em sociedade, dando a ele dignidade, autoestima, aconselhamento e um ensino profissionalizante que lhe garanta ao sair ter um emprego.

### **2.1.1 Caráter Ressocializador da Pena**

A ressocialização deve ser entendida como um sistema transformador, que leve ao detento que cumpre pena privativa de liberdade a readaptar-se do anterior conflito que gerou com a lei.

A Lei nº 7.210/1984, a Lei de Execução Penal é mundialmente conhecida e considerada senão a mais, uma das mais evoluídas, no que se refere a uma efetiva execução, tem o objetivo ressocializador.

Sobre a eficácia da LEP, Mirabete (2007, p.29), assim leciona:

Embora se reconheça que os mandamentos da Lei de Execução Penal sejam louváveis e acompanhem o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional, o que a tem transformado, em muitos aspectos, em letra morta pelo descumprimento e total desconsideração dos governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessário a sua efetiva implantação.

Neste contexto, a Lei da Execução Penal, garante ao preso assistência material, a saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, impondo ainda, o respeito à integridade física e moral desde os presos condenados aos provisórios. É notório que o objetivo da pena imposta a um delinquente prevê a prevenção e a ressocialização, todavia, a realidade carcerária brasileira, e a falta de implementação de políticas públicas para tratar do assunto, vem mostrando-se incompatível com esta finalidade.

Quando se refere a transformação que o ambiente prisional traz ao sujeito ali se encontra Foucault (2010, p.165) entende que:

A prisão também se fundamenta pelo papel de ‘aparelho para transformar os indivíduos’, servindo desde os primórdios como uma: [...] detenção legal [...] encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu no mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos.

A Lei de Execução Penal, que está em vigor desde 1984 e, dispõe em seu artigo 10º, que é dever do Estado a assistência ao preso e ao internado para que previna a ocorrência de crimes e que possibilite um bom retorno a sociedade:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

Além de ressocializar, a referida lei foi criada com o objetivo de retribuir o erro causado pelo criminoso e, prevenir novos crimes uma vez que, quando se fala em ressocialização a prisão deve ser vista como um meio de reinserção mais humanitária do indivíduo na sociedade que para tal vem seguida de ferramentas essenciais que são o trabalho do preso, a educação, as atividades socioculturais, a família, a religião entre outras, vejamos a seguir:

## 2.1.2 Trabalho

O trabalho é uma importante ferramenta no processo de ressocialização uma vez que, através dele o indivíduo trazendo de volta a dignidade do detento.

O Prof. Zacarias (2006, p.61) ressalta que:

O trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por envolver, por falta de opção, na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena.

O trabalho pode ser considerado como um direito do preso quando se considera que este, cumprindo pena em regime fechado ou semi-aberto, pode ter sua pena diminuída através do instituto da remissão, conforme artigo 126, da Lei de Execução Penal, sendo que a cada 3 (três) dias trabalhados, exclui-se um dia da pena.

Assim, de acordo com Alvim (1991, p.30) a imposição do trabalho ao apenado deve vislumbrar “a idéia de dever jurídico (e não somente de dever): o dever jurídico que expressa a exigência de que o preso trabalhe; sujeição que se embute na execução.

Mirabete afirma em seu livro a importância do trabalho para a formação do detento (2009, p.87):

Exalta-se seu papel de fator ressocializador, afirmando-se serem notórios os benefícios que da atividade laborativa decorrem para a conservação da personalidade do delinquente e para a promoção do autodomínio físico e moral de que necessita e que lhe será imprescindível para o seu futuro na vida em liberdade.

O trabalho na perspectiva do condenado, concluindo, em síntese, pela sua indispensabilidade no cumprimento da pena, haja vista os benefícios que proporciona. Ainda segundo Mirabete (2009 p.92), segue:

[...] o trabalho do preso é imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao recluso de dispor de algum dinheiro para suas necessidades e para subvencionar sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece o ofício tem mais possibilidades de fazer vida honrada ao sair em liberdade.

O trabalho do preso é de extrema importância por uma série de razões: seja com intenção disciplinar, seja para manter a ordem; seja para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; seja como ferramenta educativa, seja na questão econômica, permite que o recluso disponha de algum dinheiro para suas necessidades e para ajudar na sobrevivência de sua família ou do ponto de vista ressocializador, onde ao detento sair

da prisão, já conhece um ofício o que lhe dará maiores possibilidades ao reingressar a sociedade.

### 2.1.3 Educação

A Lei de Execução Penal prevê dos artigos 17 ao artigo 21 a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado onde reza que é obrigatório o ensino de primeiro grau, este tem for objetivo proporcionar ao apenado melhores condições de readaptação social, dando a ele oportunidade de retornar à liberdade de maneira mais ajustada.

Segundo Foucault (2010, p.224) “A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento”.

De acordo com a ONU é primordial que o Estado assuma o controle quando se trata da questão de aprimorar a instrução escolar dos presos. Diante desta orientação, a Lei de Execução Penal faz referencia expressa ao assunto. Segue a redação dos artigos colacionados à Seção V, desta Lei conforme (MIRABETE, 2009, p.75):

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Parágrafo único: A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

O ensino profissional dentro das unidades prisionais por sua vez se desenvolve visando a iniciação ou aperfeiçoamento técnico. Diante disso, esclarece Mirabete (2004, p.75) que: “A assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento de tratamento penitenciário como meio para a reinserção social.”

Neste sentido, a educação que se aplica dentro das prisões é de grande importância social não somente a àqueles aos que estão submetidos à pena restritiva de liberdade, mas também a toda a sociedade, pois uma vez inculcido o conhecimento aos indivíduos que tiveram uma conduta “anti-social”, será mais fácil reeducá-los o que possibilitará melhor convivência quando do retorno à sociedade e permitindo maior chance para o mercado de trabalho.

Assim, entende-se que se a educação é algo importante ao homem livre, se mostra necessária aos condenados pois, é um meio eficiente de reinserção.

### 2.1.4 Assistência Social

A fim de colaborar com a readaptação do condenado ao convívio social cada presídio conta com uma equipe de Serviço Social que, por sua vez, exerce uma função sócio-educativa.

A assistência social é de fundamental importância dentro do processo de ressocialização. Esta equipe possui a função primordial de preparar o preso para o seu retorno ao convívio com a sociedade. O artigo 10 da Lei de Execução Penal afirma que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado e tem como fim amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade (BRASIL, 1984).

Ainda conforme Brasil (1984) as incumbências especificadas ao assistente social em relação à população carcerária são:

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

I – conhecer os resultados dos diagnósticos e exames;

II – relatar, por escrito, ao diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentados pelo assistido;

III – acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;

IV – promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;

V – promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;

VI – providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da previdência social e do seguro por acidente no trabalho;

VII – orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima (BRASIL, 1984, n.p).

Neste interim, o assistente social deve ser o elo de comunicação entre a população carcerária e o mundo exterior, conforme Mirabete (2009, p.79) afirma:

Dentro da concepção penitenciária moderna, corresponde ao Serviço Social uma das tarefas mais importantes dentro do processo de reinserção social do condenado ou internado, pois ao assistente social compete acompanhar o delinquente durante todo o período de recolhimento, investigar sua vida com vistas na redação dos relatórios sobre os problemas do preso, promover a orientação do assistido na fase final do cumprimento da pena etc., tudo para colaborar e consolidar os vínculos familiares e auxiliar na resolução dos problemas que dificultam a reafirmação do liberado ou egresso em sua própria identidade.

### 2.1.5 Religião

É dever do Estado agir como intermediador e garantir a todos a liberdade religiosa plena, sendo a favor do respeito pleno a todas as religiões e, também à ausência destas, dentro e fora do sistema penitenciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve em seu art. 5º que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício

dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988).

Assim, aos presos não poderia ser diferente, sendo que, neste sentido a Lei de Execução Penal prevê, in verbis:

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados permitindo-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Entende-se que em muitos casos a religião vem ao encontro da questão ressocialização já que proporciona uma convivência integralizada dos indivíduos que optam por trabalhar o lado espiritual dentro do cárcere.

## 2.1.6 Saúde

### 2.1.6.1 Assistência Médica

O Código Penal Brasileiro prevê em seu texto que os indivíduos que estão em cárcere devem ter respeitadas as suas condições de cidadãos, pois mesmo com a privação de sua liberdade continuam sendo sujeitos de direitos.

Segundo o artigo 38 do código, “o preso conserva os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (BRASIL, 1940).

Sobre a saúde, a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), em seu artigo 14, preconiza que “a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”

Esta mesma lei ainda preconiza: “§ 2º Quando o estabelecimento penal não tiver aparelhamento para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento”.

Com o objetivo preventivo em relação a saúde do preso, é necessário existir uma equipe sanitária no estabelecimento prisional, esta equipe deve ter a coordenação de um médico e a quantidade de profissionais destinados deve ser de acordo com a necessidade do local.

Mirabete (1996, p.71) afirma que:

Não há dúvida de que é fundamental para a vida de uma instituição prisional a existência de serviço médico eficiente e adequadamente equipado para fazer frente às necessidades quotidianas da população. As regras mínimas da ONU preconizam que cada estabelecimento penitenciário deve dispor dos serviços de, pelo menos, um médico, com conhecimentos de psiquiatria e que os serviços médicos devem ter a sua organização estreitamente relacionada com a administração geral dos serviços de saúde da comunidade ou da nação (n° 22.1), devendo

todo o preso poder-se valer dos cuidados de um dentista devidamente habilitado (nº 22.3).

O atendimento voltado a saúde do indivíduo em cárcere é uma das ferramentas de ressocialização e deve ser mantida pelo estado, no entanto, temos clareza de que, mesmo que a população prisional brasileira tenha constitucionalmente garantido seus direitos, em especial no que se refere à saúde, a efetivação total destes ainda não é uma realidade.

### 2.1.6.2 Alimentação

A alimentação é essencial para a manutenção da vida e, por sua vez é um direito do preso que está previsto em lei.

Quando ocorre a privação de liberdade o apenado passa processo de adaptação muito difícil, onde suas escolhas são limitadas e eles são obrigados a cumprir regras do sistema e a alimentação é uma das regras.

De acordo com Guzman (2000, p.75):

[...] o tema da alimentação nas prisões é de grande importância, não só porque o interno tem direito a uma alimentação sã e suficiente para sua subsistência normal, podendo ressentir-se sua saúde da sua insuficiência ou baixa qualidade, mas também porque é esse um poderoso fator que pode incidir positiva ou negativamente, conforme o caso, no regime disciplinar dos estabelecimentos penitenciários.

Mirabete (1996, p.68) ainda dispõe que:

A alimentação deve ser fornecida em três etapas: desjejum, almoço e jantar, sendo variada, com nutrientes para atender à comunidade carcerária. Deve-se observar, e respeitar, eventual necessidade de alimentação especial aos doentes, e àqueles que possuem necessidades especiais, em razão de idade ou condição física, de acordo com prescrição médica.

Conforme a Resolução 1984/47 do Conselho Econômico e Social da ONU, que estabelece as Regras Mínimas para o tratamento de Prisioneiros, conceitua o seguinte quando fala sobre a alimentação: “A administração fornecerá a cada preso, em horas determinadas, uma alimentação de boa qualidade, bem preparada e servida, cujo valor nutritivo seja suficiente para a manutenção da sua saúde e das suas forças”.

### 2.2 A Reinsserção do preso à Sociedade

A ressocialização e a reinsserção do apenado a sociedade ou seja, ao mercado de trabalho e são temas atuais, contudo, na realidade não é algo trivial como parece. Para Moreira (2007, p.256), “a ressocialização do condenado se assenta em dois elementos essenciais: a Assistência e o Trabalho”.

Para Nunes (2012, p.13) “[...] o indivíduo durante o cumprimento de sua pena

deve ter acesso aos meios que possibilitem a sua reeducação, garantindo assim a sua readaptação ao convívio social ao final do término de pena”

Muitos indivíduos encarcerados desejam que ao sair da prisão tenham uma nova vida, mas não vislumbram um futuro melhor e o que surge a sua frente é um mundo cheio de preconceitos. Por outro lado, juntamente com o preconceito soma-se o fato de grande parcela, dos egressos, não possuírem qualificações necessárias exigidas pelo mercado de trabalho, no entanto, este era um dos itens que estava previsto na Lei n° 7.210/1984, cujo objetivo deve ser ressocializador ou seja, que o indivíduo após cumprir sua pena possa viver em sociedade com todos os seus direitos garantidos.

O reingresso do ex-apanado em suas funções sociais é fundamental quando se trata da reinserção do preso no mercado de trabalho. É dever da sociedade e principalmente do Estado promover esta reintegração dando ao egresso condições de viver longe da vida de crime e segregação.

Muitos são os dilemas que envolvem o sistema penitenciário brasileiro no que diz respeito a reinserção social dos egressos do sistema penitenciário brasileiro e, o Estado com o intuito de diminuir esse problemas criou mecanismos para favorecer este retorno. Um destes mecanismos foi estudo, onde o preso tem a oportunidade de concluir o ensino médio, ou mesmo fazer curso de nível técnico ou mesmo superior.

O segundo mecanismo criado pelo Estado foi o trabalho, que dentre tantos benefícios, um é imprescritível que é a dignidade da pessoa humana, onde o Estado vem formando parceria com diversas empresas para que os detentos possam trabalhar e com isso remir a pena e também capacitá-los para o mercado de trabalho.

Segundo Oliveira (2003, p.226): “[...] os caminhos estão abertos. Pois, não pode a pena de prisão, apenas excluir o condenado da sociedade, mas, sobretudo, buscar em sua exclusão caminhos para ressocializá-lo, através do trabalho e da educação.”

Para que a verdadeira reinserção social dos egressos aconteça é essencial que o sistema prisional brasileiro passa por profundas transformações e que as condições de ressocialização dos presos sejam garantidas para que ao cumprir sua sentença possam ter uma vida digna.

### 3 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo aprofundar os conhecimentos dentro do tema a eficiência do sistema carcerário brasileiro e a reintegração social do preso, um tema de grande importância dada a grande população carcerária existente no Brasil.

Intensificou-se a pesquisa e ficou claro que a pena possui um caráter ressocializador, ou seja, dar a ele condições de se recolocar dentro de um convívio social, reeducar ou educá-lo capacitando-o através de diversos tipos de assistência, tais como, trabalho, educação, assistência social, religião, saúde, assistência médica, alimentação, para assim dar-lhe uma nova chance de viver em sociedade com condições para respeitar as regras impostas para este convívio.

Ao final, como resultado conclui-se que o processo de reintegração social do preso inicia-se dentro da prisão e que é dever do sistema carcerário brasileiro habilitá-los para o reingresso ao convívio com a sociedade.

Entendemos que é extremamente necessário ressocializar para não reincidir

e, acredito que somente diante de uma verdadeira e digna reintegração social dos presos poderemos no futuro almejar a paz social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. Críticas ao Tratamento Penitenciário e a Falácia da Ressocialização. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, ano 2007.

ALVIM, R. C. M. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991.

BARROS, C. S. M. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BISSOLI FILHO, F. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BONAVIDES. P. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOSCHI, J. A. P. B. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 15/ago/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/jun/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/jun/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/jun/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n 113, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<https://jus.com.br>> . Acesso em: 11/nov/2019 .

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

DOTTI, R. A. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIMENO, S. V.; MORENO C. V; CORTÉS, D. V. **Lecciones de derecho procesal penal**. Madrid: Colex, 2001.

GOULART, J. E. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GUZMAN, L. G. **Manual de Ciência Penitenciária**. Caracas/Madrid: Edersa, 2000.

JESUS, D. **Direito penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LARA, S. H. **Ordenações Filipinas**: Coleção Retratos do Brasil. Companhia do Brasil, 1999,

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. Vol. I. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2006.

MIRABETE, J. F. **Execução penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MOREIRA, H. L. F. **Trabalho, códigos, gratidão e reciprocidade na prisão**: um estudo de caso na Penitenciária de Parnamirim, no Estado do Rio Grande do Norte. 2007. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Pará.

NORONHA, M. **Direito Penal**: Introdução e Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, G. S. **Individualização da Pena**. São Paulo: RT, 2.005.

NUNES, L. A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES. L. V. O. **A Ressocialização do preso no município de Paragominas**: uma abordagem jurídica. 2012. Monografia (graduação do curso de Bacharel em Direito) – Faculdade Integrada Brasil Amazônia.

OLIVEIRA, O. M. **Prisão: um paradoxo social**. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

ONU. **Regras Mínimas para o Tratamento de prisioneiros**. Genebra: maio, 1984. Disponível em: < [www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br). Acesso em: 17/nov/2019.

PEREIRA, B. apud PIERRANGELLI, J.H. (coord). **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

PINZON, N. G. O Discurso Ressocializador e o Princípio da Dignidade Humana. In: CARVALHO, S. (org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

PONTES, H. C. **O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REALE JÚNIOR, M. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RELATÓRIO DA HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). **O Brasil Atrás das Grades**. 1998. Disponível em: < <http://pantheon.hrw.org> > . Acesso em: 06/nov/2019

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

SHECAIRA, S. S.; CORRÊA JUNIOR, A. **Pena e Constituição**. São Paulo: RT, 1995.

TOLEDO, F. A. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZACARIAS, A. E. C. **Execução Penal Comentada**. 2. ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

---

## UMA DESJUDICIALIZAÇÃO E A CELERIDADE DOS ATOS REALIZADOS PELAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COM ÊNFASE NA LEI 11.441/2007

Felipe Lourenço Moura de Lima<sup>1</sup>  
Caroline Ribeiro Bianchini<sup>2</sup>  
Íria Catarina Queiroz Baptista<sup>3</sup>  
Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues<sup>4</sup>

### RESUMO

O presente artigo vislumbra as transformações ao longo do tempo, principalmente sobre os direitos trazidos pela Constituição Federal de 1988 que elevaram o número de processos ajuizados perante o Judiciário. Sendo realizada uma análise acerca da sobrecarga que atinge o Poder Judiciário Brasileiro, os estudos para a desjudicialização, especialmente quanto a elaboração da Lei 11.441/2007 que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação e divórcio extrajudiciais. A mencionada lei proporcionou uma maior atuação das serventias extrajudiciais fazendo com que os atos fossem realizados com maior celeridade e consequente o desafogamento do Judiciário.

Palavras-chave: Notários. Registradores. Inventário. Divórcio. Desjudicialização.

### ABSTRACT

The present article looks at the transformations over time, mainly regarding the rights brought by the Federal Constitution of 1988 that increased the number of lawsuits filed before the Judiciary. Being carried out an analysis about the overload that affects the Brazilian Judiciary Power, studies for dejudicialization, especially regarding the elaboration of Law 11.441 / 2007, which made it possible to carry out an extrajudicial inventory, sharing, separation and divorce. The aforementioned law provided a greater performance of the extrajudicial services, making the acts to be carried out with greater speed and consequently the release of the Judiciary.

Keywords: Notaries. Registry. Inventory. Divorce. Dejudicialization.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Processual Civil UCS, Mestre em Direito Constitucional Unisu, coordenadora do Curso de Direito da Unifacvest e da casa da cidadania.

<sup>3</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest.

<sup>4</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

## 1 INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu uma série de Direitos e garantias, entre elas a razoável duração e a celeridade processual, notou-se que houve um aumento significativo nas demandas judiciais, prejudicando a duração e a celeridade processual âmbito do Poder Judiciário. Diante disso, o legislador brasileiro buscou alternativas para aprimorar e diminuir a quantidade de processos em tramitação no Judiciário.

O presente tema traz a problemática advinda do aumento das demandas judiciais, tratando a respeito do momento em que tal fato ocorre anterior ou posterior a Constituição Federal de 1988, bem como os novos direitos trazidos por ela.

O objetivo geral deste trabalho traz a análise do direito e as diversas mudanças ocorridas nas últimas décadas, e sua reestruturação visando o aprimoramento e a implementação do direito fundamental do acesso à justiça para toda sociedade.

Desse modo, como objetivo específico, foram realizadas análises da Lei 11.441/2007 editada e promulgada, alterando dispositivos da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, e passando a possibilitar a lavratura de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, sendo considerada uma forma de desjudicialização.

Essa mudança legislativa possibilitou a realização dos aludidos atos nas serventias extrajudiciais, trazendo celeridade e segurança jurídica, além de “desafogar” o Poder Judiciário, haja vista que anteriormente estes eram realizados somente judicialmente.

A metodologia da pesquisa foi quantitativa, apresentando e revelando números dos procedimentos judiciais e extrajudiciais de Inventário e Partilha, e Divórcio na Comarca de Correia Pinto/SC, para posterior análise se a alteração legislativa foi benéfica para os cidadãos.

Apresentam-se as formas e requisitos necessários para a lavratura do inventário, partilha e divórcio no Tabelionato de Notas, e também através da legislação brasileira, doutrina, e pesquisa quantitativa no sistema do Fórum e Tabelionato de Correia Pinto, a quantidade de inventários, partilha e divórcios realizados no município de Correia Pinto/SC.

## 2 A DESJUDICIALIZAÇÃO E A CELERIDADE DOS ATOS REALIZADOS PELAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COM ÊNFASE NA LEI 11.441/2007

A desjudicialização passa por uma constante evolução assim como o Direito e todas as suas áreas, e nesse capítulo, encontram-se aspectos relativos à judicialização, sua conseqüente desjudicialização e sobre as serventias extrajudiciais, especificamente sobre a atividade notarial, seu histórico e atividades, para uma melhor compreensão do instituto da desjudicialização.

Em razão da morosidade do judiciário, surgiu o fenômeno da desjudicialização, onde encontram-se os meios alternativos de resolução de conflitos.

Desta forma, as serventias extrajudiciais, ao qual já exercem um papel social, contribuem na celeridade e desburocratização, trazem ainda nesse contexto, a segurança jurídica para os procedimentos que anteriormente tinham sua natureza essencialmente

jurídica.

No entendimento de Torres (2005, p.20) “[...] a burocratização da Justiça é resultado da realização de atos procedimentais marcados pelo excessivo formalismo, não só na legislação processual, mas também na interpretação mais formal, que se efetiva no dia-a-dia forense”.

E é por muitas vezes que esse excessivo formalismo, aliado com as grandes demandas processuais e o baixo número de servidores fazem com que os processos judiciais tramitem por meses, e por muitas vezes anos, no Poder Judiciário.

## 2.1 Da sobrecarga do Judiciário e a Desjudicialização

Há tempos, o Poder Judiciário sofre com uma alta demanda de processos, nesse sentido, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e sua consequente alçada de direitos em busca da redemocratização, a população acionou com mais frequência o Poder Judiciário.

Antigamente, Cappelletti e Garth (1988, p.83), já avaliavam o juízo arbitral e a conciliação como uma forma de facilitação dos procedimentos.

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral.

Portanto, é possível entender que antigamente já se compreendia que o melhor caminho seria a resolução dos conflitos sem a necessidade de um julgamento, já que ocasionaria uma sobrecarga. Desde então, já se pensava em formas diferentes para a eventual solução dos conflitos.

Além disso, pode se dizer que existem muitas causas para o aumento das demandas judiciais e a consequente judicialização, entre elas, Ribeiro (2013, p.02) cita que:

Uma das alusões científicas é a do aumento de complexidade da sociedade, que demanda soluções, inclusive do sistema jurídico, cabendo, então, ao Judiciário, as que lhe forem demandadas em situações concretas ou até em algumas situações abstratas, genéricas, quando a solução vem das Cortes Superiores, em especial da Corte Constitucional.

Destarte, seguindo nessa mesma linha de pensamento, é possível observar ainda, que a judicialização decorre principalmente do déficit do Poder Legislativo. Sendo ainda como uma das causas, o excessivo número de projetos em tramitação, a velocidade das transformações sociais, as mudanças operadas no direito, especialmente no direito constitucional que trouxe novas noções de aplicação Constitucional. (RIBEIRO, 2003).

Nessa onda de constantes atualizações jurídicas, surgiram alguns mecanismos que oportunizaram aos cidadãos uma resolução mais célere e eficaz das situações até então vivenciadas. A partir disso, é possível encontrar novos meios, como por exemplo,

a arbitragem, a conciliação e a mediação.

O processo de desjudicialização significa a retirada dos atos do Poder Estatal atribuindo seus atos para outras jurisdições, fazendo com que o próprio artigo 5º, inciso LXXVIII, que trata da duração razoável do processo seja respeitado, nesse sentido Guércio Neto; Del Guércio (2017, p.122)

A busca pela diminuição das demandas em juízo não se dá em frente unitária, apenas com a adoção de normas que visem a aceleração dos processos em curso, mas, em verdade, multifacetada. Além da simplificação do processo, com institutos desenhados para maior celeridade do trâmite processual, busca também, diminuir as atribuições do Poder Judiciário. Trata-se do fenômeno da desjudicialização, que retira deste Poder a competência para atuar em lides de direito material que podem ser solucionadas de forma mais célere e eficiente por outros meios (jurisdição voluntária, ainda no escopo da atividade jurisdicional com participação do Judiciário, ou extrajudiciais).

O fenômeno da desjudicialização busca avocar os atos anteriormente realizados em âmbito judicial, fazendo que esses sejam realizados de uma maneira mais célere e mantendo eficácia e segurança jurídica.

A desjudicialização, sendo em verdade uma tendência do legislador, com a criação de diversos instrumentos que têm por objetivo desonerar o Poder Judiciário Brasileiro (GUÉRCIO NETO; DEL GUÉRCIO, 2017).

É verdade que, diante da quantidade de processos e a morosidade encontrada no Poder Judiciário, o procedimento da desjudicialização é cada vez mais utilizado, sendo inclusive matéria de inúmeros debates.

Em recente evento realizado na *California Western School of Law* (CWSL) nos Estados Unidos, onde participaram notários e registradores brasileiros, o fenômeno da desjudicialização foi tratado como tema central da desburocratização dos procedimentos realizados no Brasil. Realizado pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), com o apoio da Associação de Notários e Registradores do Brasil (Anoreg/BR), reuniu magistrados, membros do Superior Tribunal de Justiça, representados pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o qual destacou que:

O segmento extrajudicial brasileiro tem dado uma contribuição muito importante para o avanço da Justiça no Brasil, com a prática de atos que não envolvam litígios e que possam ser resolvidos na esfera extrajudicial. É isso que esperamos de uma atividade que sempre foi parceria do Poder Judiciário”, disse o ministro Sanseverino, que apresentou palestra sobre o tema “A experiência do STJ com a insolvência transnacional”.

Resta salientar ainda, com a edição da Lei 11.441/2007, surgiram muitos questionamentos e divergências, e com isso, foi necessária a intervenção do Conselho Nacional de Justiça.

Conforme disposição Constitucional exposta no artigo 103-B cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), além de outras atribuições, zelar pela autonomia do Judiciário, podendo ainda, expedir atos regulamentares, ou recomendar providências.

E diante disso, o próprio CNJ criou a resolução nº 35/2007 com a finalidade de uniformização dos procedimentos relativos à aplicação da Lei 11.441/2007 nos Ta-

belionatos de Notas. Além disso, essa regulamentação possui como característica tornar os atos realizados mais ágeis e menos onerosos para as partes.

Outra importante questão foi à regulamentação de nº na 179ª de 03/10/2013, que modificou o artigo 12 da resolução nº 35/2017, a qual dispôs que: “Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo(a) ou herdeiro(s) capazes, inclusive por emancipação, representado(s) por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais.”

Essa mudança trouxe a realização do inventário extrajudicial por meio do procurador das partes, algo que na redação original era vedado, impossibilitando a acumulação das funções de mandatário e de assistente das partes.

Isso mostra a importância e preocupação que o Conselho Nacional de Justiça tem com o processo de desjudicialização, trabalhando junto com as corregedorias, Conselhos Federais da OAB e Associação dos Notários e Registradores do Brasil, fazendo com que a regulamentação desses atos ocorra para garantir procedimentos ágeis, gerando a segurança jurídica necessária para todas as partes.

## 2.2 Da Atividade Notarial e sua importância no processo de desjudicialização

Um dos pontos mais importantes da desjudicialização foi à edição de Leis que retiram processos do âmbito contencioso judicial e os levam para as serventias extrajudiciais de uma maneira não litigiosa, consensual. Nesse sentido, existem várias Leis que beneficiam aos cidadãos, das quais se pode citar a Lei 9.492/97 que regula os Protestos de Títulos, Lei 9.514/97 da Alienação Fiduciária, Lei 10.931/07 que regula a retificação de área extrajudicial.

Porém, uma das edições legislativas mais importantes dos últimos tempos foi a edição da Lei 11.441/2007 que regula o inventário, partilha, separação e divórcio extrajudiciais. Essa última mencionada proporcionou uma atuação maior das serventias extrajudiciais e que de certo modo ajudou no sentido de desafogar o Poder Judiciário, e levar celeridade aos atos praticados.

Além disso, os notários exercem função pública que no entendimento de Rinaldi (2015, p.205) extrai-se que:

[...] Direito Notarial é ramo da área pública, ainda que seus agentes sejam privados, pois tem no seu escopo interesses gerais da coletividade sendo estruturado, organizado, fiscalizado e montado sob as limitações próprias do poder público. Ademais, o notário sendo agente privado, tem por delegação, a autoridade estatal. Firma-se no conceito a ideia de sua autonomia, vinda dos princípios científicos que permitem autorizá-la, prevista e reconhecida na Constituição Federal, regulado por legislação especial, patenteando-se essa condição. Sendo um ramo jurídico, busca incansavelmente a justiça, comprovando-se essa assertiva quando no exercício do ofício, seus agentes praticam atos que atestam a legalidade, exteriorizando sua justiça. Quando impedido de certificar a validade de ato jurídico, o Notário está em nome do Estado, repudiando-o, por distorcer o fim proposto pelo direto.

Destarte, portanto, que as atividades dos Notários e Registradores são de natureza pública, as quais, porém, estão intimamente ligadas as necessidades de todos os

cidadãos.

Insta salientar a presença global dos cartórios, onde oitenta e oito (88) países do mundo utilizam o mesmo sistema jurídico aplicado no Brasil.

Outro fator importante é a capilaridade dos Cartórios. Segundo números da ANOREG/BR, no Brasil, existem treze mil, seiscentos e vinte e sete (13.627) serventias extrajudiciais no Brasil, número maior que a quantidade de Lotéricas, Correios, Igrejas e outras instituições. Além disso, em pesquisa realizada pela Data Folha/2015 constatou que a confiabilidade dos cartórios é de (oitenta e oito por cento) 88%, isso mostra que o sistema adotado pelas serventias está em crédito com a população que utiliza dos seus serviços.

Como mencionado acima, há algum tempo foi constatada a grande demanda de processos nos cartórios judiciais. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário que já não era célere, encontrou cada vez mais dificuldades em sua atuação.

Desta forma, medidas são necessárias para buscar uma tutela jurisdicional visando procedimentos que visem segurança jurídica sem a necessidade do ingresso no Judiciário.

Em busca da desburocratização dos procedimentos realizados no âmbito judicial, foram adotados meios para a criação da Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, a qual possibilitou a realização através de Escritura Pública, dos atos como separações, divórcios, inventários e partilhas, ou seja, atos esses que são realizados em âmbito extrajudicial, nos Tabelionatos de Notas.

### **2.3 Da celeridade da realização do inventário e partilha lavrada no Tabelionato de Notas**

Primeiramente cabe tecer algumas considerações acerca do que se entende por Inventário e seus consequentes desdobramentos. Trata-se, portanto, da expressão originada etimologicamente do latim *invenire*, de *inventum*, inventário significa a enumeração ou descrição de algo. Ou seja, é o relato pormenorizado de algo, com uma determinada finalidade (FARIAS, 2017).

Destaca-se que o inventário, é o procedimento encontrado na parte de sucessões, e sua finalidade é basicamente a descrição dos bens deixados pelo falecido, tendo como objetivo uma série de procedimentos para enfim, o saldo remanescente ser transmitido aos herdeiros e sucessores.

A antiga redação do artigo 982 do Código de Processo Civil trazia em seu texto a seguinte forma: Proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes.

Cabe ressaltar que se não existem bens transmitidos pelo finado, por lógica, não se justifica a abertura do inventário. O inventário não se presta à transmissão do patrimônio deixado pelo de cujus. Sendo assim, a herança é transmitida automaticamente aos herdeiros, com transferência de posse e propriedade. E o inventário, tão só, serve para catalogar o ativo e passivo (FARIAS, 2007).

No ordenamento Jurídico Brasileiro, a forma de transmissão de bens deixados pelo falecido, é conhecido com princípio da saisine.

Nesse sentido, a consagração da ideia de que o fato morte gera, por si e de

forma imediata, a transmissão dos bens do falecido aos herdeiros, evitando a solução de continuidade dominial e da posse sobre eles. Trata-se do direito da saisine, uma ficção jurídica para evitar que o patrimônio deixado fique sem titular (VIEIRA DE CARVALHO, 2017).

Esse princípio é imediatamente aplicado no momento da morte do de cujus, ato que abre a sucessão e que transmite aos herdeiros e sucessores os bens deixados pelo falecido, cabe lembrar, que os herdeiros não receberão apenas bens, mas como também deveres e obrigações.

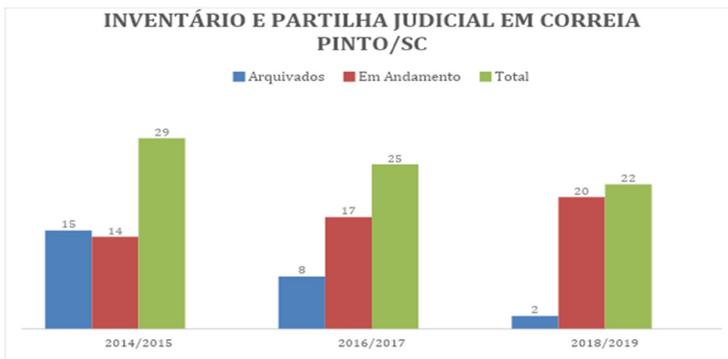
Todavia, para que ocorra o inventário pela via Judicial, é necessário respeitar alguns requisitos, como por exemplo, o prazo de 2 (dois) meses, contados da abertura da sucessão, vejamos o que menciona o artigo 611 do Código de Processo Civil: “O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte”.

Deve-se observar que para a realização do Inventário Judicial é necessário o cumprimento dos requisitos obrigatórios para a realização, os quais são encontrados a partir do artigo 610 e seguintes do Código de Processo Civil. Dentre esses requisitos temos: a petição do advogado, nomeação e intimação do inventariante, citação dos herdeiros, ministério público e fazenda pública, entre outros, para que no final de todo o processo seja possível transitar em julgado e posterior emissão de certidão de partilha e traslado para averbação ou registro.

Ao analisar o artigo acima mencionado, é possível perceber a quantidade de atos que englobados para que o processo seja finalizado completamente. Por mais célere e organizado que possa parecer, o inventário judicial deverá necessariamente obedecer a requisitos essenciais até a sua finalização, e conforme elencado, passará por no mínimo, 14 (catorze) etapas até que seja totalmente finalizado.

Nesse sentido, realizou-se uma pesquisa sobre a quantidade de processos de Inventário e Partilha distribuídos junto ao Fórum da Comarca de Correia Pinto/SC, que segundo números expostos pelo IBGE possui uma população estimada de 12.795 pessoas.

E para uma melhor compreensão foi desenvolvido um gráfico que demonstra a quantidade de processos finalizados e em andamento entre os anos de 2014 e 2019 dos sistemas PJe e EPROC.



O gráfico acima oportunizou a visualização da quantidade de processos de inventário e partilha ajuizados na comarca de Correia Pinto/SC, bem como a situação destes. Portanto, observamos que, foram propostos na Comarca o total de 76 processos, sendo que atualmente somente 25 encontram-se arquivados e outros 52 em andamento.

Ainda, cabe ressaltar que dos 29 processos propostos nos anos de 2014/2015, 14 processos ainda estão em andamento, ou seja, a partir desses dados é possível analisar o tempo em que estão nessa condição, seja por algum motivo envolvendo as partes ou até mesmo pela ineficiência causada pelo afogamento do Poder Judiciário.

A partir de toda uma análise se entendeu a necessidade da elaboração de uma lei para simplificar tais atos. Diante disso, surgiu a Lei 11.441/2007, que diminuiu significativamente as etapas, beneficiando aqueles casos em que há consenso entre as partes, herdeiros maiores e capazes e ausência de testamento. E nesse prisma, Farias (2017, p.518):

De qualquer maneira, o art. 610 do Código de Processo Civil de 2015, mantendo um avanço detectado desde o advento da Lei no 11.441/07, admite a realização do procedimento de inventário em juízo, por meio de jurisdição especial contenciosa, ou em cartório (administrativamente), através de um procedimento realizado perante o tabelião, sem intervenção do Ministério Público e sem a necessidade de homologação do juiz. lavrado por meio de uma escritura pública, quando todos os herdeiros são maiores e capazes, inexistindo litígio. Havendo a presença de interesse de incapaz ou a existência de testamento, a forma judicial é obrigatória.

E foi justamente em busca da desburocratização dos procedimentos, que sobreveio a nova redação do Código de Processo Civil, que passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Nesse contexto, as partes ainda podem optar pela via judicial, porém, se todos fossem capazes e concordes poderão fazer o inventário e a partilha através da via extrajudicial, finalizando o ato em uma semana, por exemplo, encontrando assim uma celeridade e a consequente segurança jurídica, a qual será lavrada pelo tabelião de notas, sem a necessidade de ingresso no Poder Judiciário.

Deve-se ressaltar que para a propositura do inventário extrajudicial esse também deve obedecer a alguns requisitos, dentre eles: a) as partes devem ser maiores e capazes; b) deve haver acordo de partilha; c) a presença de advogado para assistência das partes; d) não deve haver testamento (CARNEIRO, 2019).

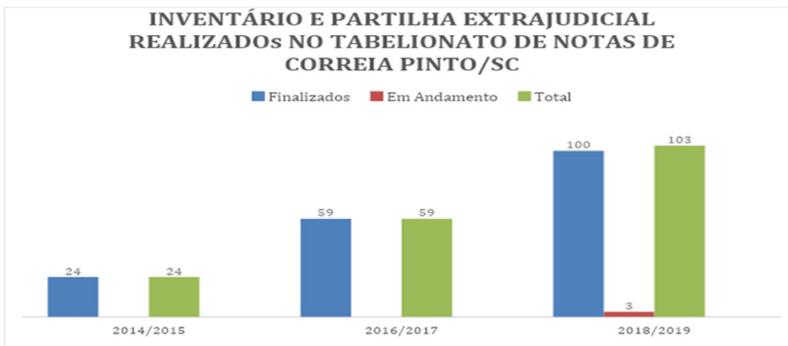
Cumpridos os requisitos acima elencados, as partes estão aptas a realizar a escritura pública de inventário no Tabelionato de Notas, sem a necessidade de homolo-

gação do Juiz.

Para se ter uma completa compreensão da simplificação do procedimento de inventário pela via extrajudicial, após cumprirem os requisitos acima, as partes seguirão os procedimentos descritos para a lavratura da Escritura Pública: a) Haverá a apresentação dos documentos ao Tabelião - incluindo o pagamento dos respectivos impostos; b) Lavratura da escritura pública, lida e assinada pelas partes, advogado e tabelião, seguida da entrega do traslado para registro no órgão competente.

Deste modo, observa-se claramente que, optando pela via extrajudicial, o inventário ocorre de forma mais célere, acarretando um menor tempo de espera. Além disso, as partes ainda são beneficiadas com o fácil acesso que o Tabelião de Notas proporciona a todas as partes interessadas.

Para fins de comparação, realizou-se uma pesquisa sobre a quantidade de Inventários e Partilhas lavrados no Tabelionato de Notas de Protesto da Comarca de Correia Pinto/SC, no mesmo período citado acima.



Desse gráfico é possível extrair que houve um crescimento significativo, onde o próprio tabelionato necessitou se reestruturar para atender essa maior demanda. Comparando com os números do inventário e partilha na esfera judicial, percebe-se que os usuários passaram a aderir ao Tabelionato de Notas ao invés do sistema tradicional, seja pela facilidade ou até mesmo pela celeridade encontrada.

Portanto, observa-se que, comparado aos processos propostos na esfera judicial houve um total de 76 processos nos anos de 2014 a 2019. Já no extrajudicial, no Tabelionato de Notas, foram um total de 186, ou seja, um total de 110 inventários e partilhas a mais.

## 2.4 Da possibilidade do divórcio lavrado no Tabelionato de Notas

O divórcio sofreu mudanças significativas ao longo dos anos, pois, passou por diversas alterações legislativas até chegar no status que se encontra atualmente.

Segundo Dias (2010, p.17) “a tentativa de manter o casamento indissolúvel não interessava somente à igreja, mas também ao Estado, que procurava a conservação da família, considerada a base da sociedade à qual é conferida especial proteção”. Por

mais que tenha sofrido mudanças, o divórcio sempre encontrou dificuldades para ser aceito e umas das principais causas era a forte influência religiosa e até mesmo do Estado.

O que hoje denomina-se divórcio, antigamente era conhecido pelo “desquite”. O desquite rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o vínculo do casamento. As pessoas desquitadas não estavam mais casadas, mas não podiam casar novamente. (DIAS, 2010). Entende-se, portanto, que o divórcio sempre encontrou resistência religiosa, estatal e também social, uma vez que os desquitados eram rejeitados por todos os sistemas.

Destarte, que avanço significativo referente à possibilidade do Divórcio se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e seu artigo 226 parágrafo sexto, o qual mencionava a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Observa-se, que a nomenclatura passou de desquite para separação, ou seja, para ocorrer o divórcio, as pessoas precisavam estar separadas por tempo determinado em lei, para que então, em uma próxima etapa, ocorresse o divórcio. A partir da redação da Constituição Federal de 1988, para o divórcio, as pessoas ainda comprovariam o requisito temporal para que de fato, chegassem ao divórcio.

Fato é que, em 2002, com a edição do Código Civil, houve também menção especial sobre o divórcio, que estava expresso no artigo 1.571. “A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio”.

Portanto, o legislador entendeu a importância de uma melhor regulamentação para quem de fato não mantém a união em perfeita harmonia, mas não percebeu que com essa nova regulamentação ocorria uma duplicidade de normas entre a Constituição Federal e o Código Civil.

Para resolver toda essa questão, foi necessária a edição da emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. A partir disso, a redação da Constituição Federal de 1988 passou a vigorar da seguinte forma: §6º “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)”.

Com a nova redação ficou evidente que dessa vez o legislador oportunizou para as partes o divórcio direto, sem a necessidade do preenchimento de nenhum pré-requisito. Sendo assim, os casais têm a opção de fazer o divórcio imediatamente.

Com a entrada em vigor da emenda constitucional nº 66, finalmente restou sepultado o instituto da separação. A transformação do desquite em separação foi a única saída para, em um primeiro momento, ser aprovada a dissolubilidade do casamento, em um país marcadamente conservador e sujeito a forte influência religiosa (DIAS, 2010).

Compreende-se que para o instituto do divórcio chegar ao status atual este passou por várias transformações legislativas, além também das culturais. O divórcio pode ser realizado ainda no âmbito judicial por vontade das partes, ou ocorrer de forma obrigatória a depender das circunstâncias.

E ainda, pensando justamente em uma maior facilidade e comodidade que em 2007, foi editada a Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 que passou a possibilitar a lavratura do divórcio, inventário e partilha em âmbito extrajudicial, ou seja, nos Tabelionatos de Notas. Através da Lei 11.441 e seu artigo 1.124-A, o qual se deu da seguinte forma

e impôs requisitos necessários para o divórcio extrajudicial.

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Sendo assim, o principal requisito para a dissolução da sociedade conjugal é a inexistência de filhos menores e/ou incapazes e também o litígio entre as partes. Se houver a existência de filhos menores e/ou incapazes ou litígio entre as partes a dissolução deverá obrigatoriamente ser realizada em âmbito judicial.

As partes devem ainda obedecer aos requisitos da resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, especialmente quanto ao artigo 33 que dispôs sobre os documentos a serem apresentados:

Art. 33. Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.

Cumprindo todos os requisitos acima elencados, as partes, assistidas por advogado, que pode ser o mesmo profissional para representar a ambos e deverão escolher um tabelionato de sua confiança para a lavratura do ato.

Outro fato que merece destaque, é que não há necessidade de comparecimento dos cônjuges ao cartório, não existindo a audiência conciliatória que era indispensavelmente feita pelo juiz. É possível que os cônjuges se façam representar por procurador com poderes específicos para o ato, outorgados por escritura pública (DIAS, 2010).

Destarte, que a lei previu também essa possibilidade para aqueles que optarem pela lavratura mediante escritura pública realizada no âmbito extrajudicial.

Essa regulamentação sobre a dispensabilidade do comparecimento das partes está prevista no artigo 36 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 36. O comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias.

Importante frisar que a procuração deve conter poderes especiais, com descrição das cláusulas essenciais e também com um prazo de validade expresso de 30 (trinta) dias.

Percebe-se, portanto, a facilidade proporcionada pela Lei 11.441/2007 em todos os sentidos, uma vez que esta cumpre também sua função social de desafogamento do Poder Judiciário, bem como, proporcionando facilidade e celeridade para a lavratura da escritura de divórcio.

Nas escrituras lavradas perante o tabelião, o cônjuge pode ainda optar pela manutenção do nome de casado ou de retorno ao nome de solteiro. A lei assegura a qualidade de título hábil para o registro de imóveis e o registro civil, instituições bancárias para levantamento ou transferências de numerários perante a junta comercial, para alterações societárias, para proceder transferência de veículos junto ao departamento de trânsito (DIAS, 2010).

Insta salientar que a resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça dispôs a partir do artigo 5º sobre a gratuidade.

Art. 4º O valor dos emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.169/2000, observando-se, quanto a sua fixação, as regras previstas no art. 2º da citada lei. Art. 5º É vedada a fixação de emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro (Lei nº 10.169, de 2000, art. 3º, inciso II). Art. 6º A gratuidade prevista na Lei nº 11.441/07 compreende as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais. Art. 7º Para a obtenção da gratuidade de que trata a Lei nº 11.441/07, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

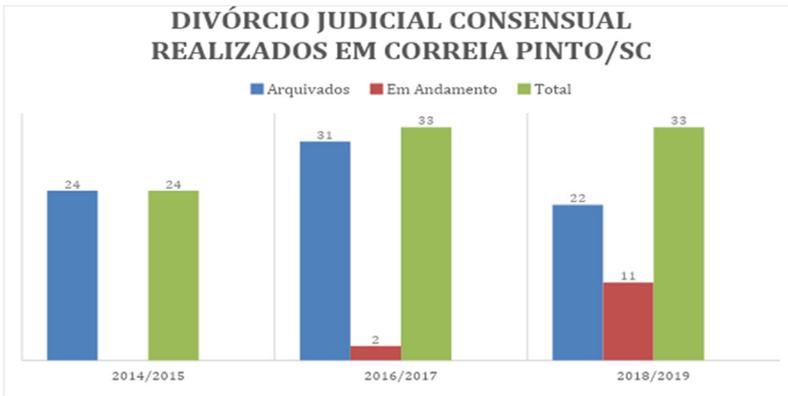
A lei 11.441/2007 acabou por silenciar quanto as custas e emolumentos em favor dos notários e registradores, porém, a resolução tratou de estabelecer a vedação da fixação de emolumentos sobre o percentual incidente sobre o valor de negócio jurídico.

Além disso, para obter a gratuidade é necessária uma declaração dos interessados informando a não possibilidade de pagamento dos emolumentos, mesmo que sejam assistidos por advogado.

Para nível de complementação e aprofundamento a respeito da aceitação da lei 11.441/2007, foi realizada uma pesquisa de campo na Comarca de Correia Pinto/SC, a qual possui um Fórum Estadual com vara única e o único Tabelionato de Notas do município, o qual tem como Tabelião titular Bruno Nepomuceno e Cysne, aprovado no concurso de provas e títulos em 2009.

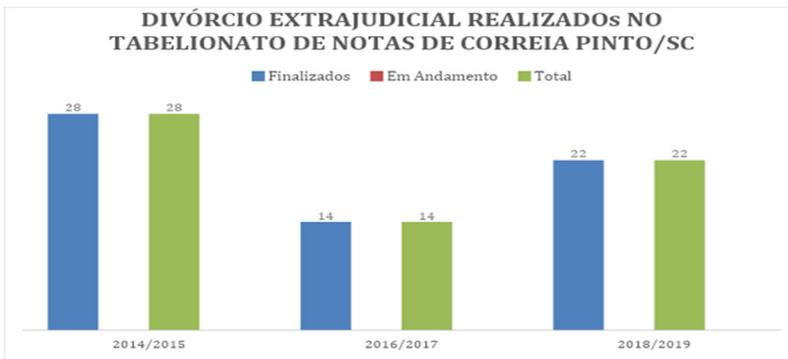
A presente pesquisa buscou números somente dos divórcios consensuais realizados entre os anos de 2014 a 2017. A partir de então extraiu-se que se realizaram no Fórum de Correia Pinto um total de 90 divórcios consensuais nesse período.

Porém, desses 90 processos existem ainda um total de 13 processos ainda em andamento. Abaixo consta o gráfico com os números pesquisados.



Como mencionado logo acima na comarca de Correia Pinto/SC, existe um único Tabelionato de Notas, o qual realizou o total de 64 escrituras públicas de divórcio.

Por mais o que o número de escrituras públicas de divórcios seja menor do que o realizado pelo Fórum da Comarca, tais números expressam uma realidade de que na impossibilidade de realização na esfera extrajudicial, seriam mais 64 processos em andamento no Poder Judiciário.



Deste modo, vale ressaltar que 64 (sessenta e quatro) casais optaram pelo divórcio extrajudicial, isso mostra que a alteração legislativa trouxe benefícios para o município, e consequentemente para o Poder Judiciário.

### 3 CONCLUSÃO

No decorrer da elaboração do presente trabalho foram analisadas diversas formas do acesso à justiça, entre elas, a preocupação que existia à época na diferenciação dos indivíduos que muitas vezes eram ignorados por alguns sistemas. Outro fato que

deve ser enfatizado é que com a evolução da sociedade surgiu uma maior valorização coletiva em detrimento do caráter individualista antes existente, ou seja, não era somente a sociedade que evoluía, mas sim, o direito.

Em razão disso, e com as diversas mudanças que ocorreram na sociedade, constatou-se também a necessidade de adaptações e alterações legislativas com o objetivo de proporcionar a todos não só o acesso à justiça, mas, sim, o seu objetivo que era de um acesso célere, justo e eficaz.

Percebeu-se que a partir da promulgação Constituição Federal de 1988 ficou estabelecida uma série de direitos e garantias, porém, em contrapartida, houve também um aumento das demandas judiciais, fazendo com que o Poder Judiciário sofresse com uma alta demanda e conseqüente congestionamento, devido ao alto número de ações ajuizadas.

Nessa toada, é importante frisar a importância que é atribuída aos notários e registradores, os quais exercem suas funções atendendo sempre aos princípios constitucionais e legais. Fato é que no âmbito extrajudicial, os notários que são dotados de fé pública utilizam técnicas jurídicas para perpetuar atos, redigindo as vontades das partes, materializando-as e agindo com imparcialidade, surgindo como meio alternativo para a solução dos conflitos existentes.

Diante dessa realidade surgiram movimentos e estudos para a ampliação da desjudicialização como uma forma alternativa para desafogar o Judiciário, e em contrapartida, estabelecer através do âmbito extrajudicial procedimentos mais céleres e eficazes.

Nesse sentido, a Lei 11.441 de 2007, estabeleceu em seu texto os procedimentos a serem adotados para a lavratura de inventário, divórcio e partilha a serem realizados nos Tabelionatos de Notas, ao qual, por meio deste trabalho de conclusão de curso, percebe-se a ascensão da realização destes institutos via extrajudicial, fazendo com que, o acesso à justiça seja aplicado em sua teoria e prática, atingindo assim, o objetivo final desta pesquisa.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, M. T. G. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

ANOREG. **Cartório em números**. Disponível em: <<https://anoreg.org.br>>. Acesso em: 13/11/2019.

ANOREG/BR. **Desjudicialização é foco de apresentação extrajudicial do Brasil em evento nos EUA**. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br>>. Acesso em: 30/nov/2019.

BIBLIA ONLINE. **Salmos**. Disponível em: <<https://www.biblionline.com.br>>. Acesso em: 13/nov/2019.

BRANDELLI, L. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25\out\2019.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25\out\2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25\out\2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.935/94**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25\out\2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25\out\2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10. 406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25\out\2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25\out\2019.

BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil**: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARNEIRO, P. C. P. **Inventário e partilha**: judicial e extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 35, de 24 de abril de 2007**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 25\out\2019.

DIAS, M. B. **Divórcio Já**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, C. C. **Curso de direito civil**: sucessões. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GUÉRCIO NETO, A. D.; DEL GUÉRCIO, L. B. **O direito notarial e registral em artigos**. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2016.

\_\_\_\_\_. **O direito notarial e registral em artigos**. Vol II. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2017.

IBGE. **Correia Pinto**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br>>. Acesso em 13/nov/2019.

LOUREIRO, L. G. **Registros públicos: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

MONNERAT, F. V. F. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva

REZENDE, A. C. F. **Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial face a face com o Código Civil de 2002**. 4. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

RIBEIRO, D. V. H. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de informação legislativa**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 03/nov/2019.

RINALDI, C. D. **Direito Notarial e registro públicos na perspectiva da advocacia**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

ROBERT, C.; SÉGUIN, E. **Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SCHMOELLER, F.; FRANZOI, F. **A importância da atividade notarial e registral: Uma análise a função social e a evolução neste âmbito**. Anoreg/Br, São Paulo, 04 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br>>. Acesso em: 03/nov/2019.

SILVA, A. S. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário**. Barueri, SP: Manole, 2005.

SOUZA, W. A. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2013.

TEIXEIRA, S. F. **O Judiciário e as propostas de um novo modelo**. Disponível em: <[www.solar.com.br](http://www.solar.com.br)>. Acesso em 05/12/2001;

THAMAY, R. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2019.

TORRES, J. A. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2005.

TUTIKIAN, C. F. **Moderno Direito imobiliário, notarial e registral**. São Paulo: QuartierLatin, 2011.

VIEIRA, L. P. C. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA FORENSE EM CASOS CRIMINAIS: A CORRELAÇÃO ENTRE A PSICOPATIA E ASSASSINOS EM SÉRIE

Gabriela Freitas de Oliveira<sup>1</sup>  
Rejane Dutra Bergamaschi<sup>2</sup>  
Grazielle Ferreira da Silva Floriani<sup>3</sup>  
Darlan Nardi<sup>4</sup>

### RESUMO

A Psicologia Forense é uma área relativamente nova que tem se destacado nos últimos anos devido às possibilidades de atuação junto ao sistema judiciário e clínico, em especial na atuação com psicopatia/transtorno de personalidade antissocial. Desta forma, o objetivo desta pesquisa foi compreender as práticas de trabalho do psicólogo forense dentro das investigações criminais, apontando a presença de aspectos psicopáticos no homicida serial e como se dá a sua forma de identificação, por meio de uma revisão teórica, das características básicas da psicopatia e dos crimes seriais.

Palavras-chave: Psicopatia. Assassinos em série. Psicologia Forense. Investigação Criminal

### ABSTRACT

Forensic Psychology is a relatively new area that has stood out in recent years due to the possibilities of working with the judicial and clinical system, especially in dealing with psychopathy/antisocial personality disorder. Thus, the objective of this research was to understand the work practices of the forensic psychologist within criminal investigations, pointing out the presence of psychopathic aspects in the serial homicide and how it is identified, through a theoretical review, of the basic characteristics of psychopathy and serial crimes.

Keywords: Psychopathy. Serial killers. Forensic Psychology. Criminal investigation

<sup>1</sup> Acadêmica da 10ª fase do Curso de Psicologia do Centro Universitário UNIFACVEST

<sup>2</sup> Psicóloga, professora do Curso de Psicologia do Centro Universitário UNIFACVEST, especialista em Avaliação Psicológica, mestre em Ambiente e Saúde.

<sup>3</sup> Co-orientadores Professores do Centro Universitário UNIFACVEST

<sup>4</sup> Professores do Centro Universitário UNIFACVEST

## INTRODUÇÃO

A criminalidade é um fato tão antigo quanto a humanidade, que sempre impressionou e impactou a sociedade de várias maneiras. Dos crimes contra a pessoa, o homicídio é um dos que se apresenta de maneira mais preocupante perante os indivíduos. Entre os mais variados tipos de casos criminais cometidos ao longo dos séculos, existem aqueles que marcam a vida das vítimas, das famílias e da sociedade. Podemos observar que existe uma dificuldade para compreender o que impulsiona um sujeito a cometer crimes contra a vida, apesar da passagem dos anos, esses crimes continuam a manter seu fascínio sobre a imaginação coletiva e a despertar o medo de todos (MARTA, MAZZONI, 2009).

A Psicologia Forense é uma área que tem crescido muito nos últimos anos à medida que mais e mais estudantes se interessam neste campo aplicado. Esta área da psicologia pode servir como uma ferramenta de estudo dos comportamentos criminosos que ocorrerem ou que possam vir a ocorrer, tem a função de investigar e dedicar-se ao estudo do comportamento criminoso. Clinicamente, tenta-se construir o percurso de vida do indivíduo criminoso, tentando descobrir os motivos das desordens mentais e comportamentais, todos os seus processos psicológicos que o possam ter conduzido à criminalidade, com o objetivo de chegar a raiz do problema, uma vez que só assim se pode partir à descoberta da solução. Desta forma, também se pode determinar uma pena justa, tendo em conta que estes casos são muito individuais e assim devem ser tratados em julgamento (MYRA Y LOPEZ, 2007).

Uma das preocupações da Psicologia Forense envolve questões acerca do criminoso psicopata. O trabalho com esses indivíduos é complexo, pois o reconhecimento e avaliação dos mesmos é um desafio para esta área da Psicologia. Isso ocorre devido à característica dos psicopatas de serem manipuladores, podendo alterar os resultados obtidos em entrevista e, também, pela falta de instrumentos para tal avaliação, apesar desta limitação, os estudos e técnicas em relação ao trabalho com esses indivíduos vêm crescendo progressivamente (DAVOGLIO, ARGIMON, 2010, apud, ANTON, TONI, 2014).

Assassinos em série são sujeitos que, com uma frequência assustadora, fazem com que a sociedade se sinta perplexa com a brutalidade causada pela prática de seus crimes. Os assassinatos em série equivalem a três ou mais eventos que ocorrem, também, separadamente em três ou mais locais distintos, com um certo período de pausa entre eles. O intervalo entre os crimes pode variar de horas a anos. Esses criminosos de alta periculosidade geralmente compartilham características específicas que nos permitem encaixá-los no grupo dos psicopatas (SCHECHTER, 2013, apud, BARROSO, CRUZ, 2019).

Segundo Morana, Stone e Abdalla-Filho (2006), os transtornos de personalidade não são doenças propriamente ditas, mas são consideradas anomalias do desenvolvimento psíquico de determinado indivíduo, como perturbação da saúde mental. Esses transtornos implicam na desarmonia da afetividade e da excitabilidade com integração deficitária dos impulsos, do comportamento e das condutas, manifestando-se no relacionamento interpessoal. As pessoas que são diagnosticadas com o transtorno de personalidade, são consideradas por especialistas como indivíduos problemáticos, apresentam um comportamento muitas vezes agitado, com atitudes incoerentes e relacionadas a

um imediatismo de satisfação. Os transtornos de personalidade se manifestam por divergências consideravelmente relevantes no relacionamento interpessoal, que ocorrem devido à desarmonia da organização e da integração da vida afetivo-emocional.

No plano forense, os transtornos de personalidade possuem uma grande relevância, já que seus portadores se envolvem, não raramente, em ações criminosas e conseqüentemente em processos judiciais, especialmente aqueles que apresentam características antisociais. Esse tipo de transtorno específico de personalidade é marcado por uma insensibilidade aos sentimentos alheios. Quando o grau dessa insensibilidade se apresenta elevado, levando o indivíduo a uma acentuada indiferença afetiva, ele pode adotar um comportamento criminal recorrente e o quadro clínico de transtorno de personalidade assume o aspecto de psicopatia (MORANA, STONE, ABDALLA-FILHO, 2006).

Existem muitos aspectos a serem analisados sobre tal tema, entre estes aspectos, existe uma dúvida, seriam os assassinos em série portadores de psicose, sofrendo com delírios e alucinações, ou seriam delinquentes vaidosos buscando o crime como satisfação do seu prazer, por simples maldade, gosto pelo sofrimento alheio, desejo em infringir as regras, sendo, nesse caso, portadores da psicopatia. “É importante ressaltar que nem todo psicopata é obrigatoriamente um assassino em série, existem psicopatas em graus de intensidade menores, digamos assim, sendo os assassinos em série aqueles com o grau mais elevado” (CORDEIRO, MURIBECA, p. 99, 2017).

Sobre essa questão Cordeiro e Muribeca, (2017, p. 99), ainda citam que:

Psicopatas e assassinos em séries são termos inicialmente distintos, mas que, em casos extremos, podem se confundir em um mesmo sujeito. Ou seja, em muitos casos, o serial killer é, igualmente, um psicopata. Isso nos faz também compreender que um psicopata não tem que ser, necessariamente, um assassino em série, uma vez que somente uma pequena parcela dos psicopatas se tornarão assassinos seriais. Destes, observa-se que a grande maioria sofre de psicopatia. Mas os psicopatas, que transgridem as normas sociais, não necessariamente se tornam matadores seriais, uma vez que, de acordo com a psicopatia desenvolvida e o grau dela, podem praticar crimes ou desvios comportamentais de outro gênero.

É necessário fazer uma análise cuidadosa e detalhada do sujeito por profissionais especializados de diversas áreas, como da psiquiatria e psicologia, para que seja possível chegar a um diagnóstico preciso. Um dos métodos utilizados nos dias atuais, que é considerado um dos mais confiáveis para a identificação de psicopatas, é a escala Hare ou Psychopathy Checklist Revised (PCL-R), criado pelo psiquiatra canadense Robert Hare que dedicou vários anos de sua vida profissional reunindo características comuns de pessoas com esse tipo de perfil, até conseguir montar o sofisticado questionário (SILVA, 2008).

A Escala Hare PCL-R é composta por Manual com critérios para pontuação de psicopatia, Caderno de Pontuação, Roteiro de Entrevistas, Informações e um protocolo Check-list de Pontuação para Psicopatia. Segundo Ambiel (2006), o que a escala Hare (PCL-R) pretende diferenciar, são os psicopatas dos não-psicopatas, segundo a proposta de Hare. Um dos principais objetivos da escala é identificar os sujeitos com maior probabilidade de reincidência criminal, sendo assim, além de um instrumento

diagnóstico importante para tomada de decisão acerca do trâmite do condenado no sistema penal, uma ferramenta para separar os que apresentam tal condição daqueles que não a apresentam, com o intuito de não prejudicar a reabilitação dos chamados criminosos comuns.

Diferente do assassino em massa, o assassino em série escolhe cuidadosamente suas vítimas. Na maioria das vezes, escolhem pessoas do mesmo estilo ou que possuem características muito parecidas. É importante destacar que um dos principais aspectos para o diagnóstico de um assassino em série, é esta opção por um padrão geralmente bem preciso na forma como o qual se relaciona com o crime. Esse padrão acontece, especificamente, por meio de uma determinada escolha das vítimas, que normalmente pertencem a um mesmo grupo social, como prostitutas, homossexuais, crianças, meninos ou meninas e etc. (BALLONE, MOURA, 2008, apud, BARROSO, CRUZ, 2019).

Muitos autores destacam algumas características em comum nos assassinos em série, pesquisas indicam que a maioria dos assassinos seriais sofreram abusos físicos, sexuais, emocionais ou foram negligenciados e abandonados quando criança, e muitas vezes, é a infância traumática geralmente é apontada como a principal razão pelo comportamento isolado da sociedade. Casoy (2004), destaca que raramente um assassino em série não sofreu abuso ou negligência familiar na infância, mas isso não quer dizer que toda criança que sofreu algum tipo de abuso durante o seu desenvolvimento seja um assassino em potencial.

As recordações das experiências traumáticas vividas durante a infância, na maioria das vezes fazem com que os assassinos em série psicóticos entrem em um tipo de mundo imaginário, um mundo o qual é considerado, por eles, mais atrativo que o real. Neste mundo imaginário, eles podem reviver suas lembranças cruéis, mas desta vez assumindo o papel do agressor. O diagnóstico do psicótico é obtido através do Exame do Estado Mental (EEM). “O exame integra a avaliação clínica; contém todas as observações do examinador e suas impressões sobre o indivíduo examinado no momento da entrevista” (FIORELLI, MANGINI, 2009).

Para Muller (2018), o Exame do Estado Mental é como um exame abrangente de um paciente, baseado em entrevistas, testes e outras fontes de informação, incluindo detalhes do estado mental, características de personalidade, diagnóstico, prognóstico e opções de tratamento. Sabendo disso, fica claro que o exame, em sua globalidade, compreende diversos aspectos de um indivíduo e deve ser realizado e verificado por um profissional apto para compreensão desta área do saber.

É interessante ressaltar também que, por mais completo que um exame possa ser, ele trará as impressões sobre o sujeito no momento em que o processo se deu. Assim, o resultado aplica-se a um período específico, visto que o estado mental pode ser alterado rapidamente, por estímulos tanto internos quanto externos, Mesmo assim, não se pode tirar a validade das percepções captadas, até mesmo pelo fato de que são resultantes de manifestações do próprio indivíduo examinado, portanto, tudo o que pode ser visto está passível de consideração e análise (FIORELLI, MANGINI, 2009).

Os casos de assassinatos em série caracterizam-se pelo contato do assassino diretamente com a vítima, o que é evidenciado pelo uso de armas brancas, estrangulamentos e golpes corporais, mutilações e etc. Raramente são utilizadas armas de fogo (MARTA, MAZZONI, 2010).

Podemos observar que os motivos e os métodos aplicados por esses tipos de criminosos fogem ao perfil de crime usualmente enfrentado pelos investigadores policiais no seu cotidiano. “É necessário capacitar profissionais da segurança pública com conhecimentos que permitam traçar um perfil do comportamento desse tipo de criminoso, tendo por fim proporcionar sua captura com a maior celeridade possível” (JÚNIOR, 2012, p. 32).

Huss (2011), considera que a Psicologia Forense pode ser dividida em aspectos criminais e civis, se adequando as terminologias da área do Direito (direito criminal e direito civil), em que o primeiro trata de atos contra a sociedade, punindo os infratores para manter um senso de justiça na sociedade e para prevenir o crime, enquanto o segundo considera ofensa contra um indivíduo, no que se refere aos direitos e reparações privados.

Esta área da psicologia não se interessa em apenas resolver um crime, mas também em seu campo de estudo que se expande até a exploração das ações predictoras de comportamento criminoso, essa vertente da psicologia interessa-se em compreender os desejos, pensamentos, intenções e reações dos criminosos. Silva, Carvalho (2016, p.3) citam que:

A psicologia forense realiza estudos psicológicos de alguns dos tipos mais comuns de delinquentes e dos criminosos em geral, como por exemplo, dos psicopatas que ficaram na história. De facto, a investigação psicológica desta área da psicologia apresenta, sobretudo, trabalhos sobre homicídios e crimes sexuais, talvez devido à sua índole grave e fascinante.

“A psicologia forense tende a focar o tratamento e a gestão dos ofensores, uma vez que eles sejam apanhados. A psicologia investigativa consiste em como a ciência comportamental pode ajudar na detenção de ofensores ou questões de investigação que poderiam ajudar na defesa ou acusação dos suspeitos” (CANTER, 2004, apud, RODRIGUES, 2010, p. 18).

Para este estudo, o objetivo foi analisar através de uma pesquisa bibliográfica, as correlações existentes entre a psicopatia e os assassinos em série, assim como, os seus devidos conceitos e como a psicologia pode estar contribuindo em casos criminais deste aspecto.

## METODOLOGIA

Segundo Lara e Molina (2015), a pesquisa bibliográfica compreende na escolha do assunto, elaboração do plano de trabalho, identificação, localização, compilação, fichamento, análise e interpretação, redação. Exige, portanto, que seja escolhido assunto condizente com a capacidade do pesquisador, de acordo com suas inclinações e gostos pessoais.

Desta forma, o presente trabalho teve por finalidade analisar as correlações existentes entre a psicopatia e o cometimento de homicídios por indivíduos considerados assassinos em série (Serial Killers), até que ponto um transtorno de personalidade antissocial é capaz de influenciar na execução de assassinatos em série, buscando

sempre compreender qual é o papel do psicólogo forense dentro dessas investigações criminais.

O presente estudo foi baseado em informação científica devidamente publicada. A pesquisa bibliográfica foi realizada via online, recorrendo às bases de dados Scielo, Scribd, Biblioteca Virtual de Psicologia, em revistas científicas nacionais. Assim como periódicos e artigos encontrados em revistas científicas e livros sobre o tema.

## DISCUSSÃO

Segundo Guimarães (2017), a maioria das pessoas tende a imaginar os assassinos em série como pessoas loucas ou com problemas mentais, o que não é constatado como verdade na maioria dos casos. No entanto, existe um consenso entre os especialistas de que esse tipo de criminosos possui ligações íntimas com a psicopatia e a psicose, que são desvios mentais distintos.

Alguns especialistas discordam sobre a definição correta de serial killer. Alguns afirmam que apenas duas mortes seria o necessário para o criminoso ser considerado um homicida serial, outros declaram que, no mínimo, deveria ter quatro mortes (VELLASQUES, 2008).

Lagos e Scapim (2017, p.78) citam que:

Influenciado pelos trabalhos de Darwin, Benedict Augustin Morel (1809-1873) chamou a atenção para o fator etiológico, introduzindo a ideia de “herança degenerativa<sup>3</sup>”. Morel, em 1807, cria uma nova categoria, chamada de “loucura dos degenerados”, na qual o autor defendia que agentes externos, como o álcool e os tóxicos, poderiam predispor o sujeito à degeneração e ao “mau temperamento”. De tal forma, ampliando a visão de degeneração, Valentin Magnan (1835-1916) inseriu o conceito de desequilíbrio mental e, por meio de uma visão neurológica, defendeu que esse desequilíbrio ocorria por uma falta de coordenação harmoniosa entre os centros nervosos. Para Shine (2000, p.13), certos aspectos do desequilíbrio mental, como desequilíbrio da sensibilidade, desequilíbrio da vontade, são associados, ainda hoje, aos sintomas do psicopata”.

Para Guimarães (2017), o avanço da psicologia, impulsionada pelos estudos de Carl Jung e Freud, permitiu pesquisar sobre a origem dos atos humanos e especialmente os atos cruéis. Com isso, profissionais de variadas áreas, como policiais, psiquiatras, psicólogos, têm guiado estudos e esforços para identificar as causas do comportamento desses assassinos. Normalmente dentro dessas causas é mencionado o abuso infantil, seja psicológico ou físico ou sexual, influência genética, desequilíbrio químico na área mental, dano cerebral, exposição a eventos traumáticos e insatisfação acerca de “injustiças sociais”.

Entre as pesquisas sobre psicopatia é possível perceber que as principais características desse transtorno é a falta de empatia, alta propensão ao tédio, hostilidade, perversão, frieza emocional, manipulação e egocentrismo. A psicopatia também não deve ser considerada apenas um transtorno de personalidade antissocial. Normalmente os psicopatas também compartilham características que determinam este transtorno,

mas isso não quer dizer que quem possui transtorno de personalidade antissocial é, consequentemente, psicopata (OLIVEIRA, 2011).

Em relação aos aspectos de personalidade, em um estudo realizado por Stone, 86,5% dos assassinos em série correspondiam aos critérios do teste de Hare para psicopatia, sendo que um acréscimo de 9% exibiu apenas alguns traços psicopáticos, mas não o suficiente para alcançar o nível de psicopatia. Este estudo também mostrou grande porcentagem entre psicopatia e transtorno sádico de personalidade. Dos homicidas seriais com psicopatia, 93% também apresentaram transtorno sádico. Metade dos psicopatas era esquizóide. Quase a metade apresentou critérios para os três tipos de transtorno: psicopático, esquizóide e sádico (MORANA, STONE, ABDALLA-FILHO, 2006).

Borzuk (2014), relaciona psicopatia a mudanças anatômicas ou de funcionamento no cérebro, em contrapartida, Castellana (2011), relaciona a origem da patologia a causas ambientais.

Muitos estudiosos indicam que a violência inspirada pelas mídias pode ser um fator que impulsiona o aparecimento de pessoas psicopatas. A cultura da violência nos meios de comunicação como na televisão, cinema, jornalismo, videogames, para alguns indivíduos com desordem mental pode ser um impulso. A pressão social em busca do sucesso a qualquer custo pode motivar o aparecimento do serial killer. “Uma sociedade que classifica como pessoas vencedoras somente aquelas que tiveram grandes ganhos materiais, isso acaba gerando um sentimento geral de frustração e injustiça, essa insatisfação propicia ao assassino um motivo para conquistar o seu “sucesso” pessoal” (RÂMILA, 2012, apud, GUIMARÃES, 2017, p. 8).

Para Lagos e Scapim (2017), é pequena a quantidade de estudos que associam os assassinos em série e psicopatia, uma vez que a maioria dos estudos brasileiros relacionam psicopatia e criminalidade e não especialmente a homicidas em séries.

O Brasil não possui um suporte de investigação criminal como existe entre outros países mais especializados, como nos Estados Unidos. Muitas vezes, os homicídios em série no país foram solucionados sem que se soubesse que se tratava de assassinatos em série, e outros casos ainda continuam sem solução. Todo despreparo das autoridades brasileiras acontece por não perceberem, muitas vezes, a possibilidade de um homicídio estar ligado a outro, e também em diversos casos se menospreza a capacidade intelectual desses indivíduos. Diante desse contexto, ressalta-se a importância do trabalho da ciência forense especializada por profissionais de várias áreas dentro das investigações juntamente a polícia brasileira (VELLASQUES, 2008).

Como o assassino em série é um indivíduo com distúrbios mentais, ora se apresentando como um psicopata, ora com um psicótico, fica nítido como uma análise psicológica é extremamente essencial para a investigação criminal. No entanto, a cabeça de cada assassino em série funciona de um modo diferente e isso acaba sendo um grande desafio para os profissionais conseguirem identificar com precisão o homicida. “Portanto, cabe ao profiler (perfilador criminal), através da análise das informações levantadas na cena do crime, vítima, laudos periciais, resultado da autópsia, e com base nessa composição dos dados local do crime busca auxiliar na captura do assassino” (GUIMARÃES, 2017, p. 17)

Esta constatação mostra a importância e necessidade de se propor uma avaliação psicológica destes aspectos, considerando suas repercussões clínica, jurídica e

social. A caracterização da avaliação psicológica para fins forenses é feita pela produção de investigações psicológicas e comunicação de seus resultados, visando aplicar dentro do contexto legal. Esse processo todo de coleta de informações, avaliação de elementos e apresentação de evidências está voltado para o contexto jurídico. “Dessa forma, surge a determinação para que os conhecimentos da Psicologia estejam adaptados à legislação específica de cada área de avaliação e jurisdição a que pertencem” (IBÁNEZ, AVÍLA, 1989, apud, DAVOGLIO, 2010, p. 113).

No campo forense, a avaliação psicológica determina que o profissional esteja consciente sobre a possibilidade de modificação de informações pelo avaliado. Dessa forma, a procura por recursos que deem suporte técnico ao psicólogo nesse tipo de avaliação é essencial. “A tendência ao uso de instrumentos padronizados na Psicologia Forense é comum em outros países, ainda que estes nem sempre atendam as especificidades de avaliação decorrente da demanda legal, no que se refere a relevância e credibilidade” (ROVINSKI, 2000, apud DAVOGLIO, 2010, p.112).

Para Trindade (2012), na Psicologia Forense, o cliente é o sistema de justiça. Isto mostra a necessidade de os psicólogos possuírem um conhecimento especializado e multifacetado entre a Psicologia e as normas legais, o que lhes permite elaborar relatórios mais objetivos e efetivos à necessidade imposta pelo sistema de justiça.

Silva (2012) aborda que os psicólogos forenses não aplicam a sua atuação somente na vertente de Justiça penal, mas também devem fornecer a sua experiência nas questões do testemunho das crianças, perícia ao nível da avaliação do dano psicológico, na discriminação no emprego, na deficiência mental, no compromisso civil, nas questões psicológicas que afetem o processo legal, tais como depoimentos de testemunhas oculares e a escolha do júri.

Apesar de existirem opiniões divergentes, a grande maioria da literatura explana sobre casos de sucesso em que a Psicologia operou com a Justiça, revelando-se um instrumento de grande utilidade no auxílio da tomada de decisão judicial em processos de difícil julgamento (FONSECA, MATOS, SIMÕES, 2008).

Segundo Ramos (2017), com base no que se sabe a respeito do assassino em série, de que o psicopata ignora as normas sociais, a autora afirma que não é a prisão que poderá mudar seu caráter, muito pelo contrário, poderá piorar sua situação. Essa situação é muito grave, visto que é pacífico o entendimento na psicologia forense, de que esses indivíduos não têm condições para serem realocados na sociedade.

A reprovação da sociedade em relação ao indivíduo que comete crimes em série, é igualmente entendida como fato imperdoável. A sociedade no geral não aceita a realocação desses indivíduos no convívio social. O fato repetitivo praticado por esses homicidas não tem como parar, pois como já foi esclarecido, eles sofrem de uma deficiência moral incurável, e seus atos sempre serão obscuros e atentatórios à vida, dessa forma, esse indivíduo deveria gozar de um tratamento e cumprimento de pena diferenciado dos demais criminosos (SCHECHTER, 2016).

Velasques (2008, p. 61) diz que:

Alguns assassinos em série que passaram um período em clínicas psiquiátricas depois de cometer os crimes ou passaram por tratamento psiquiátricos foram avaliados como “curados” e foram postos em liberdade, porém, mataram de novo. Peter Woodcock passou cerca de 35 anos em um hospital psiquiátrico para criminosos no Canadá, assim que foi

posto em liberdade assassinou outra pessoa e imediatamente retornou para o hospital judiciário.

A ausência dos requisitos mínimos de convivência social é um fator importante e dificulta todo e qualquer processo de reintrodução na sociedade. O assassino em série não possui valores morais e sociais capazes de garantir um convívio pacífico em sociedade. A internação em hospital psiquiátrico e o acompanhamento psicológico é fundamental na vida de um homicida em série, além de proteger a sociedade de um criminoso perigoso e sem controle, ainda proporciona a ele uma possibilidade de viver melhor com suas limitações psiquiátricas (RAMOS, 2017).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um estudo mais profundo acerca da temática, evidencia-se que os assassinos em série tanto podem ser diagnosticados como psicóticos movidos por seus delírios e alucinações ou como pessoas que são movidas pela maldade e crueldade, os psicopatas.

Ao se tratar da atuação com os psicopatas, percebe-se a dificuldade no que se refere à avaliação e ao reconhecimento desses indivíduos. Lares problemáticos, pais negligentes, abusos físicos, psicológicos e sexuais, genes malignos, cérebros disfuncionais, sociedades com inversão de valores, esses motivos compostos por gatilhos podem ser o suficiente para se criar um potencial assassino em série.

É indispensável o bom senso, ao lado da capacitação especializada, para a avaliação adequada de traços de psicopatia e dos comportamentos antissociais. A presença de transtorno mental, associada aos comportamentos violentos ou transgressores, não deve ser negligenciada, mas tampouco superestimada, em uma avaliação psicológica forense. No próprio momento de avaliação é possível perceber alguns sinais que revelam as características de personalidade antisociais ou mesmo psicopatas, como a falta de empatia e os déficits interpessoais (MORANA, STONE, ABDALLA-FILHO, 2006).

Os assassinos em série não são um fenômeno recente na história da humanidade, porém, nos últimos anos passaram a ganhar destaque, seja pela exposição midiática ou como muitos afirmam, pelo aumento da sua ocorrência.

Há uma espécie de concordância geral na visão da psiquiatria e de outras áreas forenses especializadas, a respeito de que é praticamente impossível a ressocialização de assassinos em série, ele não dispõe de sentimentos, empatia ou remorso pelo sofrimento que causa em outras pessoas, principalmente por muitas vezes ser movido por impulsos de cunho sexual.

Através deste estudo pode-se observar que muitos dos métodos de investigação da psicologia forense para esse segmento de caso, estão baseados nos métodos que os psicólogos clínicos utilizam para avaliar os indivíduos que apresentam preocupações quanto ao seu comportamento e sua saúde mental, métodos os quais consistem em entrevistas, testagem psicológica e coleta de informações de arquivo e de terceiros.

Dentro deste contexto, vale ressaltar que além dos instrumentos de trabalho que os profissionais utilizam a seu favor nas investigações, o psicólogo forense tem um treinamento extra, aperfeiçoado, o qual deve incluir Psiquiatria e Direito, dessa forma

podendo aplicar os seus conhecimentos nas questões levantadas pelo sistema legal.

Tendo em vista ser essa uma área escassa e com poucas informações disponíveis sobre a temática, esse trabalho buscou contribuir com a divulgação e entendimento de uma área que, provavelmente, se desenvolverá ainda mais na psicologia.

Assim, devido ao aumento dos assassinos em série e a brutalidade dos crimes cometidos por esses criminosos, conforme mencionado nesse artigo, faz-se relevante um maior conhecimento no âmbito forense, o conhecimento e a identificação das características do trabalho do psicólogo forense, as áreas de atuação e as dificuldades presentes na profissão, a fim de que seja possível contribuir para estudos e especializações mais acessíveis, para que os profissionais interessados neste campo de atuação possam futuramente colaborar judicialmente de uma maneira precisa dentro investigações.

## CONCLUSÃO

Concluimos os transtornos de personalidade, sobretudo o tipo antissocial, apresentam verdadeiros desafios tanto para a psicologia forense, quanto à psiquiatria forense. Além da dificuldade em identificá-los, existe um desafio em auxiliar a Justiça sobre o lugar mais adequado desses pacientes e como tratá-los. As pessoas que possuem comportamento psicopático e cometem homicídios seriados necessitam de atenção especial, devido à elevada probabilidade de reincidência criminal, sendo ainda necessário sensibilizar os órgãos governamentais a construir estabelecimentos apropriados para a custódia destes sujeitos.

O trabalho do psicólogo forense no cenário jurídico atual e a grande relevância que sua atuação tem para os casos de conflitos e desavenças na sociedade, principalmente em relação aos conflitos de sentenças ou investigações e decisões que envolvem a mente humana em casos de psicopatias e assassinatos em série, trabalhando como um instrumento quase que indispensável às sentenças e decisões judiciais.

Diante do exposto acima, é possível sugerir que os profissionais realizem pesquisas e estudos mais aprofundados para compreender a mente desses sujeitos e seus comportamentos, não só de maneira a diagnosticá-los, mas também como uma forma de prognosticar, atuando como um pesquisador sobre o impacto que os crimes seriais podem causar na sociedade, analisando o tratamento destinado ao assassino em série no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda dentro do campo psicológico, o profissional psicólogo poderá realizar estudos que possam abordar sobre as relações entre Transtorno de Personalidade Antissocial e Serial Killers, uma vez que as pesquisas brasileiras pouco abrangem sobre os assassinos em série, analisando também o papel da vítima no crime cometido, bem como a necessidade da adoção de políticas que visem a auxiliá-la a superar o trauma sofrido, contrariando a perspectiva atual, na qual os esforços se concentram no criminoso.

Sendo assim, o trabalho se mantém aberto para novos estudos sobre esta temática, podendo levar em consideração outros pontos não aprofundados no momento, pois acredito no grande campo de pesquisa que ainda temos a descobrir e aprofundar os estudos em muito do que já temos, pois, avançar neste ramo de conhecimento é extremamente valioso e necessário, não somente para a Psicologia, como também ao Direito.

**REFERÊNCIAS**

- AMBIEL, R. A. M. Diagnostico de psicopatia: a avaliação psicológica no, âmbito judicial, 2006.
- ANTON, J; TONI, C. A psicologia Forense e a Identificação de indivíduos psicopatas. Vol. 16, n. 24, p. 189-207, 2014.
- BARROSO, P. S. C; CRUZ, M. S. Correlações entre Psicopatia e Assassinatos em Série. Psicologado, [S.l.]. (2019).
- BORZUK, C. S. O fortalecimento das explicações naturais para os fenômenos sociais ligados ao crime. 2014 – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- CASOY, I. Serial Killer: Louco ou Cruel? 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.
- CASTELLANA, G. B. Comparação de traços psicopáticos entre jovens infratores e não -infratores. 2014 – Programa de Pós-Graduação de Psiquiatria, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- FIORELLI, O. J.; MANGINI, R. C. R. Psicologia jurídica. São Paulo: Atlas, 2009.
- FONSECA, A. F., MATOS, A., SIMÕES, A. (2008). Psicologia e justiça: oportunidades e desafios.
- HUSS, M. T. Psicologia Forense: pesquisa, prática clínica e aplicações. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- JUNIOR. A importância da psicologia criminal na investigação policial. Revista Cógito, Salvador, 2012.
- LARA, A. M. B; MOLINA, A. A. Pesquisa Qualitativa: apontamentos, conceitos e tipologias, 2015.
- MARTA, T. N.; MAZZONI, Henata Mariana. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. Revista USCS – Direito, n. 17, 2009.
- MORANA, H. C. P.; STONE, M. H.; ABDALLA-FILHO, E. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo, 28, Suplemento II, p. 74-9. 2006.
- MURIBECA. M. M. M; CORDEIRO. C. H. C. ASSASSINOS EM SÉRIE: DA NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL PARA OS PSICOPATAS, 2017.
- MYRA Y LOPEZ, E. Manual de Psicologia Jurídica. Traduzido por: Soneli Maria

Mellon Farina, Editora Minelli, Sorocaba, SP, 2007.

RAMOS, K. S. F. SERIAL KILLER: PRISÃO OU TRATAMENTO, 2017.

RODRIGUES, M. J. R. Perfis Criminais: Validade de uma técnica Forense, 2010.

SILVA, A. B. B. Mentres perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008.

SILVA, P. R. M. A Valoração da Psicologia Forense em Processos de Promoção e Proteção, 2012.

SILVA, J. C. R.: Psicologia Forense: Análise do caso de Anders Behring Breivik, 2016.

SCHECHTER, Harold. Serial killers, anatomia do mal. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2016

VELLASQUES, C. T. O perfil criminal dos serial Killers. 2008. Faculdade Integradas, “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2008.

DAVOGLIO, T. R. - AVALIAÇÃO DE COMPORTAMENTOS ANTI-SOCIAIS E TRAÇOS PSICOPATAS EM PSICOLOGIA FORENSE

Lagos e Scapin - TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISOCIAL E SERIAL KILLERS: UMA REVISÃO DA PRODUÇÃO ACADÊMICA (2007-2017)

GUIMARÃES, R. P. G - O perfil psicológico dos assassinos em série e a investigação criminal:

OLIVEIRA, A.C. L. - ANÁLISE DA FIGURA DO PSICOPATA SOB O PONTO DE VISTA PSICOLÓGICO-MORAL E JURÍDICO-PENAL

TRINDADE, J. Manual de psicologia para operadores do direito. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

---

## O DIREITO DE FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE - UM ESTUDO SOBRE A PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA

Grazielle Ferreira da Silva Floriani<sup>1</sup>  
Maria Aparecida Leite Holthausen da Silva<sup>2</sup>  
Rejane Dutra Bergamashi<sup>3</sup>  
Rafael Rodrigues Schmitt<sup>4</sup>  
Leani Budde<sup>5</sup>

### RESUMO

O atual trabalho busca estudar o direito de família na contemporaneidade e tem como objetivo o estudo das relações paternas fundadas exclusivamente na socioafetividade e a problemática está na compreensão do questionamento quanto a possibilidade do dever da prestação alimentar por parte deste pai afetivo perante ao seu filho fruto desta relação. A pesquisa estuda os aspectos que englobam a paternidade, o conceito de alimentos e do dever de alimentar, o que é o relacionamento parental socioafetivo, e a evolução das necessidades sociais relativas ao tema, como também as suas possíveis consequências jurídicas relativas a questão. Trata-se de uma pesquisa com métodos exploratórios e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: família, contemporaneidade, paternidade, filiação, socioafetividade, dever alimentar.

### ABSTRACT

The current work seeks to study contemporary family law and aims to study paternal relationships based exclusively on socio-affectiveness and the problem lies in the understanding of the questioning of the possibility of the duty of providing food on the part of this affective father towards his child. of this relationship. The research studies the aspects that include paternity, the concept of food and the duty to feed, what is the socio-affective parental relationship, and the evolution of social needs related to the theme, as well as its possible legal consequences related to the issue. It is a research with exploratory methods and literature review.

Keywords: family, contemporaneity, paternity, parentage, socio-affectiveness, duty to feed.

---

<sup>1</sup> Professor Do Centro Universitário UNIFACVEST

<sup>2</sup> Professor Do Centro Universitário UNIFACVEST

<sup>3</sup> Professor Do Centro Universitário UNIFACVEST

<sup>4</sup> Professor Do Centro Universitário UNIFACVEST

<sup>5</sup> Professor Do Centro Universitário UNIFACVEST

## INTRODUÇÃO

O atual artigo busca compreender o direito de família na contemporaneidade de as diversas formas de paternidade e a importância de cada uma dela na estrutura familiar, ou mesmo na vida de qualquer indivíduo, seja na descoberta de sua origem genética, nas suas relações jurídicas e ainda afetivas. Não podemos deixar de mencionar a herança de outras culturas, em que nossos antepassados de forma preconceituosa, visavam manter a genética como sendo a única forma de constituição da família, onde apenas os filhos concebidos no matrimônio eram aceitos pela sociedade e se enquadravam como modelo adequado à época.

Felizmente, a plasticidade social foi forte o bastante para modificar o sistema jurídico. Com isso conquistamos vários direitos que se faziam necessários para que houvesse uma inserção de novos valores, menos severos e preconceituosos, caminhando para evolução na aceitação de novas maneiras de relações familiares, levando-nos a refletir sobre os fatores preponderantes por meio dos quais chegamos a este assunto.

Esta mudança significativa começou na década de 80 com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que introduziu. Após a descoberta do exame de DNA, onde seu resultado como critério absoluto, trazia a determinação da filiação-biológica, houve nova evolução comportamental e jurídico.

No entanto, não há que se falar apenas em filiação biológica, pois outras formas de filiação também são de extrema importância para o nosso ordenamento jurídico, como a filiação jurídica (civil ou registrária) (RIBEIRO, 2002) e a filiação socioafetiva, tendo esta derrubado várias paradigmas, caracterizando uma filiação que existe não pelo simples fato biológico, ou por força de presunção legal, mas a partir de uma convivência afetiva e duradoura.

Outro ponto a ser analisado neste artigo são se os alimentos, sendo de suma importância o seu questionamento, pois a sobrevivência de um indivíduo não consistirá somente em sua alimentação, como a forma literal da palavra, mas também em tudo aquilo que prover de uma necessidade. Por outro lado, não deixando de se comentar a possibilidade dela ser imputada e suas condições.

Pretende-se neste trabalho a discussão sobre a (im)possibilidade de obrigação alimentar decorrente da paternidade sócio-afetiva independentemente da existência da paternidade jurídica ou biológica.

Buscar-se-á manter, durante o desenvolvimento desse artigo, uma postura realista, baseada num direito civil verdadeiramente obediente ao comando constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana DIAS, 2005 p.330.

## 1. DA ANÁLISE DO CONCEITO DE PATERNIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Ao longo da história da sociedade brasileira, o pai era considerado o chefe familiar (Moreira, 2002) aquele que exercia as funções de senhor e magistrado e que necessariamente transmitiria a tradição do culto familiar aos seus filhos, tradição esta havida pela religião familiar. O objetivo primordial da família era o controle da função reprodutora e a socialização dos filhos.

É certo que com o tempo ocorreram grandes transformações no direito de família. Os últimos 30 anos foram significativos na recepção das modificações familiares e sociais pelo sistema jurídico brasileiro, justificado as grandes dificuldades para definirmos o conceito de paternidade. Nos ajuda a uma possível conceituação a Profª. Maria Berenice Dias, ao afirmar que “podemos definir o pai como genitor, o marido ou o companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome?” Ao, retirarmos o ponto de interrogação no final da dissertativa da ilustre autora, teremos a definição mais próxima da ideal quanto ao conceito de paternidade.

Para José Roberto Moreira Filho, em seu ensaio publicado na internet Queiroz (2001 p. 52), hoje o conceito de paternidade acha-se fragmentado entre o liame biológico, o jurídico e o socioafetivo. E continua o autor: “O conceito de filiação e sua definição no mundo jurídico evoluíram da filiação biológica até a atual filiação socioafetiva que prepondera em nosso ordenamento”.

Ser pai ou mãe, atualmente, não é apenas ser a pessoa que gera ou a que tem vínculo genético com a criança. É, antes disso, a pessoa que cria que ampara que dá amor, carinho, educação, dignidade, ou seja, a pessoa que realmente exerce as funções de pai ou de mãe em atendimento ao melhor interesse da criança.

Nesse sentido, para acompanhar as mudanças naturais que a nossa sociedade vive, e com o objetivo de dispor de entendimento doutrinário que preencham as lacunas existentes no que se refere aos questionamentos quanto ao tema, colabora com o seu pensamento Drª. Juliana Fernandes Queiroz:

Assim, o novo comportamento cultural, no tocante à paternidade, insere o mundo moderno em outro contexto social, em que a função de pai deve ser exercida no maior interesse da criança, sem que se atenha à própria pessoa em exercício da referida função. Por isso, atribui-se que o verdadeiro vínculo que se trava com os pais é o afetivo e, portanto, pais podem perfeitamente não serem os biológicos. Assim, em questões que envolvam conflitos de paternidade biológica e social, o interesse melhor e maior da criança deverá nortear a decisão.

O conceito do que é ser pai é algo difícil de ser encontrado até nas doutrinas acadêmicas. Fala-se nos tipos de paternidade, mas ainda existe aquela idéia antiga de que o pai é na verdade apenas o provedor. Muitos homens se rebelam contra essa afirmação, e buscam os seus efetivos e reais direitos paternos. Desejam não perder o contato com seus filhos, sejam esses filhos de que origem for, e não aceitam a condição de passar a serem estranhos a estes, que se encontram apenas de 15 em 15 dias, como por vezes estipulado nos acordos de visitação proferidos por ocasião de sentença que decreta a separação do casal, ou aquela que regulamenta o direito de visitação. Esses pais desejam ter o direito de acompanhar a vida de seus filhos, de não perder bruscamente a convivência anterior que havia entre eles DIAS, 2005 p.326). Esse é o “nosso” pai atual, aquele que se recusa a ser visto como um percentual no seu contracheque, aquele que cuida dos seus filhos, que estuda com eles, os acompanha nas festas, os alimenta, no sentido de literalmente colocar o prato de comida e lhes servir, lhes dá banho e os coloca para dormir. Esse pai não pode ser definido apenas pela sua compatibilidade genética. Pois, infelizmente, muitas vezes esse vínculo não é o condão mágico que cria os laços

amorosos que são fundamentais em uma família.

No que tange a Paternidade Biológica, tem-se que a família é a base da sociedade, sendo certo que, sejam motivadas pelas questões afetivas que efetivamente criem os laços que a faça existente, ou apenas por uma curiosidade natural acerca da sua história, as pessoas possuem a necessidade de saber sobre as suas origens.

Como também ocorre nos dias atuais, uma das formas utilizadas para a suposta presunção da paternidade biológica seria relativa àqueles que fossem nascidos na constância do matrimônio, onde seria esse filho considerado legítimo, enquanto os filhos ilegítimos eram os filhos nascidos de pessoas não casados entre si.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o artigo 227, § 6º, que igualou os direitos filiais, e posteriormente, com a vigência do Código Civil de 2002, não há mais que se falar da diferenciação quanto aos direitos filiais, ou sequer na classificação dos tipos de filiação.

Para Maria Berenice Dias (2005 p.326). “por uma necessidade de preservação do patrimônio familiar a lei catalogou os filhos de forma extremamente cruel”. Fato este, como já exposto, não mais admitido nos dias atuais, mas que mesmo assim ainda necessita de uma definição a título acadêmico apenas. Sendo assim, define a autora “que quando do nascimento ocorre à inserção do indivíduo em uma estrutura que recebe o nome de família.”

Hoje não há o que falar sobre a paternidade não conhecida, ou mesmo determinar a paternidade com base em presunções legais. Após os avanços tecnológicos, e com a introdução da Bioética, já é possível estudar as questões ligadas à vida, dentro dos valores éticos. Esta nova ciência foi uma das responsáveis no campo da genética a desenvolver os testes de paternidade.

A partir da Constituição de 1988, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 27, onde diz que, “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”, ratificada a idéia, que as pessoas já possuem o direito de reconhecimento do estado de filiação biológica.

Quando na década de 80 surgiu o tão moderno e eficaz exame de DNA, que estabeleceu com garantia e certeza superiores a 99%, ocorreu enxurrada de ações judiciais com a finalidade do reconhecimento de paternidade, ensejando a resolução mais célere de situações que antes necessitariam de processos mais longos. Subsidiados em provas muitas vezes contestáveis, ficavam essas pessoas literalmente a mercê do juízo formulado por aquele juiz que analisasse o caso. Essas pessoas teriam que contar também com a sorte, pois se quem fosse designado para analisar e definir a situação jurídica seguisse a linha tradicionalista, provavelmente a solução seguiria a mesma linha conservadora do magistrado a negar o estado de filiação.

O DNA se resume, assim podemos dizer como a seqüência de genes expressos no código genético de cada indivíduo. Para Caio Mário 2002, p.377 a probabilidade de duas pessoas que não sejam parentes terem o mesmo padrão genético é praticamente impossível. Explica o autor que o exame pode ser realizado com amostras colhidas de várias partes do corpo do ser humano, sejam elas oriundas do sêmen, da raiz do cabelo, da placenta, ou mesmo do sangue, como é mais utilizado. Maria Helena Diniz (apud João Lélío Peake de Matos Filho) explica de forma clara e científica o modo como o

exame se procede. O objetivo do referido exame é o de estudar os pares de cromossomos localizados nos núcleos das células dos indivíduos. Como já exposto, cada pessoa possui uma seqüência única de cromossomos, sendo estes transmitidos pelos seus pais, pelo ato da procriação. Desde a fase embrionária, o ser havido possui 23 cromossomos havidos por herança genética do pai e 23 cromossomos da herança genética da mãe. O método do exame consiste em isolar do DNA da pessoa aquela parte que transmitida pela mãe, verificando-se então a possível semelhança dos outros 23 cromossomos com o DNA daquele a quem está sendo atribuída a paternidade. Cientificamente é comprovado DIAS, 2005 p.330, que a probabilidade de se encontrar duas pessoas com o mesmo DNA é de 1 em 30 bilhões, e conclui a autora ser uma possibilidade impossível, pois a população da Terra é estimada em 5 bilhões de habitantes. Com a descoberta e divulgação do referido exame, ficou assegurado a todo indivíduo buscar a sua verdadeira história genética, o reconhecimento de sua paternidade biológica, a lei 8.560/92, criada com o objetivo único de proporcionar o reconhecimento dos filhos nos casos em que só a maternidade era conhecida, também trouxe novos avanços. Nesses casos, aqueles que têm a si atribuída a presunção de paternidade deverá que se submeter ao exame. Mas a lei 8.560/92 objetivou principal atender os casos de pessoas carentes, visando suprir as dificuldades que poderiam encontrar nesse processo, principalmente o alto custo financeiro do exame.

Por ocasião da recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA, haverá a presunção de este ser o pai da criança. Essa presunção acarreta em várias críticas, todas baseadas no pressuposto de que não ser imputado à pessoa a produção de prova contra si mesmo. Porém, conforme dispõe a súmula 301 Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção “juris tantum” de paternidade”. A jurisprudência aponta a forma como o assunto é entendido atualmente pelos nossos legisladores

A paternidade jurídica é aquela elencada no artigo 1.597 do Código Civil, “onde é estabelecido o vínculo paternal por presunção, independente da correspondência ou não a realidade”. Efetivamente o procedimento que irá acarretar na prova de vínculo parental (jurídico), será proveniente do registro do nascimento da criança em um cartório de registro civil, onde aquele que se diz pai irá declarar espontaneamente ser o pai. O registro ou certidão deverá conter o nome dos pais, local, data e hora do nascimento é o documento declaratório da filiação.

Sobre o assunto, a súmula 108 do Conselho de Justiça Federal acrescenta que no que se refere ao artigo 1603 do Código Civil, que determina que a prova de filiação ocorre com a certidão do termo de nascimento registrada no registro civil.

O artigo 1593 do mesmo diploma legal diferencia as formas de parentesco como sendo de origem civil as que sejam provenientes de outras origens, ou de origem natural, como as resultantes da consangüinidade, devam ser compreendidas como filiação consangüínea e também socioafetiva. Acrescenta ainda a súmula 103 :

Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Necessário esclarecer que a paternidade jurídica não garante a paternidade biológica. Por vezes o pai registrário o é através de anterior investigação de paternidade, onde ele ou seu suposto filho desejavam esclarecer sua verdade biológica, confirmada através do exame de DNA. Hoje são inúmeras as pretensões de mudança de registro por conta de ações de investigação de paternidade.

Também ocorrem os casos em que o homem declara ser pai, por absoluto desconhecimento dos fatos, quando na verdade não é. A posterior descoberta da real paternidade biológica poderá acarretar em possíveis complicações jurídicas. Por outro lado não se pode esquecer nessa hipótese, da parte emocional de todos os envolvidos na questão. Principalmente no que diz respeito àquele que poderá, sem ter tido qualquer participação nos fatos anteriores, perder o pai que acreditava ser seu.

Por último não podemos deixar de citar a “adoção à brasileira”, instituto este muito utilizado desde em toda a evolução da história de nossas famílias, onde o indivíduo declara ser pai de um filho que não é seu.

Não podemos esquecer, que apenas o resultado seja ele qual for, do exame de DNA não basta para o reconhecimento de paternidade. Vários fatores são analisados, para a solução desses litígios, por isso é necessária certa cautela, para que essas descobertas não prejudiquem uma estrutura familiar.

Com a promulgação da Constituição de 1988, juntamente com lei. 8560/92, os valores mudaram e com isto foi adotado o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, onde em seu art. 227, caput, “...permitiu que essas pessoas pudessem ter seus direitos reconhecidos em face da família, da Sociedade e do Estado”.

A Paternidade Sócio-Afetiva, tem-se que no nosso país em muito evoluiu no que tange às discussões relativas à área de direito de família. E um dos assuntos que ganhou um grande espaço, se encontrando em evidência, com isso admitido a sua relevância, é a questão da paternidade sócio-afetiva, amplamente exposta na doutrina e em jurisprudências como exemplificamos a seguir:

TIPO DE PROCESSO: Apelação Cível NÚMERO: 70018506303  
Tribunal de Justiça do RS DATA DE JULGAMENTO: 13/06/2007  
ORGÃO JULGADOR: Sétima Câmara Cível  
COMARCA DE ORIGEM: Comarca de Capão da Canoa SEÇÃO: CIVEL  
PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do dia 22/06/2007  
RELATOR: Luiz Felipe Brasil Santos  
EMENTA: ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Não ofende a verdade o registro de nascimento que espelhou a paternidade socioafetiva, voluntariamente assumida, mesmo se não corresponder à parental idade biológica, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para atribuir ou negar a paternidade. A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº. 70018506303, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007)

Esta paternidade nasce para ser acrescentada a paternidade jurídica e bioló-

gica. Não mais se admite mais a atribuição da paternidade apenas nos casos baseados em presunções jurídicas e genéticas, de forma que o ordenamento jurídico valoriza de forma efetiva o vínculo afetivo, o qual por vezes se sobrepõe as demais

O afeto e o carinho são os valores fundamentais para a formação do indivíduo, e a sua posterior inserção na sociedade, pois hoje reconhecidos na ordem jurídica de forma diversa do que eram antes considerados, desprotegidos legalmente, e refêns da falta de sua legitimação.

O enunciado 333 (DIAS, 2005) do Conselho da Justiça Federal ilustra a evolução do pensamento dos nossos legisladores, que assim expuseram: “O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.”

Dizemos que o pai e mãe, são, antes de tudo, aqueles que criam, instruem, amparam, dão amor, carinho, proteção, educação, dignidade. São aquelas pessoas que cumprem os papéis paternos e maternos na convivência familiar, independente da origem do filho. Isto é, na inclusão definitiva da pessoa no grupo familiar, ou em uma relação afetiva construída pelo tempo, entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho.

Em outras palavras, podemos dizer que a paternidade sócio-afetiva é gênero do qual são espécies de paternidade biológica e a paternidade não biológica. Não podemos deixar de esclarecer que a paternidade sócio-afetiva fundamenta-se juridicamente, no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, art. 227, Caput da CF/88, onde,

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

Esclarece bem Maria Berenice Dias, 2005 p. 365:

O ponto essencial, é que a relação de paternidade, não depende mais da exclusiva relação biológica entre o pai e o filho, inclusive, a paternidade biológica deixou de ser tão importante quanto à paternidade do amor e do carinho, a chamada paternidade sócio-afetiva como exemplo, tem-se as crianças que acompanham suas mães quando estas se unem a um novo companheiro, o qual passara a fazer às vezes do pai biológico ou do jurídico, abrindo caminho para uma nova forma de paternidade.

Na Constituição encontram-se vários fundamentos do estado de filiação em geral, que não se resumem à filiação biológica. Mais uma vez nos reportaremos ao artigo 227, §6º da Carta Magna, onde está claramente determinado, sem qualquer sombra de dúvidas, que todos os filhos são iguais, independente de sua origem.

Também podemos citar a adoção, exemplificação da escolha afetiva, quando se assume a filiação de alguém totalmente estranho a família, e alçou integralmente ao plano da igualdade de direitos, como determinado na nossa Constituição Federal de 1988 em seu art. 227, §§ 5º e 6º. Nesse contexto, a comunidade formada por qualquer

dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida, preceito este incluso também na nossa lei maior, a Constituição da República de 1988 em seu art. 226, § 4º.

O artigo 227, em seu caput da nossa Carta Magna, determina que o fator principal que deve ser observado e preservado, será sempre o que vise ao melhor interesse da criança e o do adolescente, tanto que, o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constituindo a prioridade absoluta do interesse destes. Como ilustra o Enunciado 339 do Conselho da Justiça Federal: “- A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.”

Consequentemente, o entendimento atual caminha no sentido de que, quando um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, com a decorrente paternidade sócio-afetiva consolidada, esta não deverá ser impugnada nem contraditada.

Além de todas as incertezas que surgem a respeito da matéria, há ainda o subjetivismo peculiar à atividade judicial no momento de decidir pelas atitudes de afeto capazes de determinar o reconhecimento da filiação. A doutrina traduz a sócio-afetividade pela teoria da aparência, ou seja, há filiação quando as partes agem diante da sociedade e entre si de forma a parecer pai e filho, se declaram assim e assim são considerados no meio em que vivem.

Para Caio Mário, 1999 “a posse de estado de filho revela uma situação análoga a posse das coisas”, sendo certo que, a posse de estado e filho para o autor significa a exteriorização por parte daquele que assim o declara, de uma situação equivalente a de filho. Continua o autor definindo que o instituto compreende necessariamente ao modo como este deva ser conhecido em relação ao nome paterno, o tratamento, e o conceito. Na verdade trata-se da situação exemplificada daquele que é realmente conhecido como filho de alguém de quem não o é, seja sobre o aspecto jurídico ou biológico. É muito comum que casos como esses ocorram em casais onde, por exemplo, ao iniciar o relacionamento uma das partes do casal, ou ambas, já tinha filhos. Com o passar do tempo aqueles que não conhecem a verdadeira origem biológica ou jurídica desta criança, pressupõe, que seja este filho comum do casal.

O assunto ainda é muito polêmico e erroneamente considerado novo. Nova pode ser a sua pretensão de legalidade. Porém essa é uma prática há muito cultuada na nossa sociedade. Mesmo que as opiniões ainda estejam se formando, não há, como ocorre em outras situações da nossa esfera jurídica, a possibilidade de estabelecer uma única resposta como certa. A análise caso a caso, a experiência, o bom senso e a efetiva aplicação da justiça atualizada, dependem muitas vezes basicamente do julgador e devem definir as situações concretas. Ressalta a ilustre Procuradora Federal Laís Fraga Kauss 2005, em seu artigo da internet, “que mesmo com o passar do tempo, o direito de família jamais será uma ciência exata, as relações continuarão se modificando e as respostas tendem a ser sempre subjetivas”. Nesse sentido, entende José Bernardo Ramos Boeira, 2006 p. 527:

Entendemos que posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

A paternidade constituída sob a forma socioafetiva é digna de reconhecimento jurídico e social, pois além do seu devido respeito por já ser uma situação existente na nossa realidade social, é forma de normatizar as relações baseadas nos sentimentos inseridos nas relações humanas entre eles o mais importante: o afeto.

Não podemos deixar de comentar que o pai que tiver desconfianças quanto aquele filho que acha que não é seu, possui a faculdade da imposição do exame de DNA. A partir de seu resultado, sendo ele negativo, ele poderá em ação própria para solicitar a desconstituição da paternidade registrária. Por outro lado, não é concebível que aquele, que após anos de convivência familiar, aparentando o estado de filiação, declare a sua desconfiança. E, tendo comprovadas as suas dúvidas, pretenda se excluir da vida daquele em que se fez presente até o momento, em que foi declarada a falta do vínculo biológico. Principalmente no que tange a questão da construção da personalidade daquele que pensava ter um pai, conceito este que é o seu maior patrimônio moral. Todo exposto está vinculado à paternidade responsável. Pois é inconcebível que de um momento para o outro, toda uma proposta e investimento emocional de vida sejam excluídos baseados apenas no liame biológico.

Por todo exposto as novas manifestações familiares instituídas através do afeto, devem ser consideradas sim no âmbito do direito e família, assim, a paternidade sócio-afetiva, bem como a paternidade biológica e a paternidade jurídica, esta também deverá ser legalmente reconhecida.

Para Maria Berenice Dias 2005 p. 337 “o afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela”. E completa magnificamente a autora ao dizer: “não dá para negar cidadania a alguém cujo pecado é ser filho do afeto.”

É perfeita a observação da autora, pois infelizmente, o que mais encontramos ao pesquisarmos a jurisprudência sobre o tema, são processos em que aqueles que demonstraram o estado da posse de filho durante a convivência familiar, pleiteiam que essa condição se encerre conjuntamente com o fim da união. Seria o mesmo que admitir que com a separação de qualquer casal, os filhos provenientes desta união passassem a não ter mais um pai. No nosso entendimento, essa hipótese é inconcebível.

## 2. DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

Os alimentos podem ser definidos como aqueles que Gomes, 1999 p. 11 “consistem em uma prestação periódica, decorrente de vínculo familiar, declaração de vontade ou ato ilícito devida pelo alimentante, que dispõe de recursos ao alimentado que deles carece para prover as necessidades vitais próprias”, ou ainda, GONÇALVES, 2007 p.447 “como tudo aquilo necessário para sua subsistência”.

Portanto podemos concluir que os alimentos são aqueles que se mostram necessários para a manutenção, e subsistência de uma parte e conseqüentemente geram a obrigatoriedade da sua prestação, por quem detenha vínculo próprio que o torne capaz da prestação destes.

Quanto à Finalidade, os alimentos não se referem especificamente e unicamente a gêneros alimentícios. O entendimento em relação aos alimentos é que estes abrangem toda uma necessidade de vida inerente ao ser humano que se vincula diretamente a dignidade da pessoa humana. Assim engloba neste conceito tudo o que for

referente às necessidades básicas da pessoa. Referem-se também em relação ao seu vestuário, saúde, moradia, educação e a vida social.

Ao analisar conceitos de vários autores, podemos verificar que estes possuem pontos em comum com a definição do tema, ou mesmo uns pensamentos sendo complementares a outros.

Orlando Gomes, 2004 defende que os alimentos “são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”, com a sua abrangência voltada também para a possível manutenção das condições sociais que o alimentado detinha anteriormente a separação, ou ainda, de forma semelhante a que o alimentante efetivamente desfrute.

### 3. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA E ALIMENTOS

Como disposto no art. 1.634 do Código Civil, compete aos pais dirigir a criação e a educação de sua prole, bem como ter em sua companhia e guarda, os seus filhos menores. Combinando este artigo do referido diploma legal com o artigo 1.593 do Código Civil, que é aquele correspondente ao reconhecimento do parentesco seja ele natural dependendo da sua consangüinidade, ou civil, se advindo de outra origem, poderíamos pressupor facilmente, ser totalmente plausível a propositura do pedido de alimentos para aqueles que são fruto do vínculo sócio-afetivo.

Porém, para Waldir Grisard Filho (apud 1960, Beliláqua, Clóvis) a obrigação de alimentar se funda apenas no vínculo e parentesco resultante da consangüinidade. Outros autores, em obras mais recentes, ainda mantém essa mesma linha tradicionalista, parecendo não acompanhar a evolução as nossas necessidades sociais, bem como, a resposta direta a elas advinda dos nossos tribunais.

Carlos Roberto Gonçalves, 2003 esclarece que “entre pais e filhos menores, cônjuges e companheiros, não existe propriamente obrigação alimentar, mas dever familiar, respectivamente de sustento e de mútua assistência” e completa o seu pensamento de forma mais detalhada: “a obrigação alimentar também decorre da lei, mas é fundada no parentesco, ficando circunscrita aos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, com reciprocidade, tendo por fundamento o princípio da solidariedade familiar”.

Seguindo o raciocínio acima exposto fica claro que é totalmente possível o pedido de alimentos daquele que é oriundo da relação socioafetiva RIBEIRO, 2003. Pois o que conta efetivamente para a propositura do pedido é sua possibilidade inserida no nosso Código Civil. Sendo certo que não existam pessoas da família biológica a quem se possam solicitar os alimentos em primeiro lugar, cabe o pedido para aqueles que são os incluídos na família sócio-afetiva. A súmula 341 do Conselho da Justiça Federal sobre o artigo 1.696 do Código Civil assim determina: “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.”

O princípio maior do dever de alimentar se encontra na preservação a dignidade da pessoa. Nota-se que o “Código Civil de 2002, a exemplo do revogado, não trouxe expressamente o critério etário como forma de exoneração da obrigação alimentar” SILVA, 2004, mas o entendimento é o de que cessa a obrigação com a maioridade. Nesse sentido, Alex Sandro Ribeiro cita Yussef Cahali, 2004p. 188:

A orientação mais acertada é aquela no sentido de que, cessada a menoridade, cessa ipso jure a causa jurídica da obrigação de sustento adimplida sob a forma de prestação alimentar, sem que se faça necessário o ajuizamento, pelo devedor, de uma ação exoneratória: quando a obrigação resulta do pátrio poder, cessando esta, aquela também cessa. Não há obrigação sem causa.

Não existe sentido da nossa lei reconhecer as várias formas de modelos familiares, proteger esse instituto e não atribuir a ele os direitos inerentes aos demais. Partindo do pressuposto do reconhecimento a família constituída pelos vínculos civis, não se pode diferenciá-la de tal forma das demais, a tal ponto e negar-lhe o direito de subsistência concedido às demais.

Para Luana Babuska Chrapak Silva, em seu estudo publicado na internet, SILVA, 2004 “A jurisprudência, como atualmente tem se posicionado, reconhece a relação de paternidade através da posse de estado de filho, e uma das conseqüências da paternidade e da maternidade sócio-afetiva é o direito à prestação de alimentos”.

Cita ainda a autora a pronúncia do STF nesse sentido e cita ainda o seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. INTEMPESTIVIDADE. REQUISITO DO ART. 526 DO CPC. NEGATIVA DA PATERNIDADE. Intempestividade. O agravo interposto no décimo dia o prazo não é intempestivo. Requisito do art. 526 do CPC. Segundo a nova redação do art. 526, a parte agravada, além de alegar, deverá provar que o primeiro grau não foi comunicado do recurso. Negativa da paternidade. A obrigação alimentar se fundamenta no parentesco, que é comprovado pela certidão de nascimento. O agravante alega não ser o pai biológico do menor. Enquanto não comprovar, não se pode afastar seu dever de sustento. A rigor, mesmo esta prova não será suficiente, pois a paternidade sócio-afetiva também pode dar ensejo à obrigação alimentícia.

Como o acima exposto, acreditamos ser não só possível, como também justificadamente cabível a propositura da referida ação de alimentos nos casos das relações filiais sócio-afetivas.

Voltamos aqui a nos referir a súmula 339 do Conselho de Justiça Federal, que é claro ao afirmar que: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.”

Já a súmula 336, também do Conselho de Justiça Federal referente ao artigo 1.584 do código civil, no que se refere à guarda dos filhos, quando não previamente acordado por ocasião da separação do casal é claríssima ao determinar que: “O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família.”

Fica muito clara a idéia dos nossos legisladores sobre a matéria aqui pesquisada. O entendimento dominante nos nossos tribunais visa sempre a proteção da criança, em seus direitos fundamentais. Nota-se que como foi amplamente explanado neste estudo, não se admite o caráter transitório do estado de filiação. Ser pai de alguém não é uma condição mutável. Não podemos apoiar a tese baseada na falta da filiação biológica, que alguns tentam defender, como excludente da obrigação de assistência mútua. Devemos

sempre lembrar que a dignidade da pessoa, juntamente com as condições mínimas para sua subsistência, englobam diretamente a parte psíquica. Uma pessoa não necessita apenas de alimentos, aqui no sentido literal da palavra, para manter a sua subsistência. Os danos emocionais que possam ser gerados mediante ao abandono não podem ser menosprezados. Aqueles que estariam sujeitos à situação hipotética aqui apresentada, poderiam sofrer danos psicológicos de tal monta, que haveria a probabilidade real destes impossibilitarem o desenvolvimento adequado dessas pessoas. Não é admissível que se pleiteie que nossos legisladores desconsiderem as conseqüências que tal abandono poderia acarretar, deixando de cumprir a tutela Estatal, que tem como princípio maior a defesa dos nossos direitos primordiais. Baseados nos argumentos anteriormente apresentados passarão para as nossas considerações finais, onde iremos expor o nosso entendimento sobre o tema.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos este trabalho abordando a evolução da nossa sociedade, não só no que diz respeito as suas mudanças comportamentais, como também aos aspectos relativos a sua respectiva evolução legal, evolução esta que tem como objetivo propiciar a solução dos novos questionamentos legais.

Ao analisarmos os aspectos aqui propostos no que abrange a paternidade socioafetiva, tivemos a oportunidade de verificar o quanto esta mudança foi significativa. Isto porque, até bem pouco tempo atrás, ainda era admissível a classificação filial para fins legais. E aqueles que não fossem fruto de relacionamentos matrimoniais eram destinados a absoluta falta do amparo Estatal. Mas, o ponto mais grave se apresentava ao constataremos que falta do reconhecimento paterno acarretava diretamente na total inadmissibilidade de qualquer obrigação daquele pai em relação ao seu filho ilegítimo.

Com isso, mesmo aqueles pais que desejassem oferecer amparo aos seus filhos ilegítimos eram proibidos de exercer sua vontade. Para fins de efeitos sucessórios, os filhos não advindos de relacionamento matrimoniais não contavam com qualquer direito, sendo estes possíveis apenas por via testamentária. Esse era o comportamento Estatal, que visava a proteção da instituição matrimonial. Vale lembrar que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, e a Lei que viabilizou a legalização do DNA como fim probatório, esse era o nosso entendimento legal. Como podemos constatar, até bem pouco tempo atrás.

Porém, ao refletirmos sobre o que foi apresentado neste estudo, podemos concluir inicialmente que o panorama atual nos conduz a idéia de que o direito brasileiro ainda está sujeito a pensamentos que nos remetem ao antigo Código Civil de 1916. Mas também, ficamos confiantes, ao nos depararmos com a evolução dos nossos legisladores, que por meio das jurisprudências aqui apresentadas, demonstram estar promovendo efetivamente a adequação do nosso entendimento legal mediante as nossas necessidades atuais.

Não se admite mais em nossos preceitos legais e doutrinários o descaso com aqueles que não são fruto de relacionamentos maritais, sejam estes constituídos pelo casamento ou por união estável. Tão pouco se admite que os filhos, sejam oriundos de qualquer que seja o relacionamento, tenham como destino o desamparo. Todo indivíduo

tem direito de ter um pai sabido e conhecido. Quando esta paternidade, não é aferida voluntariamente, podemos recorrer a Constituição Federal de 1988, e a Lei 8560/92 que nos assegura o direito a obter a paternidade de forma coercitiva.

Porém, vários paradigmas em relação a paternidade ainda precisam ser quebrados. Entre estes o que se relaciona a paternidade socioafetiva, que é uma realidade na nossa sociedade atual. Com a modificação do nosso modelo familiar, não podemos ignorar os filhos que são frutos desse tipo de paternidade. Não podemos aceitar esse novo modelo familiar, que é o resultante da junção de famílias anteriores desfeitas e reconstruídas. Quando um homem assume o compromisso de ser pai de quem não é seu filho biológico, este estará assumindo um compromisso. E esse compromisso é no seu início o mais nobre de todos, que inclui assumir efetivamente o lugar paterno, com todos os seus direitos e obrigações.

Acreditamos que deva ser efetivamente aceito o entendimento atual, no qual está claro que a paternidade socioafetiva gera um vínculo real entre as partes. Independentemente da paternidade ser biológica ou não. Lembrando sempre que, a paternidade socioafetiva mesmo não sendo resultante da consanguinidade, pressupõe a vontade daquele que efetivamente ostentou a figura de pai, agindo como assim o fosse, e o mais importante, criando um vínculo paterno real com aquele que não era seu filho biológico. Assim sendo, este demonstrou a disposição efetiva de ocupar tal posição, vivendo de forma a aparentar que assumia como seu o lugar paterno naquela relação familiar.

A família é baseada no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Ao ser sequer cogitada a impossibilidade da propositura da ação de alimentos por parte daquele que é fruto do relacionamento socioafetivo, estaríamos descumprindo a nossa Lei maior, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, e de uma série de enunciados do Conselho de Justiça Federal. Seria o mesmo que dizer que um pai, ao se separar de sua família pode se recusar a prestar a prestação alimentar aos seus filhos biológicos ou adotivos. Sendo certo também que hoje essa classificação quanto a filiação somente é admitida de forma doutrinária, sem que se possa utilizá-la como meio negatório de vínculo paternal.

Assim, não podemos aceitar que a paternidade constituída sob a forma socioafetiva não seja passível do seu devido reconhecimento. Não podemos desconsiderar a relação afetiva que foi gerada entre as partes envolvidas na questão. A família não é apenas um contrato civil. Trata-se da associação livre de pessoas com o objetivo em comum de gerar laços familiares. E ao ocupar um lugar no seio familiar também recebemos a obrigação da assistência mútua, da efetiva obrigação de cuidar e orientar daqueles que lhes são dependentes. Dependentes de carinho, de alimentos, de assistência moral, médica, psicológica. As pessoas são constituídas por uma série de necessidades que devem ser observadas e satisfeitas. Com as mudanças que ocorreram em nossa sociedade atual, a família socioafetiva passou a ser reconhecida legalmente. O que importa na verdade é que, seja esta família constituída da forma que for, deve ser protegida. Não haveria o menor sentido em esse novo modelo familiar ser reconhecido no nosso meio legal e doutrinário sem a sua devida tutela Estatal. Devemos atentar para que os filhos socioafetivos tenham seus direitos e garantias fundamentais respeitados, pois estes são a exemplificação do que realmente á base da criação familiar, e do que realmente importa nesta relação ou seja, o afeto.

---

**REFERÊNCIAS**

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 5º volume: direito de família – São Paulo: Saraiva, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume VI: Direito de família – São Paulo: Saraiva, 2007

NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 5: direito de família – Rio de Janeiro: Forense, 2006

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família, volume 6 – São Paulo: Saraiva, 2004

BITTENCOURT, Edgard Moura. Alimentos, 4ª ed. rev., aument. Ed. Atual, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1979

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade : aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Págs. 52, 55, 59, 2001.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos – 4. Ed. atual. e amp. – São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002

GOMES, Orlando. direito de família, 11ª ed, atualizada por Humberto Theodoro Junior, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999

VIANA, Marco Aurélio. Alimentos, Belo horizonte: Del Rey, 1998

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil, Direito de família, Sétima edição, Ed. Atlas, 2005

LOBO, Paulo Luiz Netto, Paternidade socioafetiva e a verdade real, texto retirado internet. [www.cjf.gov.br/revista/numero34/artigo03.pdf](http://www.cjf.gov.br/revista/numero34/artigo03.pdf),

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. As inovações constitucionais no Direito de Família . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002.

Pai legal, Pai e os cuidados na separação, <http://www.pailegal.net/fatiss.asp?rvTextoId=-2142951569>

SILVA, Luana Babuska Chrapak. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004.

KAUSS, Laís fraga, O alcance do sócio afetividade para determinação da filiação, acesso 26 de Jun. 07

RIBEIRO, Alex Sandro. Critério etário de maioridade civil e extinção da obrigação alimentar Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 96, 7 out. 2003.

## CONCEPÇÕES DE INFÂNCIA E PSICODIAGNÓSTICO À LUZ DA GESTALT: INTERVENÇÕES EM CASOS DE DISLEXIA

Maikon Rodrigo Gonçalves<sup>1</sup>  
Grazielle Ferreira da Silva Floriani<sup>2</sup>  
Maria Aparecida Leite Holthausen da Silva<sup>3</sup>  
Dilmar Ribeiro Pereira<sup>4</sup>

### RESUMO

O trabalho clínico com crianças é de grande complexidade, ao mesmo tempo que exige do terapeuta técnica exige também criatividade para a construção de um setting terapêutico que possibilite à criança sua expressão livre e sincera. A Gestalt trabalha as possibilidades de reconhecimento do indivíduo como um todo e não como partes fragmentadas, sendo assim as crianças com algum tipo de dificuldade são vistas como o todo que são e não apenas as problemáticas trazidas pelos familiares e por ela mesma até a clínica. A dislexia afeta muitas crianças e adultos e na maioria das vezes é detectada na fase escolar, o que acaba motivando a procura pelo trabalho diagnóstico de um psicoterapeuta que diante dos sujeitos envolvidos no processo utilizar-se-á de técnicas para dar fidelidade ao seu trabalho, garantindo assim as melhorias necessárias na vida dos indivíduos.

Palavras-Chave: Gestalt; Psicoterapia infantil; Psicodiagnóstico;

### ABSTRACT

Clinical work with children is of great complexity, while it demands from the technical therapist also creativity to construct a therapeutic setting that allows the child its free and sincere expression. The Gestalt works the possibilities of recognition of the individual as a whole and not as fragmented parts, so children with some kind of difficulty are seen as the whole that they are and not just the problems brought by family members and by herself to the clinic. Dyslexia affects many children and adults and is most often detected at school, which ends up motivating the search for diagnostic work of a psychotherapist who will use techniques to give faithfulness to their work. thus ensuring the necessary improvements in the lives of individuals.

Keywords: Gestalt; Child psychotherapy; Psychodiagnosis;

<sup>1</sup> Acadêmico da oitava fase do Curso de Psicologia do Centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Psicóloga, Professora Do Curso De Psicologia Do Centro Universitário UNIFACVEST, Mestre Em Práticas Transculturais.

<sup>3</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest.

<sup>4</sup> Psicólogo e professor do Centro Universitário Unifacvest.

## 1 INTRODUÇÃO

A Gestalt trata o sujeito como um todo constitutivo e integrado, seus problemas são apenas partes de uma complexidade existencial, sendo assim a criança é vista como um todo mesmo na infância, seus processos existenciais constituem a base para a formação do adulto.

A dislexia trata-se de um problema de origem biológica que se reflete na escrita e na aprendizagem do sujeito, estudos apontam que a criança disléxica apresenta diversos problemas comportamentais e cognitivos.

O presente artigo tem cunho bibliográfico e trata das possibilidades de trabalho dos psicólogos diante da problemática psicodiagnóstico e dislexia a partir de uma compreensão gestáltica.

Durante dois meses foram lidos artigos e livros que compõem o arcabouço teórico deste artigo, espera-se que o leitor encontre material suficiente para despertar seu interesse pela temática ou que após a leitura seja possível balizar o trabalho com dificuldades escolares a partir de um novo olhar.

## 2 CONCEPÇÕES DE INFÂNCIA

O que conhecemos por infância atualmente é fruto de uma construção histórica, que por muito tempo negou às crianças o “ser criança”, um exemplo claro dessa premissa é justamente o que ocorria na Antiguidade, onde segundo ARIÈS apud ANDRADE (2010) as crianças não se dissociando universo adulto, o que era averiguado por suas roupas, brinquedos, linguagem ou mesmo pelos trabalhos desempenhados, revelando assim a ausência do que conhecemos atualmente por infância, as crianças nada mais eram que adultos em miniatura.

Na teoria gestáltica, o sujeito não é visto de forma holística, a criança, bem como o adulto não é visto de forma fragmentada, segundo ARAÚJO, 2011, “à luz da teoria da gestalt não se pode ter conhecimento do todo através das partes, senão das partes através do todo. Logo, conhecendo o todo se conhece as suas partes. Considera-se que é necessário aprofundar a análise do todo, para se apreender o que se esconde no seu interior ou na névoa de seu universo”.

As mudanças na concepção de família passam a ocorrer a partir do século XVIII, quando o mundo passa pelas revoluções filosófica, científica e industrial. A burguesia passa a buscar a esfera privada da vida e por consequência a criança passa a ocupar um papel central dentro da vida familiar.

Com o advento da modernidade e do capitalismo, segundo afirma ANDRADE (2010), “a criança agora passa a ser responsabilidade dos pais e também dona e herdeira das riquezas, misérias e valores sociais”. A infância passa a ser pensada a partir da óptica de a criança ser o futuro das próximas gerações, nascendo assim um novo olhar para os infantes, nessa perspectiva KRAMER (2003) apud BARATO (2016), salienta que o “sentimento de infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças corresponde na verdade, à consciência da particularidade infantil, ou seja, aquilo que a distingue do adulto”. A criança é vista assim como um ser em potencial.

A família é a primeira instância de desenvolvimento da criança, é a partir

dessa estrutura que se desenvolvem os primeiros contatos dela com o mundo. Para VIGOTSKI (1989) apud GALUCH (2006) “o aprendizado das crianças começa muito antes de elas frequentarem a escola. Qualquer situação de aprendizado com a qual a criança se defronta na escola tem sempre uma história prévia”. O seio familiar é portanto o ambiente principal de desenvolvimento e este se dá por intermédio da interação, da mediação entre os cuidadores e aquele que é cuidado.

Segundo KOLLER (2016), “a família é o principal contexto de desenvolvimento humano, onde ocorrem as primeiras interações sociais da criança. Nela se inicia a aprendizagem de conceitos, regras e práticas culturais que fundamentam os processos de socialização dos indivíduos”. A família torna-se assim o parâmetro para o desenvolvimento global da criança.

O ambiente familiar traduz para as crianças o que ela entende por cultura, é a partir dele que a criança compreende os processos sociais em que se insere, bem como a história coletiva e pessoal, nesse sentido GALUCH (2006), afirma que “dos estudos fundamentados no referencial Histórico-Cultural provém o entendimento de que a cultura é um elemento decisivo no processo de desenvolvimento dos sujeitos”, portanto, não há um sujeito sem cultura, haja vista que já se nasce num meio cultural.

Na psicoterapia infantil existe um arcabouço teórico vasto, e há na terapia de abordagem gestáltica várias características que compõem o processo terapêutico, onde há a compreensão de que o sujeito é um todo, e que ele é mais do que um único aspecto.

[...]características típicas da psicoterapia com crianças atualmente – tais como o uso de recursos lúdicos, a importância do brincar como meio de expressão e ação criativa no meio, a possibilidade de psicoterapia com crianças de qualquer faixa etária, a compreensão do contexto familiar como parte da problemática apresentada por ela, a consideração de contextos mais amplos na sua compreensão e a possibilidade de trabalho com configurações familiares diferentes da família nuclear. (AGUIAR, 2014, p. 27).

A brincadeira constitui um dos pilares centrais da infância, faz parte do processo de simbolização da criança, quando brinca a criança expressa-se e aprende. SIAULYS, (2005)apud BRANCO et al. (2006), explicam que “a brincadeira permite à criança vivenciar o lúdico edescobrir-se a si mesma, apreender a realidade, tornando-se capaz de desenvolver seu potencial criativo”. A partir da brincadeira da criança é possível perceber seu processo de crescimento e evolução, bem como a forma como ela percebe o mundo ao seu redor, para BRANCO et al. (2006), “Como a criança é um ser em desenvolvimento, sua brincadeira vai se estruturando com base no que é capaz de fazer em cada momento”, por isso, é de extrema importância o ato de brincar na infância.

Desde que o indivíduo nasce, sua infância passa a ser governada pelos adultos pensando na educação da criança, como afirma FOUCAULT, (1989)apud GARESCHI (2007). “Deste modo, a Modernidade vem inaugurar tanto a educação como tecnologia de governo, quanto a sistematização dos saberes/poderes para falar sobre a infância, a partir do imperativo da governamentalidade”, surgindo assim o papel da escola na infância, como continua GARESCHI (2007) “A evolução da escola e do sentimento de infância estão estreitamente ligados, acarretando a composição das classes por idades.”

A escola é o espaço onde a criança estabelece relações de conhecimento, reconhecimento do outro e aprendizagem, o que compõe uma das partes mais centrais

da infância. VALLE (2009), pontua que “as teorias de desenvolvimento têm abordado a questão da socialização e da importância das interações e relações sociais enquanto fatores de saúde mental e de desenvolvimento”. Por isso o ambiente escolar é tão rico e tão importante na fase da infância.

A ideia de família construiu-se ao longo dos anos e continua em processo de transformação, pois não pode ser entendida como algo estático e sem vida, a família é por si só um organismo social dinâmico e mutável de acordo com as necessidades de seus membros e dos indivíduos nela agregados.

Dentro do âmbito da vida privada das famílias a criança passou a assumir um papel de centralidade cada vez maior e aos poucos foi-se elaborando a ideia de infância que antes era inexistente.

Observa-se assim o início da escolarização, caracterizando a aprendizagem pela educação formal e implicando a separação da criança do mundo adulto para que ela se “prepare” para o futuro. Esse movimento propicia o nascimento de um “sentimento de família”, que, ao centrar-se em torno da criança, percebida agora como fraca, inocente e carente de cuidados, começa a exercer uma função afetiva e constitutiva. (AGUIAR, 2014, p. 19).

O sentido da psicoterapia infantil aparece intimamente ligado ao ser da criança, às suas necessidades como sujeito constituinte da instituição familiar, Aguiar 2014, quando se refere ao trabalho de Freud com o conceito de infância, afirma que, “a criança tornou-se objeto de estudo e fonte de informação sobre a natureza do homem”, sendo a partir desse fase que começa a construção identitária do ser total na vida adulta.

No caso da clínica com crianças o primeiro contato se dá com os responsáveis, a anamnese, “a partir da queixa inicial do cliente é feito um levantamento de hipóteses, com o objetivo de responder a tal queixa” FRAGA, 2016, o motivo do encaminhamento, que pode ser a partir de recomendações de outros profissionais como médicos ou professores, a partir de demandas familiares ou do próprio paciente, portanto, a entrevista inicial tem papel primordial para o desenvolvimento do trabalho clínico do psicólogo com seu paciente e em alguns casos, como o de atendimentos infantis, com a família.

A entrevista inicial realiza-se com os responsáveis no caso de crianças e posteriormente com o paciente. Dentro da perspectiva sistêmica, SOUZA, 2005 apud FRAGA, 2016 afirma que “nas entrevistas iniciais o terapeuta deve estabelecer empatia e confiança para que a família possa se expressar emocionalmente”. Em muitos casos o trabalho realizado pelo terapeuta infantil se dá a partir do psicodiagnóstico, que é um processo que visa atingir objetivos específicos em relação ao cliente e sua demanda de encaminhamento, os processos de diagnóstico tem por objetivo,

a) determinar motivos do encaminhamento, queixas e outros problemas iniciais;b) levantar dados de natureza psicológica, social, médica, profissional e/ou escolar, etc.sobre o sujeito e pessoas significativas, solicitando eventualmente informações de fontes complementares; (CUNHA et al., p. 30, 2007.)

Portanto, é de fundamental importância o melhor conhecimento da história

do indivíduo e de suas relações, para a fundamentação das possíveis hipóteses a serem levantadas e dos objetivos do trabalho a ser desenvolvido, além de nesse contato inicial entre a família e o ambiente clínico tratar-se do estabelecimento do rapport e do contrato de trabalho, estabelecendo normas como: tempo de atendimento, horários, datas, garantia de sigilo, entre outros fatores.

c) colher dados sobre a história clínica e história pessoal, procurando reconhecer denominadores comuns com a situação atual, do ponto de vista psicopatológico e dinâmico; d) realizar o exame do estado mental dopaciente (exame subjetivo), eventualmente complementado por outras fontes (exame objetivo); e) levantar hipóteses iniciais e definir os objetivos do exame; f) estabelecer um plano de avaliação; g) estabelecer um contrato de trabalho como sujeito ou responsável;. (CUNHA et al., p. 30, 2007.)

Caso sinta necessidade o psicólogo responsável pelos atendimentos pode aplicar testes obtendo assim a confirmação ou o descarte das hipóteses que foram levantadas ao longo do processo clínico. Caso seja realizado um trabalho com enfoque diagnóstico, é fundamental a comunicação dos resultados ao cliente ou aos seus familiares em casos específicos como o atendimento de crianças, propondo possíveis soluções ou encaminhamentos futuros.

O processo terapêutico com crianças muitas vezes é por encaminhamento de uma demanda escolar, ou mesmo, de outros especialistas que desejam confirmar ou descartar hipóteses diagnósticas, por esses motivos é importante o olhar para o todo, para o contexto em que o sujeito chegou até a clínica, o terapeuta deve investir em percepções globais do indivíduo, de seu campo, para a partir disso poder aplicar técnicas ou mesmo direcionar seu trabalho inicial, cabe ressaltar a importância do total aporte teórico que faz parte do setting terapêutico.

[...] se faz necessário e relevante investir na sistematização e na discussão da concepção gestáltica de criança e de sua vinculação com a prática psicoterapêutica, pois na medida em que temos uma clara concepção de ser humano criamos condições para a utilização coerente, segura e competente de uma metodologia tanto em termos diagnósticos quanto na condução do processo terapêutico propriamente dito. (AGUIAR, 2014, p. 32).

Quando forem comunicados os resultados, sucessos ou insucessos dos processos de diagnóstico ou das atividades clínicas, é indispensável levar sempre em consideração a forma de comunicar resultados, sendo que critérios como validade do resultado e linguagem utilizada são de extrema importância, não há sentido no trabalho realizados se os resultados obtidos não forem comunicados de forma clara e objetiva aos interessados, tomando sempre o cuidado de não colocar os envolvidos em situações constrangedoras ou mesmo em um enquadramento.

h) administrar testes e outros instrumentos psicológicos; i) levantar dados quantitativos e qualitativos; j) selecionar, organizar e integrar todos os dados significativos para os objetivos do exame, conforme o nível de inferência previsto, com os dados da história e características das-

circunstâncias atuais de vida do examinando;l) comunicar resultados (entrevista devolutiva, relatório, laudo, parecer e outros informes), propondo soluções, se for o caso, em benefício do examinando;m) encerrar o processo. (CUNHA et al., p. 30, 2007.)

O processo de diagnóstico, bem como o processo clínico não tem por objetivo o enquadramento do sujeito em transtornos específicos que constam nos critérios diagnósticos do DSM-V, mas sim, a coleta de informações e o conhecimento da demanda inicial do cliente, a partir do diagnóstico são possíveis as intervenções clínicas ou encaminhamentos futuros a profissionais, tais como fonoaudiólogos, psicopedagogos entre outro, se assim for necessário.

## 2.1 Psicoterapia infantil: contexto histórico

O trabalho clínico com crianças remonta aos princípios da teoria psicanalítica, conforme afirma Isse, 2013, “a técnica da psicoterapia infantil teve início com a teoria de Sigmund Freud. Essa ideia foi colocada em prática com crianças na clínica por duas importantes psicanalistas, Anna Freud e Melanie Klein”, posteriormente outros teóricos e técnicas foram abarcados pela psicoterapia infantil formando o vasto arcabouço atual.

Sobre Anna Freud, Calzavara, 2013, afirma que, “sua prática com crianças parece se encaminhar no sentido de uma ênfase aos aspectos conscientes dos comportamentos das crianças”, ou seja, a observação dos comportamentos infantis no espaço clínico tem papel fundamental na psicoterapia infantil, visando nesse sentido a adaptação do indivíduo ao contexto social em que vive.

Diferente de Anna Freud, Klein dedica-se às fantasias e atribuições da criança no ato de brincar, de acordo com Calzavara, 2013, em seu trabalho Melanie Klein fez “descobertas sobre o desenvolvimento emocional infantil referente à exploração das fases mais primitivas da vida mental, que se caracterizavam pela relação de objeto”, tendo nessa relação a expressão da criança no ato de brincar.

Calvazari, 2013, segue afirmando que “pela noção de mundo interno da criança, pela fantasia inconsciente e por mecanismos mentais de defesa, tais como divisão e projeção”, ou seja, na brincadeira a criança projeta seus vividos.

A psicoterapia infantil exige que o terapeuta assuma uma postura de profundo respeito pelo mundo da criança, pelos símbolos que emanam durante o trabalho em clínica, o psicólogo infantil adentra junto com a criança o universo da infância na medida em que se estabelece o vínculo terapêutico entre ambos.

estabelecer uma comunicação efetiva entre terapeuta e criança, sendo importante a atenção que o profissional deve dar à sua própria linguagem, disponibilizando-se a sair do mundo adulto e intelectualizado para alcançar o mundo lúdico da criança, com todo o seu simbolismo. (COSTA e DIAS, p. 45, 2005).

No trabalho com crianças o uso de jogos, brincadeiras e uma linguagem adequada à idade do paciente é fator determinante para o sucesso da atividade clínica, portanto, o psicólogo deve estar atento aos sinais que são dados pelo sujeito no ato de

brincar, assim como é de suma importância o conhecimento da realidade familiar e/ou escolar em que paciente está inserido.

É de fundamental importância que o terapeuta realize uma entrevista inicial com a criança também, adaptando sua linguagem e suas técnicas, para sondar as demandas pessoais da criança, segundo Oliveira, 2014, “o principal objetivo da entrevista inicial com a criança é, sem dúvidas, o estabelecimento de um vínculo, por meio do qual a criança se sentirá segura para mostrar como está se relacionando com o mundo, com o outro e consigo mesma”, por este motivo é tão importante a adequação do terapeuta à linguagem e à postura da criança.

O paciente precisa sentir-se confiante e seguro para expressar-se, para permitir que suas angústias e desejos sejam expressos no processo clínico, onde ela se sinta livre para expor e explorar toda sua criatividade sem julgamentos ou punições, como afirmam Costa e Dias, 2005, “é importante manter uma atitude que sustente o potencial pleno e saudável da criança, num ambiente de segurança e de respeito às suas capacidades e sentimentos”, sendo assim a o setting terapêutico não pode ser um ambiente restritivo ou contido, sobre a função do brinquedo na ludoterapia.

Coelho, 2012, afirma que “a personificação do brinquedo é uma amostra da não inibição das fantasias”, por isso, o trabalho com crianças exige do psicólogo um olhar atento às demandas apresentadas na brincadeira clínica, sempre atento aos motivos do encaminhamento do sujeito para a clínica, seja por relatos de demandas da própria família ou da escola, seja por percepções durante o processo de psicodiagnóstico clínico, sem esquecer da importância da observação dos desejos ou suposições que muitas impressos na anamnese inicial feita com a família.

É comum que os pais desejem que o psicólogo infantil construa com a criança aquilo que não fazem em casa, como por exemplo, em relação às dificuldades comportamentais, porém este trabalho não é função apenas do psicólogo, por isso é muito importante que os pais participem do processo terapêutico, entendendo seu papel na vida e no desenvolvimento da criança, pois deles e do ambiente onde a criança vive depende o sucesso da terapia, Gastaud, 2018 afirma que Oren, 2011, “propõe um modelo que consiste numa intervenção terapêutica com os pais, que visa trabalhar o sentido da paternidade/ maternidade”, sendo assim, os pais não podem e não devem ausentar-se de seu papel durante o processo terapêutico da criança.

## 2.2 Conceituando a ludoterapia e o ludodiagnóstico

A ludoterapia trata das problemáticas da criança de acordo com as suas necessidades, segundo Homem, 2009, “a palavra ludoterapia é derivada da palavra inglesa play-therapy, podendo ser literalmente traduzida como terapia pelo brincar”, esse ambiente possibilita ao indivíduo a possibilidade de se auto trabalhar, de expor seus dilemas pessoais de forma lúdica.

Klein foi uma das grandes precursora do uso de brinquedos no atendimento infantil, seus escritos contribuem em grande escala de importância para a estruturação da clínica infantil, pois compreendia que por meio do brinquedo e do ato de brincar a criança demonstra naturalmente seus sentimentos, como afirma Isse, 2013, “a projeção seria a externalização do que acontece no mundo interno”, sendo assim a ludoterapia

possibilita ótimos resultados no atendimento psicoterápico.

A independência da criança é muito valorizada dentro da ludoterapia, entro dessa perspectiva, Homem, 2009, “na sala de ludoterapia, é a criança que conduz a brincadeira, quando quer e como quer, escolhendo os brinquedos. Não se parte do princípio de que se vai transformar a criança ou fazer coisas para ela”, o protagonismo não está no terapeuta e sim na criança no seu fazer, no brincar.

Aguiar, 2014, afirma que “o termo “ludoterapia” surgiu no cenário das psicoterapias com a publicação do livro de Virginia Axline intitulado *Play therapy*”, e a partir daí o processo clínico com crianças foi sendo aperfeiçoado até que se chegou ao momento atual, onde várias abordagens utilizam-se das técnicas lúdicas para a psicoterapia infantil, Homem, 2009, enfatiza que “podemos encarar a ludoterapia para as crianças como a psicoterapia para os adultos”, a brincadeira é vista como uma nova forma de expressão.

O ludodiagnóstico é um instrumento de investigação clínica por intermédio do qual o psicólogo procura estabelecer um vínculo terapêutico com a criança que foi trazida pelos pais, visando ao diagnóstico de sua personalidade por meio da utilização de brinquedos estruturados ou não. Trata-se, portanto, de uma técnica projetiva, geralmente utilizada como uma das etapas do psicodiagnóstico infantil. (AFFONSO, 2011, p. 101).

A ludoterapia e o ludodiagnóstico são ferramentas eficazes no atendimento infantil, pois possibilitam o contato entre paciente e terapeuta de forma sutil e menos invasiva, facilitando também um diagnóstico mais preciso com crianças. Segundo COELHO et. al. 2012, “A primeira etapa para o início do ludodiagnóstico denomina-se processo de investigação.”, esse é o primeiro contato com a família do paciente.

O ludodiagnóstico pode ser entendido como uma técnica projetiva expressiva, que utiliza jogos, desenhos e brincadeiras baseados nos princípios da associação livre criados por Freud, sendo assim há liberdade para interagir com os diversos recursos a sua disposição na sala do atendimento lúdico, Affonso, 2011, enfatiza que “o ludodiagnóstico consiste em uma técnica projetiva que permite a compreensão de aspectos da personalidade infantil – motor, cognitivo, afetivo, social[...]”.

É importante ressaltar que o ludodiagnóstico é um método de diagnóstico, uma parte do processo, Coelho et. al. 2012, segue afirmando que “O processo engloba a coleta de informações sobre a história pessoal ou familiar do sujeito, associadas à pesquisa do ambiente atual e entrevista com os pais[...]”, a partir disso são traçadas as linhas de trabalho pelo terapeuta e pela família do paciente.

Muitas vezes o atendimento infantil vem por uma demanda de dificuldades comportamentais no meio familiar, ou cognitivas nos casos de muitos dos encaminhamentos escolares, Coelho, 2016 apud Cunha & Benetti, 2009, afirma que “as queixas mais frequentes no atendimento clínico infantil são demandadas pela escola”. Portanto é fundamental que o psicólogo esteja atento aos vários fatores que estão envolvidos no processo terapêutico, e que não estabeleça julgamentos a priori. No espaço terapêutico, a criança precisa se sentir acolhida além de ter a possibilidade de os brinquedos a sua escolha, para utilizá-los durante seu processo.

Estando na presença de um adulto que as tenta compreender de forma empática, proporcionando segurança e utilizando brinquedos selecionados e que possibilitam a sua expressão emocional criativa, dá-se um passo para a expressão e exploração do seu self – sentimentos, pensamentos, experiências, comportamentos, dificuldades, que vão potencializar a mudança terapêutica. (HOMEM, 2009, p.21).

As primeiras vivências da criança ocorrem no meio familiar e escolar, é a partir desses espaços que ela vai construindo suas experiências e descobrindo seu mundo, atribuindo-lhe seus significados, porém em muitos casos, como afirmam Gontijo e Silva, 2016, “a família geralmente não tem consciência da influência que causa na formação integral da criança”, e a partir disso podem surgir várias dificuldades ou atrasos nos processos de desenvolvimento do sujeito, o desenvolvimento da criança ocorre de forma global e não fragmentada, é um processo contínuo e dinâmico.

Segundo Aguiar, 2014, o que muitas vezes é chamado de dificuldade de aprendizagem na perspectiva da Gestalt-terapia “não é encarado como uma questão restrita às funções cognitivas da criança, mas como uma manifestação do seu ser total no mundo”, ou seja, o sintoma, que no exemplo é figura, só pode ser compreendido se analisado a partir do todo, ou seja, o fundo, que no processo dinâmico e fenomenológico pode vir a ser figura e o que era antes figura passa a ser fundo.

Após realizar a anamnese inicial com a família, parte-se para a realização do trabalho terapêutico com a criança a partir dos brinquedos escolhidos pelo paciente e pelo terapeuta. A criança segundo Coelho, 2016, “tende a escolher os jogos próximos a sua complexidade”, ou seja, a criança irá selecionar brinquedos que lhe aproximem de seu cotidiano, de seus desejos e fantasias, cabendo ao terapeuta a observação apurada desse processo de construção.

O ludodiagnóstico é uma ferramenta utilizada pelo psicólogo com a criança, após as entrevistas iniciais com os pais, e tem como objetivo o diagnóstico e intervenção clínica, através de materiais lúdicos que possibilitam a expressão de conteúdos do mundo interno e externo do paciente. (AFONSO et al, 2016).

Para que haja interação entre paciente e terapeuta é fundamental que ambos brinquem juntos e tenham grande interação, por isso, Coelho, 2012, afirma que “Winnicott tem como premissa que o paciente e psicoterapeuta precisam conseguir brincar, caso um destes não consiga, o psicoterapeuta deve, primeiramente, trabalhar para o desenvolvimento desta capacidade”, no atendimento com crianças a brincadeira tem significado, daí a relevância desse ato em clínica.

Como defende Isse, 2013, quando menciona Aberastury (1982), “a brincadeira também é percebida como semelhante à associação livre. Esta brincadeira e as atividades diversas são meios que a criança encontra para expressar aquilo que os adultos manifestam principalmente por palavras”, durante o ato de brincar da criança é possível trabalhar aspectos de seu cotidiano como o estabelecimento de regras de convivência com outras crianças, a partilha de brinquedos e em casos mais extremos a agressividade infantil.

Como defendem Nunes & Rodrigues, 2010 “no brincar a criança afirma seu ser, proclama seu poder e sua autonomia, explora o mundo, faz pequenos ensaios, com-

preende e assimila gradativamente suas regras e padrões absorve esse mundo em doses pequenas e toleráveis”, portanto, é indispensável que o processo clínico da criança seja o mais natural possível e que respeite o tempo e os limites da criança para aquele momento em que ela se encontra.

Psicólogo realiza seu trabalho a partir da construção social do paciente e de seus vividos que aparecem na brincadeira e a partir daí ocorrem as pontuações e intervenções psicoterápicas, seja por um desenho, por um jogo ou por um brinquedo, Aguiar, 2014, afirma que Melanie Klein “concluiu que a linguagem predominante da criança era a linguagem do brinquedo, devendo a interpretação incidir sobre ela”, nessa perspectiva, a criança simboliza seu mundo interno de forma que é possível acessar seus conteúdos mais íntimos e interpretá-los conjuntamente.

A criança na brincadeira encena situações de sua vida cotidiana, simboliza, constrói e desconstrói acontecimentos de sua vida, segundo Homem, 2009, “representam papéis, recriam situações, agradáveis ou não. Quando a criança recria estas situações, fã-loduma forma que ela é capaz de suportar, não correndo riscos reais”, a brincadeira para a criança é fundamental no seu processo de construção interna.

### 2.3 Terapia Infantil na Abordagem Gestáltica

A Gestalt tem a compreensão do ser humano como um todo a partir de si mesmo e do que o cerca, de seu campo, nessa perspectiva, o atendimento infantil é construído de forma fenomenológica, a partir daquilo que emana da relação estabelecida entre terapeuta e paciente, para tanto, Aguiar, 2014 apud Zanella, 2004, “da criança que fomos, guardamos lembranças e sementes; para atender precisamos resgatar nossa criança interna, presentificando-a durante as sessões: nossa parte espontânea, divertida, brincalhona é trazida nos atendimentos, fazendo do consultório um laboratório de vivências”, assim a criança e o terapeuta passam a exercer a interação que existe passa a existir no campo estabelecido entre ambos.

De acordo com Antony, 2006 “Gestalt é totalidade, configuração, plenitude. O conceito de totalidade envolve a relação entre o todo e suas partes, cujas interconexões harmoniosas e coerentes formam uma unidade significativa”, ou seja, na terapia gestáltica com crianças, assim como com adultos, o sujeito não é entendido de forma fragmentada, são levados em consideração todos os aspectos, desde seu meio de desenvolvimento até seus processos internos.

No processo clínico é indispensável a disposição do terapeuta e da criança para que a sessão flua e os vividos da criança sejam acessados, sem deixar de lado a importância da família e do meio onde vive o indivíduo, a criança é parte de um todo e vive em um contexto social, como afirmam Gontijo e Silva, 2016, “a Gestalt-terapia focaliza a unidade “criança-outro-mundo” em que um influencia no outro em uma relação mútua, na qual não ocorrem acontecimentos externos separados dos fenômenos internos”, ou seja, a clínica não é um momento isolado e sim mais uma parte do todo do momento em que o paciente se encontra.

A humanidade vive uma era de muitas transformações, onde as influências da tecnologia tendem a modificar cada vez mais o brincar da criança, as pessoas e os contextos mudam rapidamente, diante disso Nunes & Rodrigues, 2010 afirmam que

“quando se reflete sobre o brincar e a abordagem Gestáltica, é fundamental pensar na relação que se pode estabelecer entre esses dois contextos, pautados no desenvolvimento da criança, tendo o brincar como uma forma de facilitar a expressão e a comunicação da criança”, a clínica não é portanto um espaço cristalizado, mas sim um campo totalmente adaptável às demandas trazidas pelo paciente.

Entendendo-se o ser humano como um Ente mutável e responsável pelas mudanças que ocorrem em sua vida, é possível concluir que a criança é protagonista de si, portanto, não vive de forma inerte e isolada, o tempo todo constrói e desconstrói seu cotidiano, desde que sai do útero materno até o último suspiro de sua vida o ser humano está em transformação.

[...] é a partir das relações que estabelecem com a realidade em que vivem, com as pessoas que precisam se relacionar no dia a dia e com o ambiente familiar que a criança passa a compreender o mundo. O processo de desenvolvimento também está relacionado ao contexto do qual a criança faz parte. É através das relações familiares que a criança vai construindo sua autoimagem.” (GONTIJO & SILVA, 2016 apud OLIVEIRA, 2010, p. 22).

É a partir das relações com o outro que aprendemos, que nos tornamos quem somos no momento presente, a criança vive no aqui e agora, conforme Affonso, 2011 “a criança pode atualizar no aqui e agora da sessão um conjunto de fantasias e de relações objetais a serem analisadas pelo terapeuta”, muitas vezes ela ainda não tem noção de ontem ou de amanhã cronológicos, portanto, baseia sua existência nas experiências, nas relações diárias, como afirma Aguiar, 2014 “o ser humano cresce e desenvolve-se ao longo do tempo na e a partir da relação: nós existimos em relação, não havendo outra forma de nos constituirmos que não seja essa”, sendo a criança um ser em processo de desenvolvimento, suas relações com outros e com o mundo físico em si lhe são tão fundamentais para seu pleno crescimento quanto uma alimentação saudável, por exemplo.

Aguiar, 2014, segue afirmando que “é na interação ininterrupta com o mundo, desde o nascimento até o fim de sua vida, que o ser humano diferencia-se, transforma-se e desenvolve-se como uma pessoa com características próprias”, as experiências vividas servem como parâmetro para a construção da personalidade da criança, e perpassam todo seu processo de individuação em relação aos alter egos que fazem parte do seu campo, Salles, 2005, afirma que “a subjetividade só pode ser compreendida como produto das relações e mediações sociais e o psiquismo é mediatizado pelas relações sociais”, portanto cada indivíduo constrói suas relações de acordo com suas motivações pessoais.

De acordo com Perls, 1988, “aceitamos ou rejeitamos o que o mundo tem para nos oferecer”, sendo assim a criança muitas vezes assimila em si coisas que vem dos seus pais, introjetando desejos e expectativas dos pais em relação ao seu desempenho escolar, por exemplo, e isso pode causar danos ao sujeito, pois está vivendo aí a expectativa de alguém e não sua realidade. Ainda citando Perls, 1988, “tais atitudes não digeridas, modos de agir, sentir e avaliar, a psicologia chama de introjeções [...]”, Fritz afirma que esse tipo de ação pode prejudicar gravemente a personalidade do sujeito.

O sujeito em seus vividos, a fluidez e dinamicidade de sua existência acontecem a partir da busca da autorrealização, segundo Antony et. al. 2006, apud Goldstein,

1995, o indivíduo “funciona em busca de seu equilíbrio orgânico via satisfação das necessidades, permitindo-lhe a busca organizada e sadia de seu desenvolvimento”, sendo assim, o todo constitutivo de cada um é formado a partir de seus ajustamentos criativos e de seus vividos no contato entre o mundo e o self.

De acordo com Salles, 2005, “realidade é subjetivada pelo indivíduo na relação entre o social, que determina as significações, e o individual, dado pela elaboração e transformação dessas significações pelo indivíduo, de acordo com suas experiências pessoais”, cada indivíduo é único e faz parte de um todo, cada criança tem em si seu próprio universo, que no campo entra em contato com outros universos e todos que são denominados outro.

Geralmente a criança é muito criativa, e sua forma de estar no mundo é facilitada pela capacidade de fantasiar sobre a própria realidade, ela vai ajustando-se ao seu meio, vai entrando no campo e em contato com os demais, segundo Aguiar, 2014, “os sintomas, da mesma forma que todas as outras características do indivíduo, são encarados como ajustamentos criativos às condições do campo, sejam eles totalmente satisfatórios ou não”, na teoria da Gestalt-terapia os sintomas geralmente são encarados como figuras de algo maior e durante o trabalho clínico são analisados cuidadosamente, pois são um ajustamento disfuncional.

A ludoterapia na perspectiva gestáltica atribui à criança a capacidade de autoconhecimento e de evolução, segundo Morais, 2011, apudOaklander, 1980, a ludoterapia tem como objetivo “ajudar a criança a tomar consciência de si mesma e da existência em seu mundo”, mesmo a criança é capaz de compreender a seu modo a sua existência, por meio da brincadeira ela é capaz de elaborar processos complexos como por exemplo, o luto, vale lembrar que não existe um padrão, já que se parte da perspectiva de individuação.

## 2.4 Dislexia e psicopedagogia

A dislexia é um distúrbio da escrita que geralmente é descoberto na fase escolar em que a criança apresenta atrasos no processo de alfabetização, Signor, 2015 apud Daehene, 2012, “entende que a dislexia representa uma dificuldade desproporcional por parte do aprendiz na sistematização das relações entre fonemas e grafemas da língua”, ou seja a criança disléxica apresenta dissimetria nos níveis escolares e na produção escrita em relação a sua idade maturacional, o que não significa que ela não compreende os conteúdos ensinados e sim que ele não consegue associar letra e som.

Partindo do pressuposto de que o todo é importante, assim como suas partes, no trabalho psicopedagógico com crianças disléxicas a teoria gestáltica dá suporte para o trabalho a partir do momento em que, segundo o que afirma Araújo, 2011, “somente a partir da percepção da totalidade é que o cérebro humano pode de fato perceber, decodificar e assimilar uma imagem ou um conceito”.

Signor, 2015 apudMassi 2007, afirma que “aproximadamente 15% da população mundial seria portadora de dislexia, o que significa uma média de quatro a cinco sujeitos em cada classe de trinta alunos”, tais dados demonstram quão importante é o olhar atento para o desenvolvimento da criança, que por vezes é tida como preguiçosa ou relapsa em seus estudos.

Quanto à etiologia, a dislexia, está relacionada possivelmente à uma herança genética, ou seja, uma criança disléxica provavelmente teve algum parente direto disléxico também.

A dislexia trata-se de um distúrbio de origem neurológica, congênito e hereditário, sendo comum apresentar-se em parentes próximos. As alterações no processamento cerebral [...]. Estudos recentes realizados [...] descobriram que o gene DYX3 do cromossomo 2 estaria relacionado a distúrbios de leitura e de escrita. (SILVA, 2009, p. 472).

Apesar de não ser uma doença, dislexia pode afetar negativamente o comportamento social do sujeito, o que pode se refletir em agressividade, relutância em frequentar a escola, exclusão ou desmotivação para os estudos, nesse sentido Silva, 2009, enfatiza que “as alterações comportamentais e emocionais são consequências do problema, pois a dislexia não é uma doença e sim um funcionamento peculiar do cérebro para o processamento da linguagem”, o indivíduo disléxico tem dificuldades em áreas específicas e não no desenvolvimento global, porém se não receber a devida atenção o problema pode agravar-se.

Massi & Santana, 2011, afirmam que a dislexia “caracteriza-se por uma leitura e escrita marcadas por trocas, omissões, junções e aglutinações de grafemas; confusão entre letras de formas vizinhas”, ou seja, há características observáveis no momento da leitura e da escrita, deve-se considerar antes de qualquer pré-julgamento a idade maturacional da criança, seu ambiente de desenvolvimento e os estímulos que recebe, pois todos estes fatos são grandes influenciadores do processo de desenvolvimento.

É preciso salientar que a criança com dificuldades escolares sejam elas quais forem pode sentir-se diminuta em relação aos seus pares na escola, tendo assim suas funções cognitivas prejudicadas, segundo Antony et al. “nesse processo, os aspectos motivacionais e emocionais do indivíduo apontarão as figuras para as quais se direcionarão a atenção, a percepção e a memória relevantes à aprendizagem e desenvolvimento intelectual”, por isso, é importante que o terapeuta garanta todo suporte necessário para família e escola durante todo o processo, destacando a importância do olhar para o sujeito como todo e não apenas para a queixa apresentada.

A unidade dialética organismo-ambiente explicita a influência recíproca entre os fenômenos internos e externos. A abordagem gestáltica não dá primazia ao indivíduo, tampouco ao meio ambiente, mas aos eventos que emergem na fronteira, no encontro entre as necessidades dele e os objetos do meio que irão produzir a sua satisfação. O indivíduo, no aqui e agora, age visando a sua completude, cujo movimento apresenta-se em sucessivos ciclos de abertura e fechamento de gestalten, de necessidades e ajustamentos criativos, que permitem o seu desenvolvimento integral em direção a sua auto-realização. (ANTONY et. al., 2006, p. 150).

Se a criança não tem um ambiente favorável para seu desenvolvimento a tendência é que isso se reflita em suas percepções de si e de outro, muitas vezes comparando-se a outros indivíduos, ou mesmo apreendendo conceitos equivocados de si a partir do contato disfuncional com o meio ou com outros, por isso, avaliação psicológica da dislexia precisa ser cuidadosa, Silva, 2009, afirma que “o diagnóstico nem sempre é rea-

lizado corretamente, devido à falta da equipe interdisciplinar, com esta incerteza estes não serão devidamente orientados”, para tanto é preciso uma equipe multidisciplinar para só então produzir um diagnóstico confiável e a partir daí iniciar o trabalho clínico, psicopedagógico e de orientação familiar.

Ser disléxico é diferente de não ser inteligente, esse distúrbio não afeta a cognição, o indivíduo com dislexia pode ter bons resultados escolares, por isso o trabalho psicopedagógico é tão importante no trato com o sujeito. Massi e Santana, 2011, enfatizam que “A dislexia é um problema não apenas biológico, mas social”, ou seja, o meio onde o sujeito vive, se desenvolve e aprende influência nos seus processos internos de desenvolvimento.

Muitas vezes o trabalho do psicólogo passa a ser o de orientação após o diagnóstico, na maioria das vezes a escola e a família não sabem como lidar com a nova realidade apresentada.

Observa-se a falta de informações dos profissionais das áreas de educação e saúde, a não identificação precoce e o devido encaminhamento, que implicam em frustração e evasão escolar. O correto diagnóstico de que a criança é portadora de dislexia provoca aflição tanto na família quanto na escola e nos profissionais de educação, devido às limitações existentes na colaboração familiar e às difíceis adequações escolares. (SILVA, 2009, p. 471).

A partir do diagnóstico algumas mudanças são necessárias para facilitar a aprendizagem, por exemplo, as avaliações escolares devem ser realizadas de forma adaptada às necessidades do sujeito, se uma criança disléxica precisa realizar uma prova, enquanto os demais alunos fazem a prova sozinhos, ela pode ter um leitor para sua prova, ou mesmo uma prova que seja de interpretação de imagens onde ela possa verbalizar para o avaliador aquilo que sabe.

Cabe à família o papel de incentivadora da criança, auxiliando-a nas atividades diárias, dando-lhe estímulos para que construa aos poucos o conhecimento a partir do campo em que está inserida, no passado a dislexia foi tratada como doença, atualmente é entendida a partir de outra perspectiva, é o que afirmam Messi e Santana, 2011, “as pesquisas atuais afastam-se da ideia de lesão e trabalham com a hipótese de disfunção”, por isso é muito importante o cuidado por parte da equipe diagnóstica para que não haja uma estigmatização do sujeito e sim uma melhora em seu desempenho escolar pensando em sua qualidade de vida.

## CONCLUSÃO

A Gestalt terapia ainda é pouco utilizada no trabalho com crianças, mas foi possível perceber o quão interessante pode se tornar o trabalho com crianças a partir da perspectiva gestáltica.

O sujeito disléxico é alvo de muito preconceito, o que, por vezes lhe causa grande sofrimento e afeta seu contato com outros sujeitos ao seu redor, por isso é importante que este seja amparado por sua família e por aqueles que estão ao seu redor.

Mitos como preguiça, falta de interesse ou mesmo falta de inteligência pre-

cisam ser deconstruídos, daí a importância do trabalho gestáltico com a criança e com a família após o processo de diagnóstico.

O olhar para o todo constitutivo do sujeito faz muita diferença em sua vida, a percepção de que ele não se resume ao suposto problema e as possibilidades de novos envolvimento, novos contatos e o estabelecimento de novas fronteiras geram no sujeito o sentimento de que pertence ao grupo de outros “eus”, por isso a visão gestáltica torna as relações possíveis e mais fáceis, pois a criança toma consciência de quem é e do seu papel dentro do grupo, e passa a sentir-se pertencente, consciente de si e do outro.

## REFERÊNCIAL BIBLIOGRÁFICO

AFFONSO, Rosa. M. L., et. al. Ludodiagnóstico: a dependência química e a dinâmica familiar. Psicologia. PT, p. 1-16.

AFFONSO, Rosa. M. L. A contribuição da análise das noções de espaço, tempo e causalidade nas técnicas projetivas diagnósticas: ludodiagnóstico e desenho da figura humana. Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 101-116.

AGUIAR, Luciana., Gestalt-terapia com crianças: teoria e prática. Summus, 2ª ed. São Paulo, 2014.

ANTONY, Sheila. et. al. A abordagem gestáltica e psicopedagogia: um olhar compreensivo para a totalidade criança-escola. Paidéia, Universidade de Brasília, n. 16 v.34, p. 149-159

ANDRADE, L. B. P. Tecendo os fios da infância. UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, p. 48-77, 193 p., 2010.

ARAÚJO, Francisco de S., Segolin, Fernando. Sensibilidade e afetos humanos motivados em Gestal. Revista FronteiraZ, São Paulo, n. 7, p. 1-10, 2011.

BATISTA, L. L. Educação infantil e autonomia: uma perspectiva montessoriana para reconhecimento das infâncias. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Pedagogia), Brasília, Universidade de Brasília, 2017.

COELHO, Laura. S. G. Recusa escolar: um estudo de caso em ludoterapia comportamental. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 36, n. 1, p. 234-245, 2016.

COELHO, Tamyris. L.; et. Al. O psicoterapeuta e a escolha do material no processo de ludodiagnóstico. Estudos Interdisciplinares em Psicologia, Londrina, v. 3, n. 2, p. 233-240, dez. 2012.

COSTA, Maria. I. M.; DIAS, Cristina. M. S. B. A prática da psicoterapia infantil na visão de terapeutas nas seguintes abordagens: psicodrama, Gestalt terapia e centrada na pessoa. Estudos de Psicologia I, Campinas, n. 22 v. 1 p. 43-51, jan - mar 2005.

GALUCH, M. T. B.; SFORNI, M. S. F. Aprendizagem conceitual nas séries iniciais do ensino fundamental. *Educar*, Curitiba, n. 28, p. 217-229, 2006.

HOMEM, Catarina. A ludoterapia e a importância do brincar: reflexões de uma educadora de infância. *Cadernos de educação*, n. 88, p. 21-24, 2009.

ISSE, Julia. F. Possibilidade na psicoterapia infantil: os profissionais da psicologia e a técnica do atendimento de crianças. Trabalho de Conclusão de curso (graduação em psicologia), Lajeado, Centro Universitário UNIVATES, 2013.

MASSI, Giselle. SANTANA, Ana P. O. A desconstrução do conceito de dislexia: conflito entre verdades. *Paidéia*, v. 21, n. 50, p. 403-411, 2011. Disponível em [www.scielo.br/paideia](http://www.scielo.br/paideia). Acesso em: 01/06/2019.

MARTINS, L. N. R.; et. al. Experiências no estágio básico: o campo, as possibilidades e perspectivas. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/5330434/artigo-estagio-basico-na-area-escolar>. Acesso em: 07 jun. 2018.

MORAIS, Munique. T. C. Os significados de ludoterapia par as protagonistas do processo: crianças em atendimento. Trabalho de Pós-Graduação em Psicologia. Natal, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, 2011.

PERIN, A. E. Estimulação precoce: sinais de alerta e benefícios para o desenvolvimento. *Revista de Educação do Ideau*, Rio Grande do Sul, v. 5, n.12, p. 02-13, jul-dez, 2010.

PIMENTEL, Alessandra. A teoria da aprendizagem experiencial como alicerce de estudos sobre desenvolvimento profissional. *Revista Estudos de Psicologia*, Recife, v. 12, n. 02, pag. 159-168, 2007.

SIGNOR, Rita. Dislexia: uma análise histórica e social. *RBLA*, Belo Horizonte, v. 15, n. 4, p.971-999, 2015.

SILVA, Sther. S. L. Conhecendo a dislexia e a importância da equipe interdisciplinar no processo de diagnóstico. *Revista Psicopedagogia*, v. 26, n. 81 p. 470-475, 2009.

VALLE, T. G. M. (Org.) Aprendizagem e desenvolvimento humano:avaliações e intervenções. Scielo Books <http://books.scielo.org>, São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

## JUIZ DE GARANTIAS: A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Flavia Sanna Leal Meirelles<sup>1</sup>

Iria Catarina Queiroz Baptista<sup>2</sup>

Maria Aparecida Leite Holthausen da Silva<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo trazer um panorama da imparcialidade objetiva do instituto do juiz de garantias trazido pela Lei 13.964/2019, popularmente conhecido como Pacote Anticrime. Para tanto, será realizado uma análise interdisciplinar, com base no Direito Constitucional, Direito Processual Penal brasileiro. Preliminarmente, serão expostos os sistemas processuais penais, as peculiaridades de seus juizes e a conjuntura do Código de Processo Penal vigente, que se manifesta incoerente com a Constituição de 1988. Em seguida, será abordada a imparcialidade em seu viés subjetivo e objetivo, seu método utilizado no Brasil e no âmbito internacional e a inconformidade com a relação à equidade. No terceiro capítulo, será apresentado o instituto do juiz de garantias, a intenção do Pacote Anticrime de introduzir o instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as críticas feitas a Lei. Por fim, será feita uma análise na relevância do instituto do juiz de garantias na fase pré-processual, destinada à investigação, a fim de garantir a imparcialidade do em Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Sistema acusatório; Juiz de Garantias; Imparcialidade; Garantias Fundamentais.

### ABSTRACT

The present work aims to provide an overview of the objective impartiality of the guarantee judge institute brought by Law 13,964 / 2019, popularly known as Anticrime Package. Therefore, an interdisciplinary analysis will be carried out, based on Constitutional Law, Brazilian Criminal Procedural Law. Preliminarily, criminal procedural systems will be exposed, such as the peculiarities of their judges and the current Criminal Procedure Code, which is inconsistent with the 1988 Constitution. Next, impartiality in its subjective and objective bias, its method used in Brazil and internationally and non-compliance with equity. In the third chapter, the guarantee judge's institute, the intention of the Anticrime Package to introduce the institute in the Brazilian legal system, as well as the criticisms made to the Law will be presented. Finally, an analysis will be made in the provision of the guarantee judge's institute. in the pre-procedural phase, aimed at investigation, in order to guarantee the impartiality of the democratic rule of law

Keywords: Accusatory system; Guarantee Judge; Impartiality; Fundamental Warranties.

<sup>1</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest.

<sup>2</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest.

<sup>3</sup> Professora do Centro Universitário Unifacvest.

## INTRODUÇÃO

O Juiz de Garantias tornou-se um dos institutos com mais repercussões no âmbito do direito processual penal nos últimos tempos, devido a introdução da Lei 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. O instituto estabelece a introdução de um magistrado encarregado de conduzir a investigação criminal e outro responsável pela ação penal.

Muito se debateu a respeito do mesmo juiz que conduzia a investigação criminal conduzir o processo penal, ocasionando concepções que, em um primeiro momento, poderão posteriormente apresentar de maneira que o juiz concretize uma linha de raciocínio originada na investigação criminal. Portanto, pode-se dizer que a atuação do magistrado na fase pré-processual, ou seja, na investigação criminal, pode afetar a imparcialidade no julgamento processual. O instituto do juiz de garantias, ficaria encarregado pela fase pré-processual, de modo que o magistrado no processo não tenha participação com os elementos colhidos na investigação criminal.

Deste modo, as atribuições do juiz das garantias revelam-se um instituto que visa o cumprimento da legalidade, impedindo que atos arbitrários na fase de investigação, estabelecendo determinações que resguardem as garantias fundamentais do indivíduo investigado, tornando posteriormente um julgamento mais próximo da total imparcialidade.

O conceito de imparcialidade traduz o posicionamento de terceiro que o juiz ocupa na ação penal, se conservando distante dos interesses das partes envolvidas no processo. Cumpre ressaltar que essa imparcialidade está comprometida quando o magistrado dá indícios de que já tem sua opinião formada sobre a situação.

Desta maneira, o instituto do juiz de garantias possui o escopo de prestar um julgamento mais democrático, se valendo pela eficácia e diminuição de danos que a envoltura do magistrado com o caso penal pode ocorrer para a defesa do acusado.

Conforme a apresentação da justificativa para a introdução do instituto no Código de Processo Penal brasileiro, os direitos fundamentais não são favores do Estado, mas sim um cumprimento de uma regra incontestável. Em um país democrático, deve existir uma relevância em relação a aceitação a este instituto processual, deste modo, para minimizar os fragmentos do antigo sistema inquisitório, presentes, ainda, no Código de Processo Penal brasileiro.

Desta forma, o presente trabalho visa analisar o instituto do juiz das garantias proposto pelo Pacote Anticrime, averiguando se seria eficaz na proteção da imparcialidade, nas garantias dos direitos individuais e na condução de uma investigação criminal. Essa análise foi feita a partir da observação dos dispositivos legais, do estudo sobre o instituto a partir de suas características envolvendo a imparcialidade e sua aplicação na legislação brasileiro e na observação doutrinária.

Quanto à metodologia do trabalho, o método dedutivo será fundamental quanto ao estudo do instituto do juiz de garantias, sendo necessária uma análise de leis gerais para a compreensão de questões pontuais. A contextualização histórica também foi utilizada, tendo em vista que somente é capaz abordar o tema a partir de um estudo anterior, para entender sua origem até o momento atual.

**PROCESSO HISTÓRICO ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

O atual paradigma processual penal é resultado de uma composição histórica do rumo dos institutos jurídicos desde a antiguidade até os dias de hoje. Esta é a motivação que leva à redação deste capítulo. O intuito de compreender quais os antecedentes históricos do atual sistema de persecução penal.

Mostra-se essencial, a priori, observar o fundamento do processo penal para entender sua trajetória. O Sistema Processual compreende regras e princípios constitucionais harmonizável com o momento político vivido pelo Estado, que estabelece as normas a serem acatadas com o desígnio de aplicar o direito penal a cada circunstância.

O processo penal comportou diversas alterações no decorrer do tempo, conforme a predominância da ideologia punitiva e influência política, constitucional e social. Compreende-se que, o sistema processual atual muda segundo as necessidades do direito penal e do Estado em questão, sendo um sinal de subsídios democráticos da Constituição. Deste modo, torna-se fundamental o estudo acerca dos sistemas já prestigiados ao longo da história, sendo possível verificar o encargo do juiz no processo penal.

Os sistemas inquisitório e acusatórios são apresentados pela doutrina majoritária como os inspirador do processo penal, indicando como a maior diferença entre eles a divisão das funções de acusar e julgar. Logo, no sistema inquisitório, o órgão responsável pela acusação seria, também, encarregado de realizar o julgamento, enquanto que, no sistema acusatório, essa prerrogativa seria atribuída a vários sujeitos. Nos dias de hoje, segundo alguns autores, o sistema misto, agregou os dois sistemas mencionados.

Antes de abordar as linhas gerais do contemporâneo paradigma predominante no processo penal, é necessária uma breve análise da evolução sofrida desde o Sistema Inquisitório.

O advogado e processualista Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sustenta que o sistema inquisitivo remete à velha Roma, tendo seu maior avanço com a Igreja Católica, como reposta ao avênço das Doutrinas Heréticas. Ressalta que

trata-se sem dúvida do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo se não acordarmos – mantém-se hígido. (COUTINHO, 2001, p.18)

Com a mudança entre feudalismo e capitalismo, as heresias medievais colocam em questionamento a dogmática do catolicismo e afrontam o Poder da Santa Sé. A contensão do Direito Canônico às heresias dá ensejo à criação dos Tribunais de Inquisição, local onde são aferidos os crimes.

O sistema processual penal acusatório, que teve sua origem no direito grego predominou até o século XII pode ser delineado como o sistema em que o próprio acusado exercia sua defesa, auxiliado por certos indivíduos em determinadas ocasiões. O exercício probatório era apresentado pela parte, não incumbindo ao tribunal a pesquisa de elementos de convicção, tudo culminado com sentença ditada na presença do povo.

Nota-se, portanto, igualdade entre o acusador e acusado, publicidade e oralidade do juízo e um debate contraditório, não obstante a admissão da tortura e dos juízos de Deus como meios de realização probatória.

No sistema acusatório, os processos possuem a uma consideração pelo acusado e suas garantias fundamentais. O magistrado adota um posicionamento apático em relação à atitude das partes, fazendo com que as mesmas configurem sujeitos processuais. Cumpre ressaltar que o sistema mencionado, resguarda princípios básicos do acusado, atribuindo direitos e deveres ao indivíduo.

Os atos processuais são amparados pelo princípio da publicidade, com a exceção em demandas que exigem certo sigilo em determinados atos. Em regra, o procedimento é oral e amparado pelo princípio do contraditório e da ampla defesa. O juízo probatório, o magistrado configura-se como expectador, cuja função está compreendida em julgar de modo imparcial. Deste modo, a liberdade de convencimento nas decisões deve ser oriunda de acordo com as provas presentes nos autos.

Importante ressaltar que a figura do magistrado no sistema processual acusatório encontra-se apartado da iniciativa probatória, resguardando a dialética e harmonia processual e imparcialidade do julgador. Portanto, segundo a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, garante a aplicação de um processo penal justo e decoroso ao acusado, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”(BRASIL, 1988)

Deste modo, o princípio misto não existe, tendo em vista que devem ser particularizados por um princípio unificador, que determina um centro puro. O sistema misto retrata uma essência inquisitória e acusatória. Portanto, não se considera o inquérito processual como padrão para o sistema processual penal, haja vista que a faz pré-processual, ou seja, fase de investigação policial, não se configura ação penal.

Conforme o exposto, é comum encontrar argumentos que alegam que o sistema brasileiro é misto, tendo em vista que hipoteticamente, o inquérito policial configura-se inquisitivo e a fase processual mostra-se acusatória. Todavia, o núcleo do sistema processual brasileiro se fundamenta no princípio acusatório.

Verifica-se que há muitas discussões doutrinárias acerca do sistema penal adotado pelo Brasil, pelo fato de um de existir um Processo de Processo Penal constituído em 1941, época muito distante dos tempos atuais. Embora a Constituição Federal não tenha deixado expressamente o sistema processual que rege o ordenamento jurídico brasileiro, o sistema adotado foi o sistema acusatório, tendo em vista que o processo penal brasileiro institui o princípio do juiz natural, princípio da ampla defesa e do contraditório, publicidade nos atos processuais e a presunção de inocência do acusado. Portanto, se faz necessário uma estrutura processual que estabelece que o acusado seja constituído de direitos e deveres.

Segundo o entendimento de Aury Lopes Jr, jurista e professor conceituado de direito penal, a doutrina se diverge quanto ao sistema adotado no Brasil.

os sistemas atuais são mistos, não existindo modelos puros, e por assim serem, devem conter em duas definições um núcleo fundante que defina sua predominância principiológica, ou seja, se seu fundamento originase do princípio inquisitório ou acusatório.” (LOPES Jr. 2018, p.45)

O magistrado na fase de investigação policial, segundo o sistema processual acusatório, deve garantir a imparcialidade nas investigações, possuindo as atribuições de reprimir toda e qualquer ingerência de agentes públicos na fase de investigação criminal que se demonstrem equivocadas ou implausíveis, juntamente com o dever de zelar pela atuação do Ministério Público nas suas atribuições.

Em análise ao artigo 156 do Código de Processo Penal, nota-se que o juiz atuando de ofício poderá coordenar a produção de prova, podendo ser a mesma antecipada, desse modo o magistrado detém uma postura ativa no curso do processo, no qual se aproxima da figura do juiz inquisidor, que opera no processo sem a provocação das partes, admitindo resquícios do sistema processual inquisitivo.

A imparcialidade do juiz está atrelada às disposições gerais relacionadas a impedimentos e incompatibilidade, bem como as demais garantias convencionadas ao juiz, como o escopo de assegurar a autonomia nas atividades da ação penal. Assim, aduz Paulo Rangel:

Juiz imparcial pressupõe juiz independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo da perda do cargo. A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional. (RANGEL, 2019, p.21)

Assim, entende-se que o princípio do juiz natural não encontra-se resguardado a parte ré no ordenamento jurídico brasileiro, mas é visto a figura de um juiz do sistema inquisitório, possuindo autonomia de eleger o direito que será aplicado, mesmo com divergência de pensamento do acusador e optar pelo tipo de produção de prova que será realizada no processo.

Portanto, é notório que a legislação brasileira ainda possui resquícios do sistema processual penal inquisitório, tendo em vista que o magistrado possui poderes instrutórios no decorrer de uma ação penal. Porrepresentarem a quebra da igualdade, do contraditório e da própria dialética do processo, esses dispositivos devem ser removidos dos Códigos e das leis extravagantes, para que os preceitos superiores da Constituição Federal sejam melhor representados. Logo, é imprescindível rejeitar o juiz “multiforme”, titular de múltiplas funções no desenvolvimento da persecução penal.

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988 estabelece um processo penal acusatório, baseado no contraditório, na ampla defesa, na igualdade entre as partes, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal, em contraposição ao sistema inquisitório, o qual a concessão de poderes instrutórios ao juiz é um de seus corolários. O obstáculo se encontra, portanto, em examinar a ausência de compatibilidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e da Constituição, o que leva a reconhecer que os dispositivos do Código de natureza inquisitória são inconstitucionais e devem ser rechaçados.

Assim sendo, conforme demonstrado, percebe-se que o sistema processual penal brasileiro atual se afasta de um processo conduzido pelos preceitos do princípio acusatório, pois muitos poderes foram mantidos aos magistrados. Entretanto, isso não deve prosperar em um processo garantidor de direitos fundamentais. O processo não

pode se condicionar ao interessado julgador em extrair o que pretende da prova, em determinar medidas de prova, em realizardiligências de ofício, prejudicando, dessa maneira, princípios fundamentais como ocontraditório e, principalmente, a garantia da imparcialidade.

## JUIZ IMPARCIAL E SUA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Analisando a origem da palavra jurisdição evidencia a presença de duas palavras latinas: jus, juris (direito) e dictio, dictionis (ação de dizer). Esse “dizer o direito” aponta quando o Estado chama para si a competência de solucionar os litígios. A função jurisdicional, que se executa por meio de um processo judicial, é a eficácia das normas, em caso de litígios surgidos no meio da sociedade.

A imparcialidade do juiz é uma presunção de validade no processo penal, devendo o juiz possuir uma postura neutra entre as partes, sendo a primeira exigência para que possa o magistrado exercer sua função jurisdicional.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em um Estado Democrático de Direito, o processo deve ser atrelado aos princípios e garantias individuais intrínsecos sob o crivo da persecução penal. Uma dessas garantias é o julgamento de uma forma justa e imparcial, em resultante da precisão constitucional do sistema processual penal acusatório.

A imparcialidade do magistrado baseia-se no afastamento de vínculo com a ação, permanecendo-se apartado o suficiente para conduzi-la com isenção.

O princípio da imparcialidade do juiz encontra-se previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, mais precisamente nos incisos XXXVII e LIII, assegurando que o processo e a decisão de mérito sejam comandados por autoridade competente que sempre será estabelecida por regras anteriores ao julgamento.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...)

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (BRASIL, 1988)

## JUIZ DE GARANTIAS: O INSTITUTO PRESENTE NO PACOTE ANTICRIME

Mostra-se comum, no Brasil, o magistrado que atua na investigação preliminar, seja de forma ativa ou mediante provocação, será aquele que no processo irá proferir uma possível sentença. Logo, os malefícios de possuir um mesmo juiz participando da fase pré-processual e posteriormente do juízo oral, decidindo o caso penal, são evidentes, e em razão disso, surge, então o projeto de alteração do novo Código de Processo Penal, instaurado pela Lei nº 13.964/2019, Pacote Anticrime, agregando valores, direitos e garantias presentes na Constituição de 1988. Diante desse cenário, insere o Juiz de Garantias.

Neste contexto, o juiz será encarregado somente para garantir uma investigação mais célere e solucionar empenhes processuais como: decretação de uma prisão preventiva, quebra de sigilo, recebimento de Habeas Corpus antes da denúncia proferida pelo Ministério Público, resguardando assim para que a investigação criminal seja realizada de modo legal, e outro magistrado que seja o juiz que atuará na ação penal, com o escopo de garantir a zelar pela imparcialidade para que ocorra uma decisão justa, sem que haja contaminação de provas. O juiz das garantias somente irá praticar atos na etapa pré-processual, ou seja, na investigação criminal. Posteriormente, outro juiz irá atuar na instrução processual, ou seja, na fase processual. O marco divisório seria o recebimento da denúncia.

Cumprido ressaltar que o processo penal é uma maneira na qual o direito penal terá sua aplicabilidade, tendo um procedimento penal sob o segmento constitucional, se os direitos fundamentais forem efetivados. Portanto, o processo penal por ser um procedimento a ser estabelecido para se obter êxito, neste caso, a efetividade de uma pena, deve ser resguardado nas garantias constitucionais, sendo analisado com a devida proteção ao indivíduo.

Como já analisado, diante da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro não é capaz de agregar influências do sistema inquisitório no Código de Processo Penal. À vista disso, a figura do juiz de garantias foi pensada como uma alternativa viável para concretizar o sistema acusatório em nosso sistema, além de lapidar a estrutura do Poder Judiciário.

A Lei 13.964/2019, chamada popularmente de Pacote Anticrime, traz, portanto ideais garantistas, na busca para igualar o sistema penal brasileiro com a Constituição Federal de 1988. O “Juiz das Garantias” com a inclusão dos artigos 3º-A e 3º-B da Legislação Processual Penal, institui um magistrado que atua exclusivamente na fase de investigação criminal, e que não poderá atuar no curso da ação penal, configurando um sistema de prevenção aos direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer indivíduo.

Também é importante mencionar no processo penal, deve ter observância na atual estrutura democrática adotada no Brasil, prevista na Carta Magna de 1988, com a fidelidade aos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nas palavras do jurista Guilherme Nucci:

Considerando-se que, no direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de cumprir e fazer cumprir os postulados do Estado Democrático de Direito, necessita-se captar as principais características dos direitos e garantias humanas fundamentais, aplicando-se cada uma das que se ligam à matéria processual penal ao direito infraconstitucional, previsto no Código de Processo Penal, que, à luz da Constituição de 1988, deve necessariamente adaptar-se. (NUCCI, 2020, p.02)

Um dos argumentos mais acentuados para a introdução do instituto do juiz das garantias é o fortalecimento do princípio do acusatório no processo penal brasileiro. Importante salientar que, sistema acusatório e princípio do acusatório não possuem o mesmo conceito. O sistema processual penal não detém um único princípio norteador. No princípio do acusatório, o controle probatório está a cargo das partes envolvidas no processo, assim, retirando o magistrado de toda e qualquer produção de provas. Como expõe Aury Lopes Jr:

O juiz que busca as provas contamina sua imparcialidade e promove um ativismo judicial, pois deixa de proporcionar o contraditório “para ser um mero ato de poder (decisionismo)”. Não basta haver acusação para que o sistema seja acusatório (LOPES JR., 2018, p.46)

É notório que no sistema inquisitivo o juiz investiga, tendo a prerrogativa inclusive de iniciar a produção de provas para que seja alcançada a verdade real dos fatos. Portanto, no sistema acusatório as três funções devem ser divididas corretamente: o Ministério Público deve acusar, o advogado defender e o juiz apenas julgar de acordo com o exposto nos autos processuais.

Neste sentido Lopes Jr (2012, p.102) aduz que:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva no processo penal (LOPES JR, 2008, p.59)

Portanto, com o escopo de alcançar a consolidação constitucional, a proposta do instituto do juiz de garantias concretiza a estrutura do sistema processual acusatório, em consonância com um perfil de Estado Democrático. Deste modo, o magistrado na relação processual ficará limitado apenas na salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, impossibilitando sua atuação na instrução probatória, minimizando os fragmentos do sistema inquisitivo presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Preliminarmente, considera-se que um juiz atuante na área criminal não possui a prerrogativa de acusador, tampouco de investigador criminal. O sujeito intitulado constitucionalmente para a investigação é o Ministério Público. Portanto, para que o juiz não corrompa o processo, cria-se a figura do Juiz das Garantias, que operará apenas na fase pré-processual, deste modo, sendo um juiz atuante exclusivamente na fase de investigação criminal.

Conclui-se por “contaminação com as provas produzidas no inquérito policial” provas aquelas que há algum tipo de determinação judicial proferida pelo juiz, mas que, posteriormente, no decorrer do processo crimina, entende-se que foram produzidas em desarmonia com a lei, se tornando ilegais. Nesta ocasião, o magistrado que toma ciência dessas provas no decorrer do inquérito policial, não poderá ignorar as informações nelas contidas.

Como então haveria isenção e parcialidade se o Juiz tomou conhecimento de provas que apontam materialidade e autoria, mas que depois foram consideradas ilegais? Tal concepção, decerto, não encontra amparo em um Estado Democrático e Social de Direito que adota o sistema acusatório como sistema processual penal.

Conforme o entendimento de Aury Lopes Jr:

Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares etc.) (LOPES JR,2018, p.70)

Nesse sentido, Badaró também afirma:

Concentrar nas mãos de um único órgão as atividades de investigação e promoção da ação penal implicaria um perigosíssimo acúmulo de poder, que facilmente poderia ser utilizado de forma abusiva ou apaixonada. (BRADARÓ, 2016, p. 155)

Isto posto, através do controle de legalidade, o juiz de garantias atuará na fase de investigação, sendo o responsável pelas decisões que irão ser proferidas durante a investigação, tendo as atribuições dispostas no artigo 3º-B da Lei 13.964/19. Por oportuno, cabe salientar que o juiz das garantias não deve tomar nenhum tipo de iniciativa na fase investigatória, devendo sempre se valer de requerimentos do Ministério Público ou do defensor do sujeito investigado e representação da autoridade policial.

O juiz das garantias é o sujeito encarregado pelo controle da legalidade na fase de investigação criminal e pela proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo, também, o dirigente de decidir sobre determinações como prisão provisória, afastamento de sigilos bancários, dados telefônicos e sobre ordens de busca e apreensão.

A introdução do instituto no Código de Processo Penal brasileiro não foi de agora, é um cargo que já estava em debate desde 2009 pelo Senado Federal, através do Projeto de Lei do Senado 156/09, do seu presidente, José Sarney.

A Lei 13.964/19 que concebeu o juiz das garantias, sancionada em 24/12/2019, entrou em vigor a partir de 23 de janeiro de 2020. O novo instituto do juiz de garantias ficará responsável por decisões proferidas durante os trâmites da investigação.

Segundo o entendimento de Schreiber, no momento atual o magistrado atuante no inquérito policial, quando no decorrer na investigação o Ministério Público ou a autoridade policial examinarem e contatarem a necessidade de adoção de medidas que limitem os direitos fundamentais do sujeito investigado, e nesse instante requerem ao juiz a autorização para tanto, já a nova figura mudaria a divisão de competências, onde o juiz atuará apenas na investigação e outro na ação penal.

Nas palavras de Schreiber:

Até então, o juiz que deferia medidas em detrimentos do investigado (como prisão preventiva, sequestro de bens, quebra de sigilo bancário, interceptações telefônicas, busca domiciliar, etc.) tinha sua competência fixada para julgar a ação penal (regra de prevenção) A partir de agora o juiz que atua na investigação está impedido de atuar no processo criminal. (SCHREIBER, 2020, P.3)

Logo, todo e qualquer julgamento por meio do Estado mostra-se essencial a figura do magistrado que possa julgar de forma mais imparcial possível, tendo em vista que não estaria cumprindo com a função de ente mediador e decisor final das relações entre os cidadãos. Portanto, revela-se imprescindível que não se forneça nenhuma parte para que não haja abuso de poder.

Por isso, fica nítido dar relevância ao instituto do juiz das garantias, instituído pela Pacote Anticrime a fim de evitar autoritarismo por parte do Estado, dando mais vazão ao princípio da imparcialidade o qual terá mais chances de êxito nas ações penais.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado como o possuidor do jus puniendi, as normas de caráter instrumental com o escopo de que o direito de punir não

venha ser executado por mera disposição. Nesse seguimento, foi instaurado princípios processuais que reforçam os direitos fundamentais e todo indivíduo.

A presunção de inocência, princípio da imparcialidade, devido processo legal e dignidade da pessoa humana norteiam o Estado na figura do juiz a observa-los, a fim de resguardar um processo penal amparado nas garantias mínimos do ser humano.

Por fim, a legislação já disposta, para aperfeiçoar o sistema processual penal brasileiro introduziu o juiz de garantias, a fim de retirar fragmentos do sistema processual inquisitorial e resguardar os princípios e garantias constitucionais, além de trazer mais confiabilidade para o juiz que irá proferir sentença, em razão deste não ser mais influenciado pela fase em que não há possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Deste modo, o instituto em questão veio para trazer maior incontestabilidade, fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana daquele que é alvo da investigação criminal. Vale ressaltar que as garantias fundamentais, base do Estado Democrático de Direito. Cabendo apenas a retornada de vigência que se encontra suspensão.

Com o advento da Lei 13.964/19, pretendeu-se superar os fragmentos nefastos do sistema inquisitorial presentes no Código de Processo Penal, fazendo que o juiz que dirigia a investigação criminal não seja o mesmo que irá comandar a instrução judicial, sendo esta uma das principais garantias de preservar os direitos individuais do acusado e ocasionando um grande progresso no processo penal brasileiro.

A priori, é de suma importância mencionar que o juiz não deve ser o administrador das provas, tendo em vista que deve ser respeitado o princípio dispositivo de iniciativa probatória exclusiva das partes e inquisitivo atividade probatória a caráter do magistrado, uma vez que a figura do juiz deve ser completamente imparcial, sendo um mero expectador.

Em conformidade com os argumentos acima, Daniel Kessler de Oliveira aduz:

Isto exige que reconheçamos todos, a inegável influência dos elementos colhidos na investigação sobre o julgamento final do processo e isto está para além de questionar a capacidade ou a idoneidade do órgão julgador, mas fazer valer a regra da separação de juízes, para fazer valer a imparcialidade. (OLIVEIRA, 2016, p. 245)

Com relação à antiga redação do art. 156 do Código de Processo Penal, que só identifica a atuação probatória de ofício do juiz no decorrer do processo, a nova composição dada ao art. 156, inciso I, do CPP, pela Lei nº 11.690/08, passou a anunciar que ao juiz seria autêntico, de ofício, mesmo antes do início da ação penal, determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, haja vista a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Importante mencionar que o juiz de garantias não está impossibilitado de atuar na fase investigatória, desde que provocado pelas partes, estando portanto, vedado um comportamento de ofício. Isso ocorre para que o juiz mantenha sua imparcialidade e o devido processo legal seja respeitado, de modo a não abale o processo.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre o tema:

não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado”. Isso porque “já não

mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência.(STF – HC 84580, DJ 18.09.2009)

Portanto, a inovação trazida através desta Lei com a figura do juiz das garantias, diz respeito à garantia dos direitos fundamentais na fase de persecução penal, e garantindo maior imparcialidade na hora do julgamento e proferimento da sentença, tanto condenatória quanto absolutória.

Conforme entendimento de Aury Lopes Jr:

A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz o terá iniciativa probatória, mantendo-se assim supra-partes e preservando sua imparcialidade.(...) O sistema acusatório exige um juiz espectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório) (LOPES JR, 2007, p.186)

Deste modo, a introdução do instituto do juiz das garantias no Código de Processo Penal brasileiro evidencia uma alteração contemporânea que concretiza, uma maior parte, uma rigidez benéfica na instrução probatória, corroborando com o sistema processual acusatório. Com efeito, trata-se de um procedimento de maior divisão das funções exercidas em uma persecução penal.

Assim, não obstante, de fato, haver esta mudança estrutural, não se pode divergir que o instituto carrega em si a condição de enriquecimento no sistema acusatório brasileiro, tendo em vista que é mais um distanciamento do processo penal com o aspecto inquisitorial.

## PRINCIPAIS CRÍTICAS AO INSTITUTO

Considerada por maior parte da doutrina brasileira, o instituto do juiz das garantias mostra-se um grande progresso para o ordenamento jurídico pátrio, de forma que representa muito mais do que a divisão de funções de um magistrado que é responsável pela investigação criminal e outro julgador responsável de conduzir a ação pena, inclina-se a dar, principalmente, desempenho efetivo aos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988. No entanto, há algumas questões no texto do Pacote Anticrime que atormenta o presente instituto.

Uma das críticas mais mencionada que o instituto sofre de ordem prática é o fato de que em algumas nas comarcas do interior, que tenham poucos juizes, a novidade acabaria com as especializações de varas criminais a demandar que o juiz cível atue ou na investigação ou na ação penal, medida que, na realidade, atrasará mais ainda o processo.

Embora a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) tenha trazido a disposição com o objetivo de implementação, o Juiz das garantias é figura antiga, presente no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, idealizado e proposto pelo Senado no ano de 2009. Vejamos a exposição de motivos:

Há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada; e práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei no 3.689, de 1941, e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrangidas no atual texto constitucional (Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, 2009).

Desta forma, o presente estudo analisará as críticas proferidas contra o instituto diante a inserção da figura do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, em aspectos constitucionais e processuais. Assim, evidenciando aspectos positivos e negativos sobre o instituto atualmente suspenso pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma das principais críticas ao instituto do juiz das garantias é o crescimento orçamentário, que seria ocasionado a partir da implantação, acrescentado à falta de estrutura do Poder Judiciário. Importante salientar que, principalmente, a melhoria do desempenho jurisdicional penal amplia e desenvolve o resultado jurisdicional.

Por oportuno, vale ressaltar que a fim de eliminar os prejuízos do o atual sistema, que ocasiona inúmeras insolências, acarretando ineficácias. Além disto, haja vista a relevância de uma análise sobre a desvalorização da justiça criminal acentuada pela mídia, que reflete diretamente na sociedade quanto a atividade da Justiça. É preciso levar em consideração que assim como Marcus Vinicius Pimenta afirma: “um juiz imparcial não tem preço, especialmente na tutela das liberdades.”

Em conformidade ao exposto, conforme entrevista na Revista Veja, o ministro Dias Toffoli aduz: “O trabalho já existe, você não está aumentando o trabalho, é uma questão de organicidade interna (...) Não tem que aumentar estrutura, não tem que aumentar prédio, não tem que aumentar servidores, não tem que aumentar juízes”.

Portanto, a implementação do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro não causaria aumento de despesa ou impacto orçamentário ao Poder Judiciário, tampouco acrescentaria sobrecarga de trabalho os magistrados, mas, apenas, reordenação de competências entre unidades judiciárias. Mesmo em comarcas com existência de um só juízo, basta a organização judiciária disciplinar a ordem de competência entre comarcas circunvizinhas por meio de acessos remotos e videoconferências, cujas tecnologias estão presentes em todo território brasileiro.

Se o custo é um argumento, deve ser analisada a questão que não haverá de modo algum aumento de trabalho, tendo em vista que o juiz de garantias cuidará das medidas cautelares e assecuratórias, não seja o mesmo que processa o feito e possa estar em outro lugar físico, judiciando remotamente.

Deste modo, ao contrário do que alguns detratores poderiam argumentar sobre a não implementação do juiz de garantias no Brasil, este instituto, será financiado pelo orçamento já existente no Poder Judiciário, e o Brasil não poderá encaminhar na

contramão, sob pretexto de eventual inexequibilidade prática, o que pode ser solucionado facilmente com um pouco de boa vontade dos gestores do Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

O objetivo fundamental deste trabalho foi o de manifestar que a presença do Juiz das Garantias seria decisiva para resguardar a imparcialidade, de modo que nas considerações mencionadas, é possível concluir algumas divisões concretas acerca da problemática principal.

Com base no estudo elaborado a respeito do andamento dos sistemas processuais penais, foi nítida a percepção das formas distintas de atuação do juiz ao longo do tempo. O sistema inquisitório mostrou-se caracterizado por imputar poderes de instrução aos magistrados, o sistema acusatório se mostra mais eficaz de concretizar a essência do devido processo legal ao fundamentar sua base na simetria entre as partes e assegurar a imparcialidade do julgador.

Analisou-se que os atributos do sistema inquisitorial ainda se faz presente em muitas vertentes do atual processo penal brasileiro, deste modo, se faz necessário a realização de uma avaliação da legislação infraconstitucional sob o aspecto da Constituição Federal de 1988, haja vista que um sistema processual deve conservar um modelo de acordo com a perspectiva democrática atual.

Analisando a garantia da jurisdição, é verossímil salientar a relevância da existência da imparcialidade do magistrado, que preserve absolutamente os direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão. Juiz esse que jamais se mantém neutro, pois o mesmo possui valores, deve ser imparcial, ou seja, estranho aos interesses das partes envolvidas em uma ação penal.

Nota-se, no presente momento, que o contato do juiz inicial já no início da investigação criminal, contaminando-se com as hipóteses acusatórias dos membros do Ministério Público e com as autoridades policiais. Só apenas no decorrer do processo, momento em que é comum já se encontrar convicto em relação à culpabilidade do acusado, conhece os argumentos defensivos da parte.

Portanto, o instituto do juiz de garantias indica que a autoridade de instruir e julgar a ação penal seja conduzida por um juiz alheio daquele que conduziu a investigação penal e colheita dos elementos de indícios indicados a fundamentar a denúncia do Ministério Público, deste modo que a divisão de funções, característica essencial do sistema acusatório, de concretize na fase pré-processual.

Por oportuno, cumpre ressaltar que através do Pacote Anticrime, o instituto do juiz das garantias é uma alternativa contemporânea, que garante maior imparcialidade do órgão julgador, tanto no aspecto objetivo e subjetivo, portanto, nota-se um elevado risco de seu comprometimento quando ao julgamento de mérito, tendo em vista o fato da sua participação nos atos investigatórios, por ocasião do exame de legitimidade da adoção de determinações que representam ruptura com os direitos fundamentais do investigado. Tal fato, sem margem para dúvida, nasce no subjetivo do juiz impressões preconcebidas incompatíveis com o distanciamento que deve nortear e sua conduta durante toda a investigação criminal e a imparcialidade necessária na prestação da atividade jurisdicional penal.

Isto posto, com a introdução do Juiz de Garantias é uma alternativa contemporânea, que consolida, em maior parte a sistemática do princípio do acusatório no Código de Processo Penal brasileiro, de modo que o todo o devido processo legal, princípio valioso à ordem constitucional, será resguardado. De fato, trata-se de uma recente metodologia de separação das atividades exercidas em uma persecução penal, que, apenas de mudar em partes a estrutura do Poder Judiciário, não deixa de ser importante para o ordenamento jurídico brasileiro.

Com a suspensão da eficácia dos artigos já mencionados, que certificam a figura do juiz de garantias, o ministro do STF, Luiz Fux, aduz que haverá maior despesas orçamentárias pelo Poder Judiciário, e que por isso deve ser averiguada a constitucionalidade dos artigos. O ministro alega que haverá também a redistribuição de recursos humanos e materiais em maior despesa, afetando outros órgãos e entidades de forma direta ou indiretamente, como o Ministério Público.

Entretanto, apesar de, de fato, alterar a estrutura, não elevará a despesa orçamentária, não podendo negar que o presente instituto carrega em si condições de desenvolvimento do sistema acusatório no Brasil, haja vista que é mais distanciamento do processo penal com características inquisitivas.

O Juiz das Garantias, não obstante não se trata de uma solução absoluta e definitiva para a todos os problemas relativos a imparcialidade, porém, fica nítido sua representação positiva para um progresso na consecução desse ideal.

Nesse sentido, como mecanismo projetado objetivando à redução dos danos ocasionados do arbítrio e da parcialidade do magistrado, representa inegável progresso no aperfeiçoamento do sistema da prestação jurisdicional, sendo inquestionável a conveniência de sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS:

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal, 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Penas alternativas, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Código Penal Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019. 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: 03/06/2020

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 20. Ed; São Paulo. Saraiva, 2013.

Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) Crítica à teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal. 4ª Edição Revista, 2013.

FOUCAULT, Michael. Vigiar e Punir. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 40 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

LOPES JR, Aury. Direito processual e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal 13ª Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2016.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal 15ª Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume I. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES Jr; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 5ª ed. Revista atual e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Marcus Vinicius Pimenta. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. Revista Brasileira de CiênciasCriminais, São Paulo, v. 111, n. 22, p. 227-260, dez./12. 2015.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 241-242.

---

**O DEBATE ENTRE O DELEGADO E O JUIZ:  
UMA ANÁLISE DO DEBATE ENTRE FABIANO  
CONTARATO E SERGIO MORO A LUZ DAS TRADIÇÕES  
JURÍDICAS BRASILEIRAS**

Milena Dalla Bernardina<sup>1</sup>  
Carlos Albano V. de Castilho<sup>2</sup>  
Cassandro Albino Devenz<sup>3</sup>  
Laura Maria Bertoti<sup>4</sup>  
Igor Muzeca<sup>5</sup>

**RESUMO**

Este artigo visa realizar uma análise do debate ocorrido na Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal. Os dois atores envolvidos na celeuma foram: Fabiano Contarato, atualmente Senador da República eex-delegado de polícia civil, e Sergio Moro, hoje Ministro da Justiça e Segurança Pública e ex-Juiz de Direito Da Esfera Federal.

Palavras Chaves: Tradições, Jurídicas, Legislação, Aplicabilidade, Imparcialidade

**ABSTRACT**

This article aims to conduct an analysis of the debate in the Constitution and Justice Committee in the Federal Senate. The two actors involved in the stir were: Fabiano Contarato, currently Senator of the Republic, former delegate of civil Police and Sergio Moro, now Minister of Justice and Public security, former judge of law in the Federal sphere.

Key words: Traditions, legal, legislation, applicability, impartiality

---

<sup>1</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>3</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>4</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>5</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

## INTRODUÇÃO

Até que ponto a ilegalidade e o legalismo se inserem dentro da prática cotidiana dos tribunais e auxiliam os magistrados na formulação do livre convencimento motivado? No dia 19 de junho de 2019, ocorreu um convite para que o Ministro da Justiça, Sérgio Moro, comparecesse à Comissão de Constituição e Justiça para prestar esclarecimentos em relação às denúncias sobre ele veiculadas no site The Intercept em relação à forma como se deu o relacionamento entre os Promotores de Justiça e o Magistrado durante a instrução penal, que resultou na prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (O Povo, 2019, site). Neste dia, chamou-me atenção o debate travado entre o Senador Fabiano Contarato e referido Ministro acerca das práticas cotidianas no interior dos tribunais. Como Moro, Fabiano também foi professor ministrando aulas de direito penal e processo penal nas universidades do estado que representa. A resposta fornecida pelo Ministro fugiu de certa forma ao legalismo arguido pelo Senador. O ex-magistrado tentou desconstruir a fala do ex-delegado, através de um suposto, ou não apoio à operação. Com base nesta discussão, analisarei estas falas a luz de conhecimento produzidos pelos pesquisadores do Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos que debruçaram suas pesquisas em relação às práticas jurídicas vivenciadas diariamente no interior dos tribunais.

### 1. A FALA DO SENADOR, UM EX-DELEGADO

Durante a apuração dos fatos na Comissão de Constituição e Justiça, Fabiano Contarato fez o seguinte comentário e pergunta à Sérgio Moro:

“Sabemos da importância da operação Lava Jato, que foi um divisor de águas no Brasil, mas tenho que fazer considerações que reputo de extrema importância. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no art. 10 é clara. Que todo ser humano deve ser julgado por um tribunal independente e imparcial. O código de Processo Penal também fala, no artigo 254, que o juiz dar-se-á por suspeito se tiver aconselhado qualquer das partes. É elementar que o magistrado deve estar acessível a qualquer das partes de igual modo, deve atuar de modo equidistante. A lei da Magistratura também diz que o Magistrado Imparcial é aquele que busca nas provas as verdades dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo-se ao longo de todo o processo, uma distância equivalente das partes. Eu não estou entrando no mérito do diálogo. Mas, contra fatos não há argumento. Houve, segundo o que foi veiculado, várias mensagens, entre o magistrado e o titular da ação penal, que é o Ministério Público, que tem interesse na condenação. Os fins justificam os meios? Fui delegado por 27 anos. Eu fico imaginando se fosse eu, delegado de polícia, se mantivesse contato por WhatsApp com advogado do indiciado que instaurarei o inquérito, e se isso chegasse ao conhecimento do titular da Ação Penal, e do Poder Judiciário. Eu acho que eu sairia preso. Diante disso a pergunta é: o projeto inicial das dez medidas contra a corrupção previa a possibilidade de uso de provas ilegais, desde que obtidas de boa-fé. O senhor mantém essa opinião?” (Devens, 2019, pág.17).

Na introdução à pergunta Fabiano faz uma reflexão sobre a legislação vigente em nosso país. Ele não questiona o conteúdo da conversa entre o Ministério Público e Juiz naquele processo. Apenas, ressalta que se essa troca de mensagens ocorreu, da forma como ocorreu, estávamos diante da lesão aos artigos 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; ao artigo 254 do Código de Processo Penal e a Lei Orgânica da Magistratura, que em seu art. 35, inciso IV que menciona uma das funções do magistrado:

“tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência (Brasil, 1979, art. 35, inciso IV)”.

Todavia, quando se trata de conceitos como imparcialidade, equidistância entre as partes e tratamento isonômico entre advogado e Ministério Público esbarremos em questões culturais presentes no interior do Poder Judiciário, que precisam ser salientadas. Cabe destacar, que o Senador Fabiano Contarato as desconsiderou em sua fala, apresentando uma observação fria da lei aplicada ao caso. Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca em sua tese de Doutorado intitulada “Dilemas da Decisão Judicial: As Representações dos Juizes Brasileiros Sobre o Princípio do Livre Convencimento Motivado”, que deu origem ao livro “Do Princípio do Livre Convencimento Motivado: Legislação, Doutrina e Interpretação dos Juizes Brasileiros”, faz uma análise interessante sobre esta suposta falta de hierarquia entre juizes, promotores e advogados, a qual utilizei para demonstrar a existência desta hierarquia no interior dos fóruns e tribunais:

No ápice dessa pirâmide estão os juizes, que tem o poder de aplicar e interpretar a lei detendo o poder de descobrir a verdade real presente no interior dos autos, abaixo deles estão os promotores de justiça que se intitulam como defensores da sociedade e do interesse público, a seguir estão os defensores públicos, logo abaixo os procuradores ligados ao direito público, principalmente dos municípios e estados. Não podemos esquecer dos serventuários de justiça grupo composto pelos servidores concursados com os oficiais de justiça, assistentes técnicos e assessores dos magistrados. No penúltimo patamar hierárquico estão os advogados, esse nicho profissional possui uma organização hierárquica própria, quanto mais conhecido, ou quanto mais próximo aos órgãos representativos, mais facilmente os processos caminharão dentro das repartições públicas. No último patamar estão os bacharéis em direito e os estagiários (Dalla Bernardina; Fonseca, apud Mendes, 2019, pág. 218).

Ao final da sua fala, o ex-delegado de polícia chega a mencionar que se tivessem conversas com o advogado do indiciado poderia sair preso de sua delegacia. Talvez, porque não tivesse consciência da hierarquia existente dentro do judiciário, apesar dela estar presente na realidade. Porém, ela é constantemente desconsiderada diante da legislação vigente, que frisa em destacar que existe um tratamento igualitário entre o juiz, promotor e advogado. Cito aqui o art. 6º do Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil, que prevê: “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com

consideração e respeito recíprocos” (Brasil, 1994, art.6º). Fato este não observado na prática cotidiana. A simples análise da disposição das cadeiras em uma sala de audiência demonstra a aplicação das ideias aqui apresentadas:

Certa feita ao comentar com um promotor de justiça, ele me disse que era comum pessoas identifica-lo como auxiliar do magistrado. Ora, não seria o Ministério Público um órgão independente? Por que este deveria sentar ao lado direito do juiz? A resposta é simples, a hierarquia existe, ela é institucionalizada, porém ela não é descrita, analisada e ensinada(-Dalla Bernardina; Fonseca, apud Mendes, 2019, pág. 221).

O debate entre Contarato e Moro ratifica esta divergência existente na prática cotidiana no interior dos tribunais. Se nos prendemos apenas ao ensinamento da legislação vigente, assim como fez o Senador da República, deixamos de observar práticas seculares de hierarquização de tratamento, presente no interior da sociedade brasileira, que incidem diretamente na administração da justiça em nosso país. Quando realizamos uma observação das práticas cotidianas dos tribunais percebemos a aplicação deste tratamento hierarquizado, lembro das observações realizadas por Roberto Damatta do “jeitinho brasileiro (Da Matta, 1986, Pág. 84)” ou “você sabe com quem está falando? (Da Matta, 1986, 84)”. Acreditar que esta hierarquização presente na sociedade brasileira, não influenciará na aplicação das normas no interior do Poder Judiciário é uma falácia. Ou seja, esta hierarquização das relações sociais também será um vetor que influenciará na imparcialidade do magistrado. Barbara Gomes Lupetti Baptista (ano xxxx) escreveu a sua tese de Doutorado, que resultou no livro intitulado de “Paradoxos e Ambiguidades e Da Imparcialidade Judicial: Entre Quereres e Poderes”, nesta obra ela relata exatamente esta ambiguidade explicitada pelo Fabiano Contarato. Diante da normatização vigente o que o Moro podia fazer? O que efetivamente ele realizou? Barbara (seria Baptista não?) se inseriu no campo, entrevistou magistrados e advogados das mais variadas áreas, um desses atores sociais assim se manifestou: “Conhecer o juiz é fundamental.” Eu perguntei: “Por quê?”. Ele respondeu: “Porque você já sabe o que vai acontecer. Já fica preparado”. E finalizou: “em terra de cego quem tem um olho é rei” (Baptista, 2013, pág. 194). Nestamesma página a autora ainda explica: “Em um sistema onde “quem diz o que a lei diz é o juiz”, é de bom grado conhecê-lo. E, melhor ainda, conhecê-lo bem (Baptista, 2013, pág. 194).

Se é o juiz que diz o direito, com base no que chamamos de Princípio do Livre Convencimento Motivado é preciso compreendê-lo e principalmente entender como ele se aplica na prática. Regina Lúcia Mendes Da Fonseca o descreve como se apresenta na teoria:

O princípio do livre convencimento motivado do juiz, segundo a lei e a doutrina, refere-se à possibilidade que o julgador tem de apreciar o conjunto de provas relativas aos fatos que servem como fundamento da pretensão deduzida em juízo, sem que haja valores predeterminados por lei para os meios de prova utilizados. Dito de outra forma, o princípio em questão permite apreciar o conjunto probatório levado ao seu conhecimento e formar diante dele, livre de prévia valoração legal, um juízo a respeito dos fatos que fundamentam o pedido ou a resistência a ele (Fonseca, 2008, Pág.37).

Ela transcreve dois depoimentos em sua pesquisa, que merecem destaque, para compreender como no cotidiano judicial esta liberdade de se auto convencer é utilizada. Achei importante mencioná-los:

É curioso essa questão do livre convencimento. Curiosamente, coincidentemente, ontem eu conversava com a defensora pública que saiu daqui agora, porque eu coloquei uma moeda na mão e disse: Agora eu estou decidindo assim, se cair cara eu condeno, se cair coroa, eu absolvo! Brincando com ela! Ai a conversa continuou e ela me perguntou: “Como é que faz? Como é que você faz as suas conclusões? Eu faço o seguinte exercício: eu vejo o que eu quero dar, vejo como eu quero prover e adequo à lei. A lei entra em um momento posterior pra mim. Quando eu formo, eu formo primeiro o meu convencimento, esqueço todo o resto. O que é justo para mim naquele momento, é o que vale é o que me parece justo. (Fonseca, 2008, Pág.87)(Grifo Meu)

O princípio da livre convicção do juiz traz, ao mesmo tempo, uma liberdade e uma responsabilidade. A liberdade de decidir como eu achar melhor e a responsabilidade de decidir bem. Tirando os casos mais banais que ficam resolvidos com fórmula simples de se A é, então B é, o princípio do livre convencimento é fundamental. Ele serve para casos os quais há várias soluções possíveis. Trata-se de um exercício de auto-conhecimento do juiz. O juiz pode pelo livre convencimento, escolher a solução que achar melhor e esta escolha é feita por várias motivações internas culturais e pessoais do juiz. Depois que decido qual a melhor solução para o caso, vou a lei e ao processo buscar a fundamentação razoável. Tirando os casos mais óbvios, eu decido primeiro e depois vou buscar decisão para a fundamentação (J3). (Fonseca, 2008, Pág.87)(Grifo Meu)

Reparem, nas duas respostas uma informação comum aparece, a de que primeiro o juiz faz o seu julgamento de valor, depois busca fundamentos jurídicos na normatização vigente, para justificar o que ele alegou. No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro existe outra questão cultural importante, que precisa ser aqui identificada, é a lógica do contraditório. Ela está inserida nos debates a serem feitos durante a argumentação baseada na fundamentação jurídica realizada entre os advogados e promotores, em seu trabalho cotidiano no interior das comarcas. Assim Rafael Iório e Fernanda Duarte definem esse costume:

A lógica do contraditório que discutimos neste texto é uma categoria teórica estruturante do habitus do campo jurídico brasileiro e, portanto, modela a formação dos raciocínios e práticas da cultura jurídica no Brasil. Consiste em várias interpretações dadas as normas existentes, que podem até se contradizer (Iório; Duarte, 2019, site) .

Os atores no campo escolhem a interpretação que melhor atende seus interesses, seja acusação ou defesa, para interferir no livre convencimento motivado do magistrado (Iório; Duarte, 2019, site). Este por sua vez, fará o seguinte exercício: analisará o caso, formará sua íntima convicção com base nos seus valores e suas moralidades, julgará com base nisto. Por fim, para fundamentar seu posicionamento, buscará nas interpretações da normatização vigente, o argumento que mais se encaixa com seu jul-

gamento sua íntima convicção. Assim os autores acima esclarecem:

Ao se aferir o saber jurídico dos atores do campo, não são as questões consensualizadas – portadoras de sentidos compartilhados – que são valorizadas, mas qualifica-se exatamente o domínio intelectual das divergências, dos posicionamentos – enfim, das controvérsias. (Iório; Duarte, 2019, site)

Na verdade, não existe um consenso sobre a aplicação da norma, o que certa forma amplia os poderes dos magistrados no momento de proferirem suas sentenças. Marco Aurélio Gonçalves Ferreira fez uma pesquisa empírica comparando através das diferenças duas culturas jurídicas completamente distintas, que seriam a Brasileira e a Canadense. Esta pesquisa resultou na sua tese de doutorado, que mais tarde deu origem ao livro “A Presunção da Inocência e a Construção da Verdade: Contrastes e Confrontos em Perspectiva Comparada (Brasil e Canadá)”. Nesta obra, ele destaca como é feita a produção probatória no Canadá, e a compara com a forma que é realizada no Brasil:

Durante a pesquisa realizada no Canadá causou-me um grande estranhamento perceber que contrariamente ao Direito brasileiro, no modelo adversário anglo americano, a lógica que rege a produção da prova é a verdade consensual. Deve haver consenso entre as partes sobre o que deverá ser considerado prova (evidence, proof.) e se esses elementos farão ou não parte do procedimento. Consensualização apresenta-se como importante ponto de partida comum para a argumentação. Com efeito o objeto do dissenso recairá sobre a credibilidade das provas e por conseguinte, os graus de certeza construídos pela argumentação é que determinaram o resultado da demanda. O padrão da prova exigido a acusação (beyond reasonable doubt) é justificado pelo sistema anglo americano como essencial para a manutenção da presunção da inocência (Ferreira, 2013, XXVII).

No Brasil, o consenso entre as partes não é estimulado, inclusive quando pensamos na lógica do contraditório, percebemos a reprodução do dissenso. Como dissemos anteriormente, as reproduções das relações hierárquicas presentes no interior da sociedade também estarão presentes nas práticas judiciais. Ou seja, na representação da desconstrução argumentativa. Ferreira ainda esclarece: “O Campo jurídico como uma cultura reflete os paradigmas da sociedade ao qual pertence, assim, o plano intelectual do Direito Brasileiro é também o espaço que reproduz a hierarquização da desigualdade entre indivíduos ...” (Ferreira, 2013, pag. 08). Como no Brasil o que prevalece é o dissenso sobre as interpretações fornecidas às legislações vigentes, e não o consenso sobre a sua aplicação, então nasce o que o autor chama de supervalorização do argumento de autoridade, e assim explica:

(...) Em razão da influência deste modelo de estrutura de pensamento, próprio do modelo religioso católico, sobre o Direito brasileiro, constata-se como comum na doutrina nacional a supervalorização do argumento de autoridade, em detrimento do exercício de construção da verdade através da argumentação. Prevalece assim o “argumento de autoridade” em “detrimento da autoridade dos argumentos” (Ferreira, 2013, pag. 06).

O Senador, Fabiano Contarato, desconsiderou todas estas práticas cotidianas presentes no interior dos tribunais, que refletem a cultura jurídica brasileira, e apresentou uma aplicação fria da norma ao caso concreto. Desta forma, seus argumentos foram confrontados através destas tradições que giram ao redor das práticas cotidianas dos tribunais.

## 2. A ARGUMENTAÇÃO UTILIZADA PELO MINISTRO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Em seguida é aberto tempo ao Ministro Sergio Moro para que o mesmo apresente sua resposta à pergunta formulada pelo Senador:

Pelo o que entendi da sua fala, o senhor defende a anulação de tudo então? Todas as condenações, todas as denúncias, de devolver o dinheiro para o Renato Duque, Paulo Roberto Costa, entendi dessa forma?. Fica em defesa da lava jato um tanto quanto peculiar que tudo deveria ter sido anulado. *O senhor que é da prática jurídica sabe que são normais conversas entre juizes, procuradores, policiais e advogados.* (Devens, 2019, pág.17) (Grifo Nosso).

Notem, em momento algum Sérgio Moro se utiliza de artigos de leis, tratados internacionais ou doutrina para fundamentar sua atuação, simplesmente porque tal atuação não tem fundamentação legal. Todavia, como as pesquisas jurídicas e antropológicas comprovam, ele não está errado ao afirmar que na prática jurídica essas conversas são absolutamente corriqueiras.

Como demonstrou Regina Teixeira na sua tese de doutorado ao descrever a falta de isonomia no tratamento entre os atores sociais que atuam no espaço jurídico em questão, muito pelo contrário, ela claramente relata como se dá esta pirâmide hierárquica que existe dentro dos fóruns e tribunais. Bárbara Gomes Luppetti Batista também relata em sua tese os eventos como encontros entre advogados, promotores e juizes e relaciona isto a efetiva imparcialidade do Magistrado. Um dos depoimentos fornecidos pelos interlocutores é muito esclarecedor sobre o tema:

“ Se você for perceber, e óbvio que existem inúmeros advogados – não só ex-magistrados que se aposentaram – mas vários advogados – mas vários advogados conhecidos, militantes, atuantes, que são amigos... amigos mesmo. Saem para almoçar juntos e vão conhecendo uns, e outros e mais outros ... os filhos são amigos, saem juntos, frequentam as casas um do outro... então, você vai encontrar no fórum, muitos advogados, independentemente da origem, que pelo grau de conhecimento e de amizade que eles fizeram com magistrados, eles têm uma certa facilidade no acesso, eu diria. Isto tem mesmo. Agora, isso interfere com a imparcialidade? Na minha opinião, não. Ou pelo menos, não quanto se imagina. Porque o fato de você ter acesso a uma pessoa vá agir para te agradar ou pra te prejudicar. Ela vai receber muito bem. Isso eu falo com conhecimento de causa, até porque eu já recebi muitas pessoas amigas em meu gabinete, quando eu atuava, amigos de infância e os recebia muito bem... as vezes eles tinham processos lá... não eram

processos deles, em que eles eram partes interessadas, porque se fosse eu daria por impedido. Mas, processos em que eles eram advogados. **Então eu recebia muito bem, fazia festa e tal, mostrava o processo, dava toda a liberdade de mostrarem os argumentos, discutia os argumentos, mas nada disso chegava a me influenciar na hora de julgar. E muitas vezes eu era obrigado a dizer aos meus amigos: ih rapaz, olha, aquela questão eu acho que você não tem razão não. Isso dava alguma vantagem a eles, porque eu dizia: ‘ó, é melhor ir lá sustentar’.** Mas, se outro advogado me procurasse, eu também receberia, do mesmo jeito. Sei de colegas que não recebem ... eu sei que existe isso. Mas eu recebi vários que nunca vi na minha vida. Chegava lá eu discutia e debatia... a vantagem dos outros é que aquele que te conhece vai e os outros, as vezes se sentem receosos e nem te procuram ... quem te conhece, vai lá. Os outros, ficam temerosos de te procurar ... mas, isso pode gerar até um certo constrangimento.” (Baptista, 2013, p.226) (Grifo Nosso).

Essa pesquisadora escreveu seu livro em 2013. Muito antes do TheIntercept divulgar os dados supostamente trocados entre o juiz Sergio Moro e os promotores de justiça. Na verdade, essa é uma prática cultural presente na realidade jurídica brasileira. Na sua resposta, o Ministro da Justiça e Segurança Pública relata exatamente isso. Ela ainda esclarece: “Ter intimidade não afeta o processo, não afeta o processo, mas a visibilidade dessa intimidade sim, porque desperta desconfiança (Baptista, 2013, p.197)”. Não foi sem justificativa plausível, que o Ministério Público apagou todas as mensagens trocadas, assim que soube que ocorreu a invasão dos seus respectivos celulares (Araújo, 2019, site). Na verdade, o que eles tentaram evitar foi visibilidade da intimidade, justamente para não causar a desconfiança que se instaurou em relação à operação. Ela ainda ensina: “A percepção da imparcialidade como crença exige que a aparência da imparcialidade seja reproduzida, independentemente de olhar sobre o mundo real fornecer outros indicativos(Baptista, 2013, p.190)”. Portanto, o Princípio do Livre Convencimento Motivado vai ser um instrumento para evitar a visibilidade da intimidade e ratificar uma suposta imparcialidade, que na prática, não se aplica.

Todavia, expor estas práticas jurídicas culturais, leva a uma desconfiança do sistema. Elas por sua vez entram em choque com ideias relacionadas ao Estado Democrático de Direito, isonomia, devido processo legal e paridade de armas, fundamentos estes ligados princípios republicanos, previstos na Carta Constitucional. Sobre a relação entre essa cultura forense e as ideias ligadas às concepções republicanas de governo o cientista político, Christian Eduard Cyril Lynch faz uma colocação muito oportuna que merece aqui o devido destaque:

Em quase todos os casos, sempre que se arguia o incidente de suspeição, a tendência era a do juiz negar o incidente. Era algo percebido como desonroso, duvidar da imparcialidade. O ápice da cara de pau, porém, nessa matéria, foi ver um presidente de câmara não se dar por impedido para julgar recurso de colega da mesma câmara (que no apelo figurava como parte!). Os dois saíam uma vez por semana com uma ex-secretária da câmara para tomar seus drinques num restaurante-bar da Avenida Atlântica. Magistrados só se davam por suspeitos quando a ação envolvia alguma faculdade onde trabalhavam, ou parentes. Ou quando não queriam trabalhar. Isso é como as coisas são, do fórum de Macaé ao STF. É COMUM. Mas se é NORMAL, são outros quinhentos. **Pes-**

soalmente, acho que essa promiscuidade é própria de uma sociedade elitista, de corporações de instintos ainda aristocráticos e habituados a trabalhar no segredo e não ter que dar contas a ninguém. Em uma sociedade democrática e republicana, é preciso levar a lei ao pé da letra e moralizar publicamente o comportamento dos magistrados. Mas, como eu disse numa entrevista outro dia (Revista Época), a maioria desses caras acha normal e que é capaz de separar em sua na cabeça uma coisa da outra: assim funciona nossa “cultura forense”... O resultado é que o que caracteriza a imparcialidade e, por conseguinte, a suspeição, fica inteiramente nas mãos da subjetividade de cada magistrado. (Lynch, 2019, site)(grifo nosso).

Barbara Lupetti também explicita em seu trabalho a dificuldade encontrada pelos advogados em utilizar as arguições de suspeição, elas “(...) são representadas, pelos magistrados, como sendo expedientes manipulados com fins escusos por advogados de “má-fé”, o que motiva a sua pouca receptividade e acolhimento nos tribunais (Baptista, 2013, p. 158) ...”. Assim ela transcreve uma entrevista feita com um advogado que expõe a problemática:

Não é verdade que usamos esses incidentes sem compromisso. Eu conheço sim um advogado que faz isso. Mas isso é tão raro, que ele é até conhecido no tribunal. E fica muito queimado. Ninguém respeita e, eu já disse a ele: ‘o dia que tiver razão, não vai ter êxito, porque você já está totalmente desacreditado’. Ninguém nem lê mais as petições dele, porque é tudo tão abstrato’, sem prova, que desqualificam o que ele faz. Ele diz nas arguições coisas assim, que o ‘o juiz é elitista, é conservador’. Aí não dá. Você tem que buscar fatos no processo para fazer a arguição. Eu acho que não é para você ficar usando de qualquer forma maneira, não dá. Mas é para usar em casos que você tem obrigação. A gente tem obrigação. É nosso dever arguir a suspeição quando percebemos que nosso assistido está sendo prejudicado (Baptista, 2013, p. 160)\*.

Estas informações não são amplamente difundidas, pois esses instrumentos previstos no Código de Processo Civil têm a função de fornecer um suposto controle sobre a parcialidade do magistrado, como a autora da obra acima mencionada destaca: “Para o público externo, parece que o sistema tem mecanismos sérios e legítimos de controle da parcialidade judicial, estando, tais incidentes, previstos na legislação e disponibilizados ao jurisdicionado. Por outro lado, é recomendável que não sejam utilizados (Baptista, 2013, p. 164) ...”.

Portanto, essa aparência de imparcialidade é necessária para manter um suposto respeito a princípios republicanos como salienta Lynch. Mas, ela está muito mais relacionada com uma sociedade aristocrática, onde quem está mais próximo do juiz, consequentemente será melhor tratado, terá uma série de privilégios e consequentemente, poderá trocar mensagens com o magistrado pelo celular.

O site *The Intercept* apenas deu publicidade a uma cultura que permeia a prática forense. Ele deu publicidade aquilo que era sabido, concebido como uma coisa corriqueira, por isto não compreendido pelo juiz Sergio Moro como uma coisa anormal. Todavia, afronta os princípios basilares e constitucionais. Estas informações não estão disponíveis de forma ampla, na medida que todos podem ter acesso, até porque causaria

um desconforto muito grande, haja vista que algumas práticas judiciais se contrapõem claramente a um tratamento isonômico do cidadão perante a justiça brasileira. Roberto Kant de Lima, advogado e antropólogo, estudioso das práticas cotidianas dos tribunais brasileiros fez uma pesquisa empírica em que comparou a justiça estadunidense com a brasileira, diante disso formulou dois esquemas gráficos. Um em formato de paralelepípedo, que seria a representação da cultura jurídica norte americana, haja vista que as informações estão amplamente disponíveis; o outro seria a pirâmide que retrataria a cultura jurídica brasileira (Lima, 2001, p. 11-16), que se apresenta da seguinte forma:

“Quem está no topo, no vértice, é o único que tudo vê, a perspectiva é a verdadeira, pois os demais elementos têm visões parciais do conjunto, tanto mais distorcidas quanto mais próximas da base se encontrem. Só vale a pena saber aquilo que poucos sabem, pois só assim tenho garantia de obter efeitos confiáveis; a informação a que todos têm acesso de nada vale.”(Lima, 2001, p. 11-16).

Tal prática compreendida como coisa corriqueira pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, e ao ser confrontada com a cultura estadunidense pelo jornalista Greewald, causou um profundo estranhamento, haja vista falta de publicidade dessas relações hierárquicas. Assim ele esclarece perante a Comissão de Direitos Humanos da Câmara: “Nos Estados Unidos (a colaboração secreta entre juiz e procurador) é impensável. Se um juiz fizesse uma única vez lá o que Sergio Moro fez aqui durante cinco anos ele perderia o cargo e seria proibido de advogar” (Carvalho de, 2019, site).

Não se trata aqui de realizar juízos de valor entre a nossa cultura jurídica e a norte americana, mas utilizar a oportunidade para refletir sobre as práticas inseridas nos processos, em que ocorrem a aplicação das diretrizes normativas estabelecidas pelo parlamento. Ao invés de realizar este exercício de autoconhecimento, 271 juízes federais assinaram uma moção de apoio ao Ministro Sérgio Moro, em que se estabelece a seguinte informação:

Revelam ainda o diálogo interinstitucional republicano rotineiro em todos os fóruns do País, em relação ao qual magistrados, membros do Ministério Público, das Forças Policiais e membros da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB estabelecem comunicação, muitas vezes verbal, mas também por aplicativos, de forma a resolver dúvidas, esclarecer procedimentos e impedir procrastinação e nulidades”, dizem. (Macedo, 2019, site).

A questão é que este tratamento corriqueiro não é isonômico. Volto aos ensinamentos de Roberto Da Matta, quando explicita o significado da expressão “sabe com quem está falando?”, quanto mais próximo aos cargos públicos, mais privilégios existirão. Todavia, a concessão de privilégios está muito mais próxima de uma concepção aristocrática de governo, do que republicana. Portanto, ao se manifestarem à favor de Sergio Mouro, a Magistratura Federal luta para manter essas tradições aristocráticas que permeiam as práticas judiciárias as quais está inserida.

O Ministro ao defender sua atuação em momento algum insere as práticas que utilizou dentro da legislação vigente, muito pelo contrário, se utiliza de uma arma poderosa ao seu favor, a opinião pública. Ele apresenta os dados da operação, como a

apreensão de políticos, devolução de valores e defesa ou não da operação. Na verdade, como os duzentos e setenta e um magistrados, em momento algum faz uma autocrítica de sua atuação, simplesmente a defende como uma prática cotidiana presente no interior dos tribunais.

### 3. A RÉPLICA E TRÉPLICA, O DEBATE CONTINUA

Ao perceber que o Ministro de Justiça e Segurança Pública questionava seu posicionamento sobre a operação, o Senador esclarece:

**“Com todo o respeito, excelência, vossa excelência está colocando palavras na minha boca. Eu, em nenhum momento, estou defendendo a anulação ou a absolvição. Eu não estou falando isso.** O que eu estou questionando, é que houve a quebra do princípio da imparcialidade, de quando o juiz que tem que ser imparcial, mantém contato, por inúmeras vezes, com aquele que tem interesse 100% em uma eventual sentença condenatória transitada em julgado”, disse Contarato (Redação Folha Vitória, 2019, site). (Grifo Nosso)

Em entrevista pelo telefone ao jornal “El País”, ele destaca a prática utilizada pelo Ministro, para rebater a análise por ele realizada:

Professor de direito, advogado e delegado por mais de 20 anos, o senador capixaba se muniu de argumentos também repetidos por especialistas e por parte do mundo jurídico para embasar seus questionamentos ao ministro da Justiça. “Eu questionei se Moro feriu o princípio da isonomia. Não entro no mérito do conteúdo, mas estou falando de um juiz que tem como premissa ser imparcial, que tem que manter distância e um tratamento isonômico”, disse o senador, por telefone, ao EL PAÍS. **“Agora, estão querendo, como uma forma de blindar o comportamento ético do juiz, jogar para a opinião pública a ideia de que quem faz qualquer crítica ao juiz, é contra a Lava Jato”** (Rossi, 2019, site).

O título da reportagem acima mencionada trás a seguinte informação: “Sergio Moro usa a População Para Justificar as Violações”. Ora, existem duas estratégias do Ministro ao responder o Senador, uma está ligada a defesa da operação e a outra proteção às práticas judiciárias aristocráticas presentes no interior do cotidiano dos tribunais. Como o próprio ex-delegado de Polícia Civil adverte nesta mesma entrevista ao site El País:

Ao EL PAÍS, Contarato rejeita a ideia de que haja no meio jurídico essa dualidade. “Se eu te perguntar o que é motivo fútil, para você pode ser uma coisa, para mim, outra”, diz. “Mas a suspeição, o contato direto via telefone ou aplicativo, mantendo contato com o titular da ação penal, sugerindo que os procuradores têm que se preparar, indicando testemunhas? Quem não concordar que houve quebra do princípio da imparcialidade, com todo respeito, tem desconhecimento do Código Penal”. De acordo com ele, o juiz deve estar acessível às diferentes partes do processo de igual modo. “E isso não foi feito. Isso não é dúvida, não é controverso, não tem dúvida” (Rossi, 2019, site).

Não é dubio perante a legislação vigente, todavia, a prática cotidiana que se apresenta no interior da sociedade é outra. A construção da verdade no interior do processo penal está muito mais próxima de um sistema inquisitorial do que republicano, como assegura Marco Aurélio Gonçalves Ferreira em seu livro: “A inquisitorialidade do sistema brasileiro é o que possibilita ao juiz deter poderes de instrução, portanto este é o detentor do saber e do Poder de determinar a verdade processual” (Ferreira, 2013, p.43). O que fomenta essa inquisitorialidade é o fato do juiz poder perseguir a verdade real, princípio este vigente dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme o mesmo autor destaca: “O princípio da busca da verdade real atribui, ao mesmo juiz que julga a demanda, poderes de investigação, onde o processo representa o direito do Estado em instaurar a ação penal contra o cidadão, tendo este o dever de provar sua não culpa”. Apesar da Constituição Federal assegurar a presunção da inocência, na prática ela não se aplica, como Ferreira explica:

(...) Todavia, de forma contrária no sistema brasileiro, o ônus da prova recai também sobre o indivíduo acusado, vez que o processo judicial se instaura com elementos decorrentes de uma investigação secreta, geralmente baseada no inquérito policial sem as garantias de defesa. A instauração formal do processo criminal brasileiro pressupõe a presunção de veracidade da acusação, o que leva o acusado no primeiro ato de defesa, em defesa preliminar ter que indicar provas de sua inocência (Ferreira, 2013, p.32).

Para finalizar o debate, o presidente da comissão abre prazo para Sergio Moro apresentar sua argumentação final. Atenção a fala do Ministro só ratifica tudo o que foi mencionado até aqui. O Jornal El País, vai além, faz uma análise da linguagem corporal do então ex-magistrado:

***Visivelmente incomodado, Moro curvou os ombros para dentro, ficou de lado na cadeira e recuou:*** “Não sei se compreendi de maneira equivocada suas palavras, mas não houve nenhuma quebra [do princípio da imparcialidade]. É comum a conversa entre juizes, procuradores, policiais e advogados”. O ex-juiz da Lava Jato menciona então textos publicados pela imprensa feitos por outros juristas que defendem como normal esse comportamento. Uma parte do Ministério Público se mostra também pronto a defendê-lo, dizendo que é natural que o juiz de instrução (o que dá as autorizações de cada etapa a investigação, como por exemplo, quebra de sigilo ou operações policiais) tenham contato com os procuradores —ainda que não para dar conselhos ou discutir politicamente o caso. (Rossi, 2019, site).

## CONCLUSÃO

Existe um eixo central entre a discussão de Fabiano Contarato e Sergio Moro, que gira ao redor do legalismo versus a prática jurídica cotidiana no interior dos tribunais. Não podemos dizer que nem um dos dois estão errados, pois efetivamente os dispositivos normativos mencionados pelo Senador estão de acordo com a legislação vigente. Todavia, os atos tidos como “normais” dentro do poder judiciário também são

reais e aplicáveis diariamente no cotidiano da prática forense. Agora, não é possível afirmar estes costumes identificados pelas pesquisas empíricas aqui mencionadas estão de acordo com os princípios republicanos e democráticos. Fato é, estão muito mais próximos a um sistema aristocrático de concessão de privilégios do que...um Estado Livre de Direito.

## BIBLIOGRAFIA

A gazeta; Devens, Natália. Senadores Capixabas Fazem Perguntas para o Ministro. Vitória: 20 de junho de 2019; pág. 17.

Araujo, Henrique. Lava Jato diz que Mensagens de Moro Foram Excluídas e Histórico, Apagado.

Baptista, Bárbara Gomes Lupetti. Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: Entre querer e poderes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

Brasil, Presidência da República. Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil.

Brasil; Presidência da República. Lei Orgânica da Magistratura.

Carvalho de, Jailton. Nos Estados Unidos Moro Seria Afastado da Magistratura e Seria Proibido de Advogar.Oglobo. Publicado em 25 de junho de 2019.

DA MATTA, Roberto. O que faz do brasil. Brasil?. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

Dalla Bernardina, Milena. Zeferino de Oliveira, Letícia. A Aplicabilidade Prática do Princípio da Cooperação Previsto no Art. 6º Do Novo Código de Processo Civil.

Fonseca, Regina Lúcia Teixeira Mendes. Dilemas da Decisão Judicial. As Representações De Juizes Brasileiros Sobre o Princípio do Livre Convencimento Motivado. Rio de Janeiro: UGF, 2008.

Iório Filho, Rafael Mário; Duarte, Fernanda. A Lógica do Contraditório: Ainda somos medievais.

LIMA, Roberto Kant de..Administração de Conflitos, Espaço Público e Cidadania: Uma Perspectiva Comparada.Civitas – Revista de Ciências Sociais. Rio Grande do Sul, ano 1, nº2, p. 11-16, dez/2001.

Lynch, Christian Eduard Cyril. Vaza Jato e a Cultura Forense: Um Testemunho. Brasil 247.

Macedo, Fausto. Estadão. Apoio a Hackeado Moro Mobiliza Mais de 270 Juizes em

---

Todo País.

O povo, Redação do Povo Online. Veja integra da Conversa entre Moro e Dallagnol que Embasaram Reportagens do The Intercept.

Rossi, Marina. El País. “Sergio Moro usa a População Para Justificar as Violações”.

Ferreira, Marco Aurélio Gonçalves. Presunção da Inocência e a Construção da Verdade: Contrastes e Confrontos em Perspectiva Comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

## APLICABILIDADE DO CDC FRENTE AS CLÁUSULAS ABUSIVAS DOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO

Darlan Nardi<sup>1</sup>  
Carlos Albano Volkmer de Castilho<sup>2</sup>  
Dagmar Dengo<sup>3</sup>  
Flavia Sanna Leal Meirelles<sup>4</sup>

### RESUMO

Bancos são instituições financeiras públicas ou privadas, que tem como atividade principal ou acessória (cumulativamente ou não), a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou tem a custódia, emissão, distribuição, negociação ou administração de valores mobiliários de terceiros. A atividade bancária abrange um montante considerável de operações econômicas, que estão ligadas à concessão, circulação ou administração do crédito. Toda atividade bancária depende de expressa autorização governamental. O órgão responsável em expedir esta autorização e a fiscalização bancária oficial ou privada é o Banco Central do Brasil, que é uma autarquia da União, que integra o Sistema Financeiro Nacional, sendo este o responsável em emitir a moeda, executar os serviços do meio circulante, controlar o capital estrangeiro e realizar as operações de redesconto e empréstimo para as instituições financeiras. Caso a instituição financeira seja estrangeira, a autorização é dada por decreto do Poder Executivo (Presidente da República). Em relação à atividade bancária, derivam vários tipos de bancos, dentre os quais podemos destacar o banco comercial (para depósitos e operações de créditos de curto prazo), o banco de investimento ou desenvolvimento (para financiamento de médio ou longo prazo) e o banco de crédito (real, industrial e agrícola). Com o conhecimento do vem a ser o banco e qual é a sua abrangência em relação a sua atividade, este trabalho ira tratar dos contratos bancário e cláusulas abusivas.

Palavras-Chave: Contratos Bancários; Cláusulas abusivas; Instituições Financeiras.

<sup>1</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>3</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>4</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

---

## APPLICABILITY OF THE CDC AGAINST THE CLAUSES ABUSE OF BANK ADHESION CONTRACTS

Darlan Nardi<sup>1</sup>

Carlos Albano Volkmer de Castilho<sup>2</sup>

Dagmar Dengo<sup>3</sup>

Flavia Sanna Leal Meirelles<sup>4</sup>

### ABSTRACT

Banks are public or private financial institutions, whose main or ancillary activity (cumulatively or not), the raising, intermediation or application of their own or third-party financial resources, in national or foreign currency, or which have custody, issue, distribution, trading or administering the securities of third parties. Banking activity encompasses a considerable amount of economic operations, which are linked to the granting, circulation or administration of credit. All banking activity depends on express government authorization. The body responsible for issuing this authorization and official or private banking supervision is the Central Bank of Brazil, which is an autarchy of the Union, which integrates the National Financial System, which is responsible for issuing the currency, performing the services of the circulating medium, control foreign capital and carry out rediscount and loan operations for financial institutions. If the financial institution is foreign, authorization is given by decree of the Executive Power (President of the Republic). In relation to the banking activity, there are several types of banks, among which we can highlight the commercial bank (for deposits and short-term credit operations), the investment or development bank (for medium or long-term financing) and the bank credit (real, industrial and agricultural). With the knowledge of what the bank is and what is its scope in relation to its activity, this work will deal with banking contracts and abusive clauses.

Keywords: Banking Contracts; Unfair clauses; Financial Institution.

---

<sup>1</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>3</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>4</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

## INTRODUÇÃO

Conforme leciona Mendonça (1939), a definição de banco sendo uma empresa comercial através da qual o objetivo principal consiste na intervenção entre os que possuem grande quantidade de capitais e os que precisam obtê-los, isto é, em receber e concentrar capitais para, sistematicamente, distribuí-los por meio das operações de crédito.

Martins (1976) em seus estudos, tem uma outra definição para tal, sendo que em seu entendimento: os bancos, vão mais além do que simples intermediários, são geradores de movimentação e predispõe à ação comerciais do crédito, através de recebimento de capital de terceiros e empréstimo deste capital, em seu próprio nome, aos que dele necessitarem. Em resumo, o banco é definido como uma empresa comercial que capta recursos financeiros e a distribui sistematicamente por meio de operações de crédito, ou seja, o banco emprega os recursos obtidos de terceiros, ou com recursos próprios, na atividade creditícia de tomar e dar em empréstimo. O que releva da atividade bancária, para este trabalho, é a sua natureza comercial.

Complementando o exposto anteriormente, observa-se a posição do mestre Rizzardo (1997), através da qual atribui aos serviços bancários, a atividade principal dos Bancos que se desenvolvem nas chamadas operações bancárias, consistentes em conferir empréstimos, receber valores em depósito, descontar e redescotar títulos, abrir créditos, enfim, na realização da série de atos próprios para a consecução de sua finalidade econômica.”

Atualmente, as instituições bancárias, são em sombra de dúvidas os fundamentos da sociedade hodierna. A sua importância, decorre fundamentalmente da disponibilidade que possui de aumento, circulação e fomentos de riquezas, garantindo assim, a aplicação de recursos financeiros de forma a capitalizá-los, bem como a atualização dos recursos aplicados e a possibilidade de aquisição de novos recursos, necessários ao incremento e fomentos das atividades empresariais. Da mesma forma, em face de que de uma forma direta ou indireta, as atividades bancárias estão sempre relacionadas à vida cotidiana, seja ela, envolvida no pagamento de salários, aposentadorias, além da arrecadação dos mais diversos tributos, seja ela a nível, Federal, Estadual e Municipal, bem como fornecer empréstimos e financiamentos.

Como qualquer outro estabelecimento comercial, os Bancos tem como finalidade a obtenção ao lucro, obtido principalmente no spread cobrado. Ocorre que nem sempre a busca desse lucro, através da implicação ótimo na relação:

***Recursos Obtidos > Empréstimo > spread***

Presente de maneira e aceitável.

Embora os bancos, sejam de forma expressamente definidos como fornecedores, conforme se observa nos artigos 2º e 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2006), é divergente a questão doutrinária sobre a incidência das normas de proteção ao consumidor nos contratos e serviços firmados entre cliente e instituição bancária.

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Inicialmente, a responsabilidade civil do banqueiro se averiguava somente através dos princípios da subjetivamente, e desta forma se fundamentava no princípio da culpa. Sem interdição, a nova redação do novo código civil, sustenta como regra da responsabilidade civil, ao devido cumprimento à teoria subjetivista, direcionada para a culpa como componente caracterizador.

Entretanto, o que se observa e a relativização e o enfraquecimento deste costume, derivado da construção doutrinária e jurisprudencial, contudo, através da interpretação consolidada das leis, podem-se recomendar como baliza primitivo da alteração, a edição da Súmula N° 28 do Supremo Tribunal Federal (STF) que, particularmente em relação aos bancos, diferencia a responsabilidade civil com base na culpa presumida; isto é, assumir através desta presunção de culpa, a responsabilidade encontra-se predominantemente com o agente passivo gerador do fato lesivo e de certa forma conservar-se com ele até a devida comprovação fática de que não agiu culposamente. Prosseguindo com a relativização em consideração, a doutrina e a jurisprudência, respectivamente, de maneira a uma construção progressiva, decorrem pela responsabilização objetiva no que se refere à atividade bancária, quando lesiva ao usuário, deixando de lado a investigação da culpa, que se apresentou como incomensurável obstáculo para a sociedade em geral usuária dos serviços bancários, em particular a quem não tem o contrato como elemento probatório essencial de imputação de culpa.

Mesmo em face do reconhecimento das atividades bancárias estando em um processo contínuo na escala de evolução tecnológica, não se pode afirmar que tal fato ira acabar com a possibilidade do risco de gerar danos ao seu usuário (nesse caso o consumidor). Esses eventuais riscos são característicos aos serviços bancários e sua relação com seus respectivos clientes, o que torna cada vez mais avolumado o risco de danos gerados ao consumidor em decorrências das ameaças provenientes dos avanços tecnológicos, obtidos pelas instituições bancárias em função de suas atividades.

Entretanto, ao curso desses avanços, passam a existir preocupações intrínsecas ao mesmo, as quais pode-se citar a responsabilização pelos danos que por acaso sejam gerados. Destarte, o avanço tecnológico na prestação do serviço bancário faz com que o consumidor de tais serviços procure demonstrar confiança cada vez mais no banqueiro que, na mesma proporção, deve ver-se civilmente responsável; daí a evolução da responsabilidade civil dos bancos.

Ressalta-se ainda, que o Direito do Consumidor está consolidado pela Lei N° 8.078/90, a qual veio implementar ao preceito constitucional fundamentado do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2002). O preceito de regência determina critérios característicos para o funcionamento dos contratos e

serviços bancários, até porque fala expressamente em atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, devendo estar sujeitos às normas de ordem pública e de interesse social previstas no referido diploma legal. Nesse aspecto, deve-se finalizar pela sujeição das operações bancárias ao regime jurídico do código consumerista, pois a mesma se refere às relações de consumo e os bancos, por sua vez, como prestadores de serviços.

É evidente que o CDC foi promulgado para insurrecionar as relações existentes na sociedade brasileira, impondo o fornecimento de produtos e serviços segundo os melhores padrões de qualidade, confiabilidade e segurança. Desta forma, não se pode admitir que somente determinados segmentos da economia nacional fiquem à margem dessa evolução legislativa, como no caso das instituições bancárias e financeiras.

## 1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC

Conforme foi observado anteriormente, no artigo 2º. Do CDC (BRASIL, 2006), defini consumidor como sendo toda pessoa física ou jurídica que compra ou emprega produtos ou serviços de terceiros, na função de consumidor final. Ou seja, o consumidor é o elo final da cadeia econômica, e por vias de fatos, tem a devida necessidade do produto ou do serviço, pela qual adquire ou contrata para o seu uso ou uma determinada finalidade (FILOMENO, 1997).

O sistema de proteção ao consumidor, considera a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, conforme se observa no artigo 4º. Inciso I e artigo 6º. A qual complementa o artigo 2º do CDC (BRASIL, 2006). De forma metódica, em face de que o mesmo leva em conta o sistema todo do CDC.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº. 9.008, de 21.3.1995).

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

(...)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas à liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações

desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada à proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Segundo o parágrafo único do artigo 2º. Do CDC, o mesmo iguala a sociedade em seu todo, desde que ocorram imprevistos na relação de consumo entre as partes. Desta forma, a relação jurídica de consumo devidamente protegida pelo CDC pode ser particularizada, coletiva ou até mesmo difusa, caso sejam pessoas intermínáveis.

Conforme leciona Marques (2000 p. 32), o contrato bancário é:

E o contrato de adesão por excelência, é uma das relações consumidor-fornecedor que mais se utiliza do método de contratação por adesão e com “condições gerais” impostas e desconhecidas. (MARQUES, 2000, p. 32).

Da mesma linha de pensamento, segue Filomeno (2001) , que resume a adequação dos serviços bancários como relações de consumo, relacionando quatro circunstâncias características, a qual cita-se:

- a) Por serem remunerados;
- b) Por serem oferecidos de modo amplo e geral, despersonalizado;
- c) Por serem vulneráveis os tomadores de tais serviços, na nomenclatura própria do CDC; e
- d) Pela habitualidade e profissionalismo na sua prestação.

Além desse conceito universal, a Lei dispõe “inclusive as de natureza bancária (...)”, escolhendo como metodologia uma exemplificação de atividades. Após as inclusões, faz uma exclusão: “salvo as atividades de natureza trabalhista”. Aquele que for contratado como empregado presta um serviço com base na CLT e não com base no CDC, visto que a relação jurídica é diversa.

O CDC determina como norma a responsabilidade objetiva; no entanto, nos casos dos profissionais liberal, a responsabilidade é subjetiva - estando tal exceção prevista pelo próprio CDC - devendo-se provar a culpa, conforme se observa no artigo 14, § 4.º do CDC (BRASIL, 2006).

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A atividade referente aos investidores do mercado mobiliário (compra e venda de ações na bolsa de valores) não é uma relação de consumo, tendo em vista haver lei especial que regula o assunto Lei n. 7.913/89 FILOMENO, 2001.

## 2. AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O CDC

Atualmente, a mídia tem dado muito destaque ao suposta lide entre o CDC (BRASIL, 2006), e o denominado Código de Defesa do Consumidor Bancário, observada, devido a pendências jurídicas da ação direta de inconstitucionalidade nº. 2591-1, impetrada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONIF. Pelo presente ação, observa-se a argumentação de que as relações entre os bancos e clientes, pelas quais devem ser regulamentada, devidamente, pelos órgãos competentes, iniciando-se pelo Banco Central (BC) e pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Por conseguinte, seria “inconstitucional” o parágrafo 2º. Do artigo 3º do CDC (BRASIL, 2006), que estabelece, o seguinte, parecer in verbis:

Art. 3º (...)

(...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Mesmo em face, da Lei nº. 4.595/64, onde se observa a regulamentação do Sistema Financeiro Federal, a qual exige a edição de lei complementar, a qual ainda não foi votada pelo Congresso Nacional, à referida proposta de regulamentação, por hierarquia terá caráter superior ao CDC, lei ordinária (nº. 8.078/90), finalmente, observa-se pelo pressuposto a necessidade de análise, reorganização dos sistemas, previamente delimitados pela nova ordem constitucional. Saliencia-se que na verdade, ocorre um debate errôneo acerca do aparente conflito entre as Resoluções BACEN nºs. 2.878 e 2.892/2001 (o denominado “Código de Defesa do Consumidor Bancário”), de um lado, e o Código de Defesa do Consumidor, legalmente promulgado, de outro lado. Por conseguinte, ressalva-se que enquanto o CDC (BRASIL, 2006) regulamenta as relações de consumo, aí se incluindo, aos aspectos referentes ao sistema financeiro, bem como, as ofertas de crédito, publicidade de bancos, contratos (sempre de adesão, em que as cláusulas são previamente elaboradas por eles mesmos), e práticas comerciais, de modo geral, as resoluções mencionadas, assim como outras, editadas pelo Banco Central do Brasil, o que demonstram, uma vontade de tornar mais transparentes as relações banco cliente e, mais especificamente, traçar normas de conduta, infrações administrativas, e as possíveis punições, estabelecer tarifas e seus limites, horários de atendimento, tratamento especial a idosos e deficientes etc.

Portanto, pode-se ressaltar que tanto o CDC, como as resoluções do Banco Central, tem como objetivo a uma mesma aspiração, mesmo que, por conseguinte seja, num primeiro aspecto, a defesa do consumidor.

Contudo, pode-se observar que Banco Central, desempenha apenas o que se denomina “poder de policia administrativa”, dentro das atividades que regulamenta e

disciplina, em seu mais amplo sentido, conforme previsto pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional, citado in verbis:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (CTN, Art. 78)

Por conseguinte o CDC (BRASIL, 2006), estabelece poderes específico administrativa, civil e penal do mesmo consumidor, partindo do princípio de que ele é vulnerável, e dependente a toda a sorte de abusos no mercado de produtos e serviços. Em referência à tutela administrativa compete principalmente, ao Banco Central, determinar as normas de conduta dos estabelecimentos de crédito, e respectivas sanções no caso de sua transgressão. Isto é exercício de “polícia administrativa”, igualmente, os órgãos de vigilância sanitária o exercem, por exemplo, em matéria de medicamentos, alimentos, e outros produtos ou serviços relacionados à saúde, retirando os do comércio, quando apresentam determinada irregularidade, ou multando seus responsáveis. De certa forma, ressalta-se que o CDC, regulamentado pelo Decreto Federal nº. 2.181/97, constituíram, da mesma forma, uma obrigação administrativa, na área específica de defesa do consumidor, fazem no por exclusão, ou seja, naquilo, apenas, que não é privativo dos órgãos de polícia administrativa, neste caso em referencia ao BC, analogamente aos ditames mencionado anteriormente, as práticas comerciais abusivas, publicidade enganosa, cláusulas abusivas em contratos de adesão etc.

Nesses casos específicos, não obstante, apesar das sanções administrativas previstas pelo mencionado Decreto nº. 2.181/97, ocorre à possibilidade de ações individuais ou coletivas (tutela civil), com vistas à adequação dos contratos e práticas aos postulados do CDC, pagamento de indenizações por danos materiais e morais sofrido pelos consumidores, e outras medidas reparatórias (BESSA, 2002).

Em referencia a tutela penal, constituem, por exemplo, conforme previsto pela “lei de crimes contra a economia popular” (Lei nº. 1.521/51), crimes de especulação real e de caráter pecuniário, conforme previsto no artigo 4º, da mesma forma a cobrança abusiva de juros e demais encargos acima dos legalmente permitidos, bem como o lucro excessivo, obtidos através de contratos escusos e não bem definidos.

Conseqüentemente, os limites determinados pelas normas devem levar em consideração os encargos referentes a cada ente publico na defesa dos interesses dos consumidores.

Atualmente, em referencia ao CDCB, salientam muitos estudiosos e juristas que a mesma é superior ao CDC, ou de certa forma o revogou, o que vem a constituir um disparate. Da mesma forma que é inconcebível, dizer que o CDC, por ser uma lei ordinária, não pode prevalecer sobre uma Lei complementar (BAPTISTA, 2000).

Após 18 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se que o congresso nacional, ainda não regulamentou o seu artigo 192, por conseguinte, ressalta-se que todos os dispositivos desse artigo, com exceção do seu parágrafo 3º, a qual se refere à limitação dos juros reais, incluídas de certa forma as comissões e

quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente em referencia a concessão de créditos, aos quais não poderão ultrapassar os 12 por centos ao ano, caracterizado sua cobrança acima desse limite, o denominado crime de usura, são normas, programáticas e passíveis de regulamentação.

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive sobre:

I – (omissis);

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador;

III – (omissis);

IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas.

Isto em face da perspectiva da Lei no. 4595/64, ordinário, que, como observado, regulamentou o Sistema Financeiro Nacional, a qual alterou o Decreto No. 22.626/33, que estabeleceu analogamente a regra repetida na CF/1988, decreto esse que, por conseguinte, determina os juros reais anuais, que pelo código de 1917, não poderiam ser superiores a seis por cento, de a mesma forma pudesse chegar até 12 % supra mencionado, neste ponto questiona-se se a constituição federal, vale menos, do que a Lei No. 4.595/64, questiona-se se a norma é auto-aplicável.

Os parâmetros da transparência do custo da operação de crédito para o cliente, o CDCB tratou desse assunto no artigo 1º, inciso III, e no artigo 3º, inciso VII (conforme itens 3 e 6 das regras acima destacadas), mas não revogou explicitamente a norma contida na Circular nº. 2.905/99, alterada pela Circular nº. 2.936/99.

## **A Aplicação do Código de Defesa de Consumidor aos Contratos Bancários**

Observa-se que o CDC, deve ter a sua aplicação imediata aos contratos (RO-PPO, 1998), com a devida eficiência efetiva e duradoura, conforme o artigo 170 da CF/1988 e o artigo 6º. da Lei de introdução ao Código Civil (SILVA, 2016 p. 243 e 244).

Ressalta-se que as contidas no CDC em seus capítulos V (Das Práticas Comerciais) e (Da Proteção Contratual), do Título I, por força do disposto no artigo 29, aplicam-se, sem restrição, às relações jurídicas profissionais (pessoas físicas ou jurídicas), sempre que, em concreto, evidenciada a situação de desequilíbrio entre os figurantes (vulnerabilidade em concreto).

Observa-se que a utilização do CDC, que adota um conceito legal de consumidor, os Juízes tem enfrentado relevante questão de aplicar ou não, os novos dispositivos legais aos contratos bancários, quando estes são celebrados com pessoas físicas ou jurídicas que não se encaixam no conceito legal de consumidor, já que exercem atividades produtivas, empregando-se dos serviços bancários, notadamente dos empréstimos e financiamentos para o desenvolvimento de atividades empresariais.

Para o Puggina (1997) a Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela má Concessão de Crédito, em face à legislação infraconstitucional é notável a con-

tribuição que trouxe ao controle negocial atinente aos serviços bancários o Código de Defesa do Consumidor cujas normas são de ordem pública nos exatos termos do artigo 1 do CDC:

O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem Pública e interesse social, nos termos dos arts. 5, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. Muito embora seja ainda intensa a reação de setores ligados aos Sistema Financeiro a aplicação do CDC aos contratos bancários, a verdade é que o próprio Sistema, mesmo sem o admitir, vai, paulatinamente procedendo adaptações de sua prática negocial às exigências da legislação consumerista. Por isto é que, diante da interpretação lógica e sistemática do art. 2 e do § 1 do art. 3 do CDC, não vejo como deixar de incluir o crédito bancário entre as relações por ele tuteladas. (PUGGINA, 1997, p. 323)

Para Glanz (Apud, CARVALHO SANTOS, 1982 p. 27) os bancos tem responsabilidade profissional e, como prestadores de serviços, são regidos pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, que consagra a responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa. Os bancos, ao conceder créditos, devem não só informar-se e exigir as cabíveis garantias, como informar aos clientes dos riscos e limites e, se a concessão de crédito pode causar riscos a terceiros, conforme os empreendimentos dos clientes devem medir cuidadosamente as conseqüências, pois passam a responder não só contratualmente, perante o cliente, mas também extracontratualmente perante terceiros.

Segundo Pasqualotto (RT 666/53 p. 66-74):

Dentre os serviços de consumo, o parágrafo 2º do artigo 3º inclui expressamente os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. A oposição destes setores econômicos ao dispositivo é manifesta. Embora o dinheiro em si mesmo, não seja objeto de consumo, ao funcionar como elemento de troca, a moeda adquire a natureza de bem de consumo. As operações de crédito ao consumidor são negócios de consumo por conexão, compreendendo-se nessa classificação todos os meios de pagamento em que ocorre deferimento da prestação monetária, como cartões de crédito e cheques. Está, pois, em harmonia com o sistema considerar serviços de consumo as atividades bancárias, financeiras, creditícias e securitárias (PASQUALOTTO, RT 666/53).

Da mesma forma podemos mencionar Lucca (Revista de Direito Mercantil, 112/66-74), alerta para dois pontos relevantes, que não poderíamos deixar, aqui, de mencionar. O primeiro é que, no que se refere à aplicabilidade do CDC às relações bancárias, “os Pareceres emitidos em sentido contrário, conquanto provenientes de respeitabilíssimos juristas, foram encomendados por famosa entidade de classe do Sistema Bancário, a Federação Brasileira de Associações de Bancos”. Tal é de ser considerado. O outro ponto que merece destaque é que, segundo o autor, é necessário lembrar que o dinheiro, segundo o Código Civil em seu artigo 51 é considerado como um bem juridicamente consumível.

Neste sentido temos o posicionamento de Reinaldo Filho (1999), As operações bancárias foram expressamente previstas dentre as atividades prestadas sob remuneração no mercado de consumo e portanto consideradas como serviço.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se assim que este é um tema árduo, pois, em essência, reflete dificuldade de mesma natureza daquela que sempre se encontrou para distinguir os contratos comerciais dos civis, porém agora mais avante, para distinguir contratos bancários dos comerciais e civis.

A intermediação financeira é de fundamental importância para o desenvolvimento econômico, bem como para o atendimento das demandas sociais, por aproximar os interesses de poupar com os de consumir e investir. Observa-se que o disciplinamento legal acerca das entidades bancárias, e em particular das formas de remuneração por elas praticadas, foi se reformulando ao longo do tempo com o intuito de satisfazer as necessidades crescentes de crédito. Embora o serviço/comércio realizado na área tenha evoluído tecnicamente, como por exemplo, através da informatização, que permite ao cliente fazer movimentação de recursos sem sair de casa, ainda reside o entrave do preço elevado pela utilização de recursos sob a forma de empréstimo, notadamente no que consiste aos juros.

Observa-se, portanto que as regras são abrangentes, arts. 1.062 e 1.063, CC/1916, e 1º. “caput”, do Decreto n. 22.626/33, que estatuem o teto de 12% ao ano de taxas de juros compensatórios (podendo haver o acréscimo de 1% em caso de mora), e de outro, as que se relacionam às entidades que integram o Sistema Financeiro Nacional, com destaque ao art. 4º., IX, da LF n. 4.595/64, Lei da Reforma Bancária, em que não há o estabelecimento de um quantum a ser cobrado nas operações de crédito. Resta, ainda, o § 3º, do art. 192, CF/88, mas, esse dispositivo só é aplicável com lei complementar.

A Lei Federal no. 4.595/64, embora seja específica em relação aos seus destinatários, os bancos e demais instituições financeiras, não é uma relação às formas de remuneração de sua atividade, sendo ainda aplicáveis às restrições previstas no Código Civil e no Decreto n. 22.626/33.

No art. 4º, IX, da LF n. 4.595/64, onde se lê “juros” não há qualquer adjetivação quanto ao seu caráter: se simples ou compostos, remuneratórios ou moratórios, podendo-se, num primeiro momento, admitir uma interpretação extensiva, com o vocábulo reunindo todas as categorias relacionadas em lei, por inexistir no diploma em tela um critério objetivo de diferenciação.

Contudo, salienta-se que somente uma lei específica tem poder de autorizar a contagem de juros sobre juros, como ocorre nos casos de emissão de títulos de crédito rural, Decreto-lei n. 167/67, e industrial, Decreto-lei n. 413/69, entre outros diplomas.

Mesmo num ambiente cartelizado, observa-se que as taxas de juros bancários no País são elevadas, não por mera especulação das instituições financeiras, mas, principalmente, pela nocividade da dívida pública, a qual encarece o custo do crédito. Isto não significa dizer que as taxas devam se reger unicamente pela liberdade de mercado, moldando-se às interações de oferta e procura dos agentes econômicos, sendo imprescindível o cumprimento das restrições já existentes no ordenamento jurídico pátrio, para que ocorra a compatibilizarão de interesses entre poupadores, consumidores e investidores.

O aprimoramento das relações de crédito requer a observância de dois aspectos que consideramos relevantes. O primeiro, no campo da política econômica, consiste

no refinanciamento das contas públicas, com a redução gradual da dívida acumulada, adotando-se como um dos instrumentos, a privatização de organismos desprovidos de caráter público (hotéis, fazendas, siderúrgicas) e a diminuição da dependência externa, a qual implica na emissão de títulos para desmonetizar à economia ante o ingresso de dólares. O segundo é referente à fixação periódica do custo básico de captação, o que poderia ser feito trimestralmente pelo Banco Central, e sobre aquele incidir os juros reais máximos de 12% ao ano, em conformidade com a legislação vigente.

## REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. A abrangência da disciplina conferida pelo Código de defesa do consumidor aos bancos de dados de proteção ao crédito. In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.42, abril-junho de 2002.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor – CDC. In. [www.Presidencia.gov.br/legislacao](http://www.Presidencia.gov.br/legislacao). Acessado em agosto de 2006.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

CARVALHO SANTOS, Código Civil Brasileiro Interpretado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. XXXIV, suplemento IX, p. 27.1982.

CORTEZ, Luciano Braga. Código de Defesa do Consumidor - A Aplicação Restritiva do CDC aos Contratos Bancários, 2003.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995

LUCCA Newton de. Revista de Direito Mercantil (112/66-74)

MENESES, Daniel M. G. et al. A influência do CDC nos contratos bancários. IN Revista Jurídica Consulex, ano VI – n. 122 P. 34-38 de 15 de fevereiro de 2002.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, 4ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-moderno-primeiras reflexões, In: Revista Direito do Consumidor, vol. 25, p. 28, 1995.

NERY JR. Nelson, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Coment. Autores do Ante Projeto, 6ª ed., 2001.

---

de juros. GAZETA MERCANTIL, São Paulo, 18. mar. 2003, p. A-11

REINALDO FILHO, Democrito Ramos. Competência dos Juizados Especiais Cíveis nas Lides de Consumo 2ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

---

## IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Igor Muzeka<sup>1</sup>  
Dagmar Dengo<sup>2</sup>  
Leani Budde<sup>3</sup>

### RESUMO

A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional, cujo objetivo é proibir a aplicação de exações pelas entidades tributantes aos contribuintes “protegidos”, seja em função da sua natureza jurídica, seja pela atividade que desenvolvem, bens que possuem ou serviços que prestam. Busca-se investigar a importância atribuída às sociedades na consecução das atividades de assistência social, motivo pelo qual buscou-se incentivar as parcerias públicas e privadas que visam o assistencialismo, surgindo, então, o modelo das imunidades tributárias, como forma de incentivar tais atividades.

Palavras-chave: Imunidade Tributária; Direito Constitucional; Supremacia da Constituição.

### ABSTRACT

Tax immunity is a phenomenon of a constitutional nature, whose objective is to prohibit the application of charges by taxing entities to “protected” taxpayers, either because of their legal nature, or because of the activity they develop, goods they own or services they provide. We seek to investigate the importance attributed to societies in the achievement of social assistance activities, which is why we sought to encourage public and private partnerships aimed at assistentialism, thus emerging the model of tax immunities, as a way to encourage such activities.

Keywords: Tax Immunity; Constitutional right; Supremacy of the Constitution.

---

<sup>1</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>2</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

<sup>3</sup> Professor do centro Universitário UNIFACVEST.

## 1. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional, cujo objetivo é proibir a aplicação de exações pelas entidades tributantes aos contribuintes “protegidos”, seja em função da sua natureza jurídica, seja pela atividade que desenvolvem, bens que possuem ou serviços que prestam.

Etimologicamente, o vocábulo imunidade procede do latim *immunitas*, *immunitate*. Trata-se de palavra que indica negação de *munus* (carga, função ou encargo), sendo que o prefixo *in* oferece a sua real conotação (sem encargo, livre de encargos ou *munus*).

*Munus* é também empregado, no latim, como sinônimo de imposto e, também, como dádiva ou favor.

Ainda, no que tange a etimologia da palavra imunidade, faz-se necessário observar-se que a sílaba latina *in*, que antecede o radical, além de negação, assume também o significado de “em para dentro de” e o termo *munitus*, que obedece a mesma raiz de *munus*, que, por sua vez, tem o mesmo sentido de “algo protegido por uma barreira”.

Tal instituto deve ser entendido como uma forma de concessão especial, pois as imunidades tributárias buscam a proteção de iniciativas sociais e supressão da lacuna estatal.

No direito romano, muito embora houvesse uma estrutura tributária mais complexa, a situação não era diversa em relação a outras sociedades da Antiguidade. Também em Roma, as isenções eram concedidas, como graça ou favor, aos seguidores ou amigos dos senhores e soberanos.

Importante assinalar, que a imunidade tributária, ao contrário da isenção, não trata da incidência, haja vista ocorrer antes deste momento, ou seja, ela proíbe a incidência.

Nos sábios ensinamentos do eminente jurista JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

“Ao proceder à repartição do poder impositivo, pelo mecanismo da competência tributária, a Constituição Federal coloca fora do campo tributável reservado à União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, certos bens, pessoas e serviços, obstando assim – com limitar o âmbito de incidência da tributação – o exercício das atividades legislativas do ente tributante.”

Nesse exato sentido, preleciona PONTES DE MIRANDA:

“A regra jurídica de imunidade é regra jurídica no plano da competência dos poderes públicos – obsta à atividade legislativa impositiva, retira ao corpo que cria impostos qualquer competência para pôr na espécie.”

Ratificando as interpretações doutrinárias acerca da Imunidade Tributária, acompanha SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

“Ao traçar o espaço fático o qual pode o legislador infraconstitucional atuar, o constituinte previamente o delimita, separando as áreas de incidência e as que lhe são vedadas. O espaço fático posto à disposição do le-

gislador infraconstitucional resulta das determinações genéricas dos fatos jurígenos (áreas de incidência). As áreas vedadas à tributação decorrem de proibições constitucionais expressas (imunidades) ou de implícitas exclusões (toda porção fática que não se contiver nos lindes da descrição legislativa do “fato gerador” é intributável à falta de previsão legal).”

Destarte, torna-se necessário expor a implantação do instituto tratado no ordenamento pátrio.

Primeiramente o principal movimento de independência política do Brasil Colônia em relação ao domínio de Portugal, foi, entre outros, a tributação.

Nos sábios ensinamentos de HUGO DE BRITO MACHADO, sucederam-se os seguintes fatos históricos:

“Em um segundo plano, temos a Conjuração Mineira de 1789 que eclodiu a partir de uma revolta contra a opressão portuguesa, exigindo o pagamento dos impostos que estavam em atraso, terminando violentamente sufocada pela metrópole, mantendo-se os privilégios das classes e a cobrança abusiva de impostos (FARIA, 2002, p. 123).

Um século depois da Inconfidência Mineira, com a Proclamação da República Federativa do Brasil e com a instauração do Regime Federativo do Brasil é que se fixaram regras e princípios jurídicos do Estado de Direito que passariam a estruturar a ordem tributária, incluindo as hipóteses da imunidade (FARIA, 2002, p. 123).

Através da primeira Constituição Republicana de 1891 foram instituídas as primeiras imunidades tributárias no Brasil, estando a permanecer até os dias atuais no texto da atual Magna Carta (FARIA, 2002, p. 123).”

O instituto das imunidades tributárias está previsto na Carta Magna Pátria no artigo 150, inciso VI, alíneas “a” a “d”, da Constituição Federal de 1988, protegendo o patrimônio, a renda ou os serviços uns entre os outros; os templos de qualquer culto; o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendendo os requisitos da lei; e, por último, os livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

O Princípio da imunidade surgiu, segundo Aliomar Baleeiro, 1959, p. 122 e seguintes. nos Estados Unidos da América através das decisões de sua Corte Suprema, sobretudo a partir do julgado *Mac Culloch* contra o Estado de Maryland, na sessão de fevereiro de 1819, relatado pelo célebre juiz John Marshall, cujo fato era o seguinte:

“Em abril de 1816 o Congresso dos Estados Unidos constituiu o Banco dos Estados Unidos. No ano de 1817 estabeleceu-se em Baltimore, Maryland, uma sucursal desse banco. Em 1818 a legislatura de Maryland decretou uma lei, tributando todos os bancos ou as suas sucursais, no Estado de Maryland, não instituídos por ato da legislatura. A sucursal do Banco dos Estados Unidos não pagou o imposto e, conforme as disposições da lei tributária, *Mac Culloch*, o caixa, foi acionado por John James em seu e em nome do Estado de Maryland. Proferida a sentença nos tribunais do Estado contra a sucursal, *Mac Culloch* recorreu para o Supremo Tribunal, cuja decisão foi enunciada pelo Presidente aos 7 de março de 1819.” Cf. 1903, p. 104.

Naquela ocasião, o então Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos John Marshall, decidiu pela manifesta inconstitucionalidade do imposto estadual lançado nas operações do banco, pois se tratava de um tributo incidente nas operações de um instrumento empregado pelo governo da União para pôr em prática os seus poderes.

Outrossim, asseverou que outorgar a um Estado integrante da Federação o poder de tributar instrumentos utilizados pela União no desenvolvimento de seus misteres constitucionais resultaria numa ampla liberdade de ingerência daquele sobre toda a política governamental federal, implicando na anulação do governo federal.

Pois bem, referida decisão consagrou a supremacia da União sobre os Estados.

Depois disto, o desenvolvimento do Princípio da Imunidade Tributária na jurisprudência norte-americana se deu em três fases, sendo que a primeira consistiu na já mencionada consagração da supremacia da União sobre os Estados, de tal maneira que estes podiam ser por ela tributados, não sendo a recíproca verdadeira, pois a União encontrava-se amparada pela imunidade.

A segunda fase teve início a partir de 1871, com o fim da Guerra Civil nos Estados Unidos da América, tendo sido vencidos os Estados do Sul, bem como a sua elite rural. Após tais confrontos, a União restou sobremaneira fortalecida, passando a Suprema Corte a assumir uma postura voltada à proteção dos Estados contra a ânsia arrecadatária fiscal.

A terceira fase ocorreu após a Primeira Grande Guerra, com a instauração da crise financeira, que impôs a captação de novos recursos financeiros, exacerbando a intervenção federal sobre os Estados, que implicou na tributação de pessoas de direito público e respectivos empregados.

Como resultado do posicionamento favorável da Suprema Corte em admitir a tributação de empregados em 1939, o Congresso Nacional dos Estados Unidos da América aprovou o PublicSalaryAct, através do qual, em igualdade, os Estados e a União passaram a poder tributar salários de empregados uns dos outros, desde que sob um único critério, sem privilégios.

Sob influência americana, a imunidade surge no Brasil, na primeira Constituição Republicana, de 1891, por obra de Rui Barbosa.

## **2. HISTÓRICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Ao procedermos à análise, do artigo 10 da Constituição Federal de 1891, redigido por Rui Barbosa, que assim dispunha:

“Art 10 - É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente.”

Verificamos que, no entendimento de BALEEIRO, 1959 p. 246, o referido artigo logo recebeu uma interpretação rígida no Brasil, segundo as tendências americanas na época. Aliás, sua intenção era livrar da tributação hostil de Estados, no futuro, os meios de ação do Governo Nacional.

No decorrer do ano de 1911, comentadores da Constituição de 1891 e, concei-

tuados juristas se reuniram e chegaram ao consenso de que a Jurisprudência era pacífica, no sentido da imunidade ampla, sem distinções, o que rompia com a possibilidade de um Estado Tributar bens e serviços de outro ou de Municípios deste último.

Com o advento da Constituição de 1934, o imposto de renda já representava uma parcela considerável da receita federal, originando uma controvérsia acerca da reciprocidade, o que viria a abrir caminhos para eliminar exageros que só beneficiavam particulares.

Diante dessas controvérsias, procurou-se logo disciplinar a tendência da União a conceder isenções ou reduções de impostos estaduais e municipais, condicionando-a ao objetivo de proteger ou preservar atividades ou coisas, que se vinculam aos fins atribuídos pela Constituição à competência da União.

Simultaneamente, estipulou-se a imunidade dos atos, contratos e instrumentos em que fosse parte, diretamente ou por intermédio de suas autarquias, os Estados e Municípios.

As imunidades tributárias são permeadas de intenso conteúdo axiológico, que têm por escopo garantir valores jurídicos fundamentais presentes no ordenamento ao qual integra.

Neste sentido, é o entendimento do célebre JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

“a regra da imunidade é estabelecida em função de consideração de ordem extrajurídica. Através da imunidade, nos termos em que está disciplinada na Constituição Federal, torna-se possível a preservação de valores sociais de mais diversa natureza: políticos, sociais, religiosos, educacionais e culturais” GONÇALVES 2003, pg 146.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, a imunidade tributária é instituída em função “de considerações de interesse geral, religiosos, econômicos, sociais ou políticos.” SILVA, 1976, p. 253.

Por tal razão, defende-se que a interpretação de preceito imunitório há de ser ampla, de maneira que permita o reconhecimento e efetiva proteção dos valores insculpidos no texto da Carta Política, porquanto erigidos pela própria sociedade como imprescindíveis ao seu desenvolvimento.

Mencionado caráter teleológico enquadra as imunidades tributárias no rol dos instrumentos de proteção de direitos fundamentais. Diversos são os conceitos trazidos pelos doutrinadores nos estudos realizados sobre o instituto das imunidades, sendo cada um deles de grande importância para o entendimento definitivo da matéria.

Dito isso, cabe trazer à baila alguns conceitos formulados:

José Augusto Delgado conceitua a imunidade como sendo “uma entidade jurídica tributária consagrada na Constituição Federal”. Ela está, portanto, subordinada aos princípios que norteiam a Magna Carta. Tais princípios, expressos ou tácitos, são mais do que simples normas jurídicas e formam, de modo conjunto, um sistema denominado de ordenamento submetido a uma hierarquia axiológica.

Como sabido, os tributos foram criados visando a contra-prestação aos serviços oferecidos pelo Estado, ou seja, os indivíduos arcam com os serviços oferecidos “gratuitamente” pela pessoa jurídica de direito público, como saúde, transporte, infra-estrutura, entre outros.

Neste sentido precisa é a observação que faz Trotabas e Cotteret, citados por José Marcos Domingues de Oliveira:

“o imposto é o resultado da repartição das cargas orçamentárias entre os indivíduos consonante suas capacidades contributivas, (sendo o respectivo ônus) determinado pela aptidão do contribuinte para suportá-lo” OLIVEIRA 199 p. 83.

Outrossim, faz-se forçoso concluir que, se o Estado não está cumprindo devidamente sua prestação ou fornecendo-a de forma precária à população, por meio dos órgãos públicos competentes, deve-se apurar a aplicação do capital arrecadado.

Pelo mesmo caminho, Ives Gandra da Silva Martins aduz:

“apesar do tributo ser elemento essencial para a movimentação da máquina estatal, nosso ordenamento jurídico prevê o instituto da imunidade consagrado em fundamentos extrajurídicos, atendendo a orientação do poder constituinte em função das idéias políticas vigentes, preservando, dessa forma, os valores políticos, religiosos, educacionais, sociais, culturais e econômicos, todos eles fundamentais à sociedade brasileira. Daí a correta afirmação de que a imunidade é antologicamente constitucional (MARTINS, 2001, p. 209).”

Desta forma, tendo em vista a expressa proibição de natureza constitucional, não se deve considerar a imunidade tributária como um benefício ou como incentivo fiscal, mas sim, uma forma de garantir determinadas realizações cujo legislador constituinte quis preservar.

Sendo assim, preceitua-se que, apesar da necessidade do Estado cobrar impostos, o legislador entendeu que os objetos protegidos pelo instituto da imunidade tributária devem merecer um tratamento diferenciado em relação àqueles suscetíveis à tributação, pelos valores derivados de sua importância à sociedade.

O instituto da imunidade tributária, como já demonstrado, tem natureza Constitucional. A interpretação com relação aos institutos constitucionais, como no presente caso, deve se dar sem a interferência de qualquer norma infra-constitucional, tendo em vista que a aplicação faz-se de forma direta sob determinada situação jurídica, como é o caso do reconhecimento de uma imunidade tributária.

Apesar disso, a interpretação constitucional é diferenciada, não a ponto de solicitar métodos interpretativos distintos, já que sua missão consiste também na determinação da verdadeira inteligência dos dispositivos que integram a Constituição, em sua acepção formal e material, o que, em essência, não se afasta do escopo perquirido pela Hermenêutica.

Entretanto, vale destacar a posição ocupada pelas normas constitucionais dentro do ordenamento jurídico pátrio, conformação de Luís Roberto Barroso, a quatro pontos: “(a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político”. (16)

A superioridade hierárquica das normas constitucionais é noção essencial do processo de interpretação das demais normas jurídicas. Como as normas constitucionais, como se verifica pela própria etimologia, constituem o ordenamento jurídico, ocupando, desta forma, o topo da hierarquia das leis.

Dito isso, qualquer norma inferior somente se mantém válida se seguir o comando constitucional. Tal controle torna vigente a supremacia legal.

Essa supremacia das normas constitucionais não atribui competência às normas primárias, e às normas secundárias, de afrontar a hierarquia normativa, conforme instituído pela Carta Magna Pátria.

Nesse diapasão, cada ato normativo encontra seu fundamento de validade em ato normativo de hierarquia superior, ou seja, o decreto na respectiva lei, e assim por diante, e todos, por sua vez, devem encontrar fundamento nas normas constitucionais. Se porventura qualquer deles estiver em confronto com as normas constitucionais não podem subsistir validamente frente ao ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, aplicando ao direito tributário brasileiro, vemos os sábios ensinamentos do eminente jurista HUMBETO ÁVILA (2004):

“A competência tributária, no entanto, é resultado da análise conjunta de duas espécies de normas jurídicas: de um lado, das normas que atribuem poder ao Estado para instituir tributos por meio da especificação dos fatos e situações que torna suscetíveis de tributação (normas de competência); de outro, das normas que subtraem poder do Estado sobre determinados fatos e situações que torna insuscetíveis de tributação (normas limitativas da competência). A parcela do poder do Estado para instruir tributos é resultado do poder que lhe atribui menos o poder que lhe é subtraído, nos termos da Constituição.”

De tal sorte, partindo-se da análise das normas tributárias, não se pode, a primeira vista, considerar a legislação infra-constitucional, senão após a análise da Constituição Federal, para então, posteriormente, partir para as Leis Complementares e legislação complementar.

Outrossim, a natureza constitucional, apresenta maior grau de abstração, principalmente na seara tributária, haja vista, na maioria dos casos necessitar de Lei Complementar para moldar, ou seja criar as formas adequadas, sendo por vezes carregada de expressões imprecisas e, por conseguinte, a sua aplicação.

Nesse diapasão, LUCIANO AMARO, assim dispõe:

“Ao definir a competência tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Constituição que confere a cada uma dessas pessoas o poder de instituir tributos, que serão exigíveis, à vista da ocorrência concreta de determinadas situações, das pessoas que se vincularem a essas mesmas situações.”

Aliás, indubitavelmente, o ponto de maior dificuldade da interpretação constitucional, é abstrair os sentimentos de bem estar social, confundindo-se a realidade com o abstrato, ou seja, como deveria ser.

Portanto, a imunidade tributária, com base nas diversas conceituações doutrinárias é classificada como “limitação ao poder de tributar”, no sentido de “supressão”, “proibição” ou “vedação” do poder de tributar, ou, como nos ensina LUCIANO AMARO, “(...) configura simples técnica legislativa por meio da qual o constituinte exclui do campo tributável determinadas situações sobre as quais ele não quer que incida este ou aquele gravame fiscal, cuja instituição é autorizada, em regra, sobre o gênero de situa-

ção pelo qual aquelas estariam compreendidas.”

Em face das constantes indagações acerca do alcance da imunidade tributária conferida pela Constituição Federal, se exclui apenas os impostos ou se alcança os demais tributos, teceremos breves considerações.

O texto constitucional é cristalino quanto ao alcance da imunidade tributária, haja vista trazer expressamente a vedação a cobrança de impostos às pessoas protegidas pelo constituinte originário.

Desta forma, encontra-se pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a imunidade só afasta a incidência de impostos, não se aplicando às taxas e contribuições de melhoria. Na hipótese tratada no presente estudo, afasta-se, também, a incidência das contribuições para seguridade social, nos termos do artigo 194, § 7º, da Carta Magna Pátria.

Nesse sentido, cabe citarmos os sábios ensinamentos do Professor HUMBERTO ÁVILA:

“Importa registrar que a imunidade prevista no artigo 150 da Constituição limita-se aos impostos. As taxas, as contribuições de melhoria e – aqui reside uma grande dificuldade – as contribuições (sociais e de intervenção no domínio econômico) não estão abrangidas pela imunidade. O Supremo Tribunal Federal interpretou o dispositivo que utiliza o termo “impostos” privilegiando o elemento literal.” ÁVILA, 2004, P. 210/211.

Ratificando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. IMUNIDADE. C.F., 1967, ART. 21, PAR-2., I, ART-19, III, “b”, C.F., 1988, ART-149, ART-150, VI, “b”. I. A imunidade do art. 19, III, da CF/67, (CF/88, ART. 150, VI) diz respeito apenas a impostos. A contribuição e espécie tributaria distinta, que não se confunde com o imposto. E o caso da contribuição sindical, instituída no interesse de categoria profissional (CF/67, art. 21, par-2., I; CF/88, art. 149), assim não abrangida pela imunidade do art. 19, III, CF/67, ou art. 150, VI, CF/88. II. Recurso Extraordinário não conhecido.”

Pelo exposto, não reside dúvida quanto ao alcance do instituto constitucional tratado, qual seja, apenas aos impostos e contribuições para seguridade social.

Necessária se faz uma breve distinção entre as imunidades e as isenções, por terem características similares.

Analisando sob o enfoque formalístico, tem-se que as imunidades são sempre previstas no texto constitucional, ao passo que as isenções residem em leis infraconstitucionais.

Melhor definição nos trás SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

“A isenção é heterônoma quando o legislador de uma ordem de governo, com permissão constitucional, proíbe ao legislador de outra ordem de governo o exercício do poder de tributar. A distinção em relação à imunidade, na espécie é feita a partir da hierarquia normativa. Enquanto a norma imunitória é constitucionalmente qualificada, a norma isencio-

nal heterônoma é legalmente qualificada (lei complementar da Constituição).

Entre nós, v.g., o legislador federal pode conceder isenção do ICMS (imposto estadual) e do ISS (imposto municipal) se se tratar de mercadoria ou serviço destinado ao exterior sujeito a tais impostos (política de export-drive).” COELHO, 2006, p. 168.

Para alguns doutrinadores, a isenção consiste na dispensa do pagamento de um determinado tributo devido, e uma vez que ocorra o fato gerador dá-se a incidência tributária e se instaura a obrigação tributária sem, todavia, ser constituído o crédito tributário, pois o lançamento não se efetiva BORBA, 2004 p.362.

Entendimento diverso possui SACHA CALMON, ao discorrer:

“É que, permissa vênua, a isenção não é forma de extinção de obrigação pelo dispensamento do crédito, mas fenômeno intrínseco à formação da hipótese de incidência da norma de tributação. Souto maior, com razão, atribui a errônea neste campo ao transplante acrítico para o nosso Direito de comentários e ensinamentos dos juriconsultos peregrinos.” COELHO, 2006, p. 175.

Ou seja, a imunidade, como já ressaltado, constitui-se num dos elementos definidores da competência tributária, qualificando-se como norma de estrutura. A isenção por seu turno, volta-se à incidência propriamente dita, atuando negativamente sobre a percussão do gravame fiscal.

As imunidades consubstanciam-se como garantias de direitos fundamentais, por protegerem valores erigidos pela sociedade à categoria de indispensáveis à sua própria dinâmica e evolução.

Mereceram, por tais razões, disposição no próprio corpo do texto magno.

O princípio da imunidade recíproca encontra-se veiculado no art. 150, VI, a, da Constituição Federal:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI- instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”

Tal dispositivo, com base no princípio da isonomia, dispõe expressa vedação à tributação entre os entes federativos. Isto porque, a cobrança de impostos, poderia levá-los a situação de grande dificuldade econômica, haja vista que movimentaria grande parte dos recursos públicos, além de colocar em risco as próprias prestações institucionais dos membros da federação.

Desta forma, a Constituição Federal, em suas cláusulas pétreas, instituiu que, em nenhuma hipótese, será objeto de deliberação, eventual proposta de emenda constitucional visando abolir “a forma federativa de Estado” (art. 60, § 4º, I).

Nesse sentido, se a própria a Carta Magna Pátria coíbi tais alterações, não poderia a legislação tributária autorizar a cobrança de tributos entre os membros da federação.

Nas palavras do festejado autor, HUMBERTO ÁVILA:

“ O fundamento constitucional da imunidade recíproca é o princípio federativo, que funciona, por sua vez, como um fundamento jurídico-político do ordenamento constitucional. Nesse sentido, o princípio federativo exige autonomia das pessoas políticas. Pressuposto necessário dessa autonomia é a autonomia financeira.

Isso implica dizer que a proibição de as pessoas políticas instituírem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços umas das outras decorre implicitamente do princípio federativo. A continuidade da autonomia política das pessoas políticas é causa da imunidade recíproca.”

De fato, entre as pessoas políticas encontra-se a mais absoluta igualdade jurídica, ou seja, uma não se sobrepe à outra.

Em sede de direito comparado, nos ensina ROQUE ANTONIO CARRAZA:

“(…)

a Constituição dos Estados Unidos da América (que também criou uma Federação, com autonomia recíproca entre a União e os Estados-membros) em nenhum de seus artigos ou emendas contém dispositivo expreso a respeito da imunidade tributária recíproca das pessoas políticas. E, no entanto, lá, depois de ligeiros titubeios iniciais, sempre se entendeu que nem a União pode exigir impostos dos Estados, nem estes da União ou uns dos outros.

Com efeito, em 1819, o Estado de Maryland pretendeu cobrar imposto sobre a selagem com estampilhas de uma oficial do banco oficial (Bank of U.S.). McCulloch (gerente deste banco, na sucursal de Baltimore), insurgiu-se contra isto, levando o caso à Corte Suprema (julgado McCulloch vs. Maryland), então presidida pelo legendário juiz John Marshall. Sob a coordenação deste Chief-justice, a mais alta Corte norte-americana, em decisão célebre, deixou assentadas as seguintes diretrizes, que valem até hoje (inclusive para o Brasil, que, nesta matéria, seguiu o modelo estadunidense):

a competência para tributar por meio de impostos envolve, eventualmente, a competência para destruir; II- não se deseja – e a própria Constituição não o admite – nem que a União destrua os Estados-membros, nem que estes se destruam mutuamente ou à União; e, III- logo, nem a União pode exigir impostos dos Estados-membros, nem estes da União, ou uns dos outros.”

Apenas considerações de ordem histórica explicam a inserção desta alínea a, por ser desnecessária sob o aspecto técnico. As pessoas jurídicas de direito público, estão tacitamente proibidas de tributar-se reciprocamente por meio de impostos.

Desta forma, ainda que a Constituição tivesse se omitido com relação a este assunto, os entes federativos não poderiam exigir, umas das outras, para não criar-lhes dificuldades institucionais e, mais ainda, trazer a risco a própria manutenção dos serviços e atividades públicas.

Seguindo este posicionamento, vale transcrever as palavras de Aliomar Baleeiro:

“Não há, pois, razão nem cabimento para invocar-se imunidade recíproca nas operações de entidades públicas, cuja tributação deverá ser

suportada por particulares. Se o órgão oficial vende, p. ex., alimentos de sua produção ou adquiridos de terceiros, para melhoria das condições de vida de servidores públicos ou do povo em geral, nada justifica o benefício adicional da isenção do imposto pago por todos os habitantes”.

Complementando tais observações, ROQUE ANTONIO CARRAZA, dispõe:

“A imunidade recíproca não se estende também quando as pessoas políticas executam, mediante contraprestação, serviços públicos, já que nossa Lei Maior, ao menos para fins tributários, equipara tais serviços àqueles prestados por pessoas privadas.

Invertendo o raciocínio, podemos afirmar que as pessoas políticas são imunes quando prestam serviços públicos sem contrapartida ou pagamento de preços ou tarifas pelo beneficiário. É que, nestes casos, as exigências fiscais mutilariam, ainda que em parte, a renda ou o patrimônio destas pessoas, embaraçando o cumprimento de suas atividades públicas essenciais.”

Conclui-se, pelos ensinamentos supracitados, que a referida imunidade só tem o condão de ser aplicada quando o ente federativo atua nas suas funções originais, não se aplicando, portanto, quando sua atividade não se enquadra nas dispostas pelo constituinte originário.

As instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, têm um tratamento nitidamente diferenciado pelo constituinte originário, que visou sua preservação pela sua contribuição aos serviços que, via de regra, deveriam ser prestados pelo Estado, conforme previsto nos artigos 150, VI, c e 195, § 7º, da Constituição Federal.

Tal afirmativa tem pleno respaldo nas sábias palavras do eminente jurista ALIOMAR BALEEIRO:

“ A imunidade, para alcançar os efeitos de preservação, proteção e estímulo, inspiradores do constituinte, pelo fato de serem os fins das instituições beneficiadas também atribuições, interesses e deveres do Estado, deve abranger os impostos que, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades presumidamente desinteressadas, por sua própria natureza.”

Nesse sentido, pontifica também RICARDO LOBO TORRES:

“As instituições de educação e de assistência social são imunes aos impostos em consideração ao direito à sobrevivência dos pobres e dos desassistidos. É necessário que atuem desinteressada e altruisticamente na proteção das camadas desprivilegiadas da sociedade. A justificativa da imunidade, por conseguinte, está em que não se pode cobrar imposto sobre atividade que substancialmente se equipara à própria ação estatal ou que a substitui no amparo à pobreza; na expressão de Silvestre Pinheiro Ferreira, “não se deve lançar um imposto sobre outro imposto”.”

Portanto, nota-se um profundo interesse do legislador na manutenção e in-

centivo às instituições filantrópicas, pela sua fundamental participação no amparo aos pobres e prestação de serviços públicos, sem fins lucrativos.

Dessa forma, a cobrança de tributos se tornaria quase uma bitributação, haja vista as referidas instituições já prestarem, na forma de serviços, sua contribuição à sociedade, ou seja, indiretamente, ao Estado.

Portanto, não resta dúvida com relação ao intuito do legislador originário, quando do advento da Carta Política de 1988, no que tange às instituições filantrópicas, presente nas palavras do renomado professor SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

“ A imunidade das instituições de educação e assistência social as protege da incidência dos impostos sobre as suas rendas, patrimônio e serviços, quer sejam as instituições contribuintes de jure ou de fato. A imunidade em tela visa a preservar o patrimônio, os serviços e as rendas das instituições de educação e assistenciais porque os seus fins são elevados, nobres e, de uma certa maneira, emparelham com as finalidades e deveres do próprio Estado: proteção e assistência social, promoção da cultura e incremento da educação *latu sensu*. ”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dispositivo constitucional que regula a matéria tem a seguinte redação:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

**§7º. São isentas de contribuições para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.** (grifos nossos)”.

O dispositivo supracitado transparece a importância atribuída às sociedades na consecução das atividades de assistência social, motivo pelo qual buscou-se incentivar as parcerias públicas e privadas que visam o assistencialismo, surgindo, então, o modelo das imunidades tributárias, como forma de incentivar tais atividades.

Analisando-se o dispositivo constitucional surge a primeira controvérsia quanto à natureza jurídica conferida às instituições filantrópicas, tendo em vista que o dispositivo refere-se a “isentas” e não a “imunes”. Como já exposto, a doutrina separou juridicamente os referidos institutos, atribuindo a cada uma natureza e finalidade distintas, não passando despercebido tal ponto, até porque traz a divergência de posicionamentos, principalmente no âmbito jurisprudencial.

Entretanto, não há como negar a flagrante aplicação do instituto da imunidade tributária no caso em tela, entendimento esse pacificamente consolidado na doutrina pátria, haja vista a desobrigação trazida no texto da Constituição e cuja atuação se dá diretamente sob a competência tributária instituída.

Desta forma, trata-se claramente de imunidade tributária, sendo ponto pacífico na doutrina pátria.

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro e Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º Volume. São Paulo: Saraiva,, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*, 3ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

CONTI, José Maurício. *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*. São Paulo: Editora Dialética, 1997.

## NORMAS PARA COLABORADORES

A Revista **EXEQUATUR**, revista jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST, terá como regras editoriais para a apresentação de artigos as seguintes:

1. Os artigos deverão ser inéditos (não publicados em periódicos de circulação nacional);
2. Os artigos deverão ser entregues num envelope fechado, em três vias, e o nome do autor deverá ser omitido (*blind review*) para a apreciação e análise do Conselho Editorial;
3. Acompanhará o envelope com os artigos, um envelope lacrado, com o título do trabalho e um breve Curriculum Vitae, contendo: nome completo, titulações, atividades profissionais em desenvolvimento, instituição de origem, projetos de pesquisa e extensão desenvolvidos, publicações recentes (últimos 5 anos), endereço completo com endereço eletrônico;
4. Dados técnicos: os artigos deverão conter de 5 a 15 páginas, incluindo texto, referências e ilustrações;
5. A apresentação do artigo<sup>1</sup> deve seguir as normas apresentadas no livro: Procedimentos de metodologia científica<sup>2</sup>, referendados pela ABNT<sup>3</sup>.
6. O endereçamento para correspondência é: Revista EXEQUATUR. Att. Coordenação de Direito da UNIFACVEST. Av. Mal. Floriano, 947. Lages – SC
7. Os autores receberão, no período de até 35 dias documento informando sobre a análise pelo Conselho Editorial Externo e pelos revisores;
8. Os autores deverão anexar declaração autorizando a UNIFACVEST e a PAPERVEST Editora a publicar os artigos sem quaisquer custos para os autores, bem como desenvolver publicidade na mídia sobre a publicação;
9. A periodicidade de circulação da revista será semestral e os artigos serão recebidos até 30 dias antes do fechamento da edição.

Cordialmente,

**Renato Rodrigues**

Editor

Pró-reitoria de Pesquisa e Extensão

---

<sup>1</sup> O padrão estético e metodológico para a construção de um artigo científico aparece no livro de metodologia da UNIFACVEST, nas páginas: (p. 54-79).

<sup>2</sup> RODRIGUES, R. ; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de metodologia científica**. 9. ed. Lages, SC: Paper-vest, 2020.

<sup>3</sup> Associação Brasileira de Normas Técnicas.





**Publicação da Papervest Editora**  
**Av. Marechal Floriano, 947 - CEP: 88503-190**  
**Fone: (49) 3225-4114 - Lages / SC**  
**[www.unifacvest.edu.br](http://www.unifacvest.edu.br)**