

Curso de Direito
FUCAP Univinte

ORGANIZADORAS

Ana Cristina Corrêa Melo
Fernanda Ambros

DIREITO EM SÉRIE

Vol. V



ORGANIZADORAS

**ANA CRISTINA CORRÊA MELO
FERNANDA AMBROS**

DIREITO EM SÉRIE 5

Editora FUCAP – 2021.

Título: Direito em série 5.

Organização: Ana Cristina Corrêa Melo e Fernanda Ambros.

Capa: Ana Cristina Corrêa Melo e Fernanda Ambros.

Revisão: Dos Autores.

Editoração: Andreza dos Santos

CONSELHO EDITORIAL

Expedito Michels (Presidente)

Emillie Michels

Andreza dos Santos

Dr. Diego Passoni

Dr. José Antônio da Silva

Dr. Nelson G. Casagrande

Dr. Roberto M. da Silveira

Dr. Rodolfo Lucas Bortoluzzi

Dr. Rodrigo Luvizotto

Dra. Jamile Marques

Dr. Hamilcar Boing

Dra. Beatriz M. de Azevedo

Dra. Patrícia de Sá Freire

Dra. Joana Dar'c S. da Silva

Dra. Solange Maria da Silva

Dr. Paulo Cesar L. Esteves

Dra. Adriana C. Pinto Vieira

D627d

Direito em série 5. / Ana Cristina Corrêa Melo; Fernanda Ambros.
(org.); Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2021.
382 p.

ISBN: 978-65-87169-21-7

1. Direito constitucional – Brasil. I. Melo, Ana Cristina Corrêa. II.
Ambros, Fernanda. III. Título.

CDD 341.2

(Catalogação na fonte por Andreza dos Santos – CRB/14 866).

Editora FUCAP – Avenida Nilton Augusto Sachetti, nº 500 – Santo André, Capivari de Baixo/SC. CEP 88790-000.

Todos os Direitos reservados.

Proibidos a produção total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio.

A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo art. 184 do Código Penal.

Impressão e acabamento – Gráfica Editora Humaitá.



Impresso no Brasil – 2021.

ORGANIZADORAS

ANA CRISTINA CORRÊA MELO

Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG). Especialista em Relações Internacionais. Pesquisadora na Universidade de São Paulo no Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil, certificado pelo CNPq. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/SC. Procuradora do Município de Lauro Muller. Professora Titular das Disciplinas de Direito Constitucional I, Direito Processual Civil IV e V na FUCAP Univinte. E-mail: accorreamelo@gmail.com.

FERNANDA AMBROS

Mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista em Processo e Direito Tributário pela Estácio de Sá e em Processo e Direito Penal pela Uniasselvi. Servidora da Justiça Federal da 4ª Região. Professora das Disciplinas de Direito Civil IV, Processo Civil I e Processo do Trabalho na FUCAP Univinte. E-mail: fernandaam.fucap@gmail.com

DIREITO EM SÉRIE 5

COLABORADORES

Aldair Feliciano	Fernanda Ambros
Alexsandro da Silva	Gilse Pickler Bratti
Ana Cristina Corrêa Melo	Guilherme Mattei Borsoi
Ana Maria Carolina G. e Garcia	Katia Gabriela R. D. Florentino
Anelise Perufo de Mattos	Larissa Borges Cardoso
Andressa Alayne Barros Alves	Marcelo de Farias Barbosa
Bianca Pavan	Maria Helena Backes
Camila L. Nandi de Albuquerque	Rafael Leandro
Claudinéia O. de Assunção Mota	Sandra Muriel Z. Zanette
Cledson Rodrigues	Yago Martins Arceno
Cleiton Luiz Neves de Oliveira	Yuri Goulart Martins Medeiros
Diego Stapassoli Nunes	



Capivari de Baixo
2021

“... É preciso ter esperança, mas ter esperança do verbo esperar; porque tem gente que tem esperança do verbo esperar. E esperança do verbo esperar não é esperança, é espera. Esperançar é se levantar, esperançar é ir atrás, esperançar é construir, esperançar é não desistir! Esperançar é levar adiante, esperançar é juntar-se com outros para fazer de outro modo...”¹

¹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança**: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

APRESENTAÇÃO

Após o triste ano de 2020, seguimos o presente ano de 2021 com esperança na cura do vírus que se espalha entre nós para que a humanidade possa retomar sua rotina e conviver sem medo da doença.

Ainda neste primeiro semestre, fomos consagrados com as primeiras apresentações dos trabalhos de conclusão, dos alunos formandos do curso de Direito da FUCAP/UNIVINTE.

Este livro se presta, então, a prestigiar alguns destes alunos. Trata-se da primeira de muitas edições em que serão publicados os artigos produzidos pelos acadêmicos juntamente com seus orientadores, com o intuito de prestigiá-los e fomentar o conhecimento na área jurídica, compreendendo os mais diversos temas, cada qual com aplicação atual e de suma importância para toda a coletividade.

Com o apoio da Direção Geral da FUCAP, seguimos difundindo o conhecimento e promovendo o curso e os nossos tão queridos alunos que agora farão parte dos trabalhos difundidos nas edições do Direito em Série.

Ana Cristina Corrêa Melo

Fernanda Ambros

SUMÁRIO

POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO TEMPO DE ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AOS 12 ANOS A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF4 E STJ 15

Aldair Feliciano
Rafael Leandro

A POSSIBILIDADE DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA CONTRA O DENUNCIANTE NOS INQUÉRITOS POLICIAIS MILITARES ARQUIVADOS POR COMPROVAÇÃO DE INOCÊNCIA: A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO 41

Marcelo de Farias Barbosa
Alexsandro da Silva

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TDA (TOMADA DE DECISÃO APOIADA) PARA PESSOAS QUE NÃO QUEIRAM SE SUBMETER A TRATAMENTOS HEMOTERÁPICOS 69

Yago Martins Arceno
Ana Cristina Corrêa Melo

PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO URBANO E SEUS REFLEXOS: A DENOMINAÇÃO DE VIAS NÃO INCORPORADAS AO DOMÍNIO PÚBLICO COMO SUBTERFÚGIO DE LOTEADORES CLANDESTINOS 97

Ana Maria Carolina Gonçalves e Garcia
Guilherme Mattei Borsoi

O EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E A ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DO CUMPRIMENTO DA PENA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 125

Andressa Alayne Barros Alves
Camila Leonardo Nandi de Albuquerque

**O PAPEL DAS TESTEMUNHAS NA EXECUÇÃO DE
CONTRATOS ELETRÔNICOS CONFORME O STJ E TJSC..... 151**

Bianca Pavan
Fernanda Ambros

**A OCORRÊNCIA DE SUICÍDIO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO
DE SEGURO DE VIDA NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 798
DO CÓDIGO CIVIL DE 2002..... 177**

Katia Gabriela Rigotti Damiani Florentino
Claudinéia Onofre de Assunção Mota

**OS ASPECTOS LEGAIS DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES
POLICIAIS NO ÂMBITO VIRTUAL 205**

Larissa Borges Cardoso
Cleiton Luiz Neves de Oliveira

**ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE NOS CASOS
DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER QUANDO
AUSENTE PROVA TESTEMUNHAL 225**

Diego Stapassoli Nunes
Gilse Pickler Bratti

**A EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO
RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS..... 251**

Yuri Goulart Martins Medeiros
Maria Helena Backes

**ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA DE
EXCLUSÃO DA SUCESSÃO 275**

Cledson Rodrigues
Sandra Muriel Zadoski Zanette

**DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA
ADOÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL 303**

Anelise Perufo de Mattos
Sandra Muriel Zanette

**POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO TEMPO DE
ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AOS 12 ANOS A PARTIR
DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF4 E STJ**

***POSSIBILITY OF RECOGNIZING RURAL ACTIVITY TIME
BEFORE 12 YEARS FROM THE JURISPRUDENCE OF
TRF4 AND STJ***

**Aldair Feliciano¹
Rafael Leandro²**

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo geral pesquisar a respeito do reconhecimento do tempo de contribuição previdenciária para crianças com idade inferior a doze na atividade rural. Será apresentado um breve histórico acerca da Previdência Social no Brasil, alguns tipos de aposentadoria e suas peculiaridades, os tipos de segurados e seus conceitos. Com a realização da pesquisa observou-se a possibilidade do tempo de reconhecimento das contribuições previdenciárias para crianças com idade inferior a doze anos, mas é notório que toda uma vida não se curva a tal reconhecimento previdenciário, pois é muito relevante negativamente a perda da infância, observa-se que são muitas as consequências na vida adulta por conta dessa situação. Em decorrência do objetivo principal se viu a necessidade de analisar se a perda de toda uma infância seria recompensada pelo reconhecimento previdenciário, ameniza a dor mais não cura o desgaste emocional entre outros que essa criança adquiriu ao longo do tempo. Para o presente artigo será utilizado o método hipotético-dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, jurisprudência, e por via de sites. Por

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: aldairfeliciano@hotmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Especialista em Direito Previdenciário e Direito e Processo do Trabalho pela Estácio de Sá. Professor de graduação no curso de Direito na Faculdade Capivari Univinte (Disciplinas: Direito da Seguridade Social, Prática Previdenciária, Teoria Geral do Processo e Tecnologia e Inteligência Artificial Aplicada ao Direito). Servidor Público Federal - Assessor de Juiz Federal na 2ª Vara da Subseção Judiciária de Santa Catarina. E-mail: prof.rafaelleandro@fucap.edu.br

fim, analisar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a decisão do Superior Tribunal de Justiça em relação ao reconhecimento do tempo de contribuição previdenciária para criança com idade inferior a doze anos que obriga o INSS a reconhecer o tempo de trabalho infantil para a aposentadoria na atividade rural.

Palavras-chave: Previdência social. Trabalho infantil. Aposentadoria por tempo de contribuição.

Abstract: *The present scientific article has the general objective of researching the recognition of the time of social security contribution for children under the age of twelve in rural activities. A brief history of Social Security in Brazil, some types of retirement and their peculiarities, the types of insured persons and their concepts will be presented. With the completion of the research, the possibility of recognizing social security contributions for children under the age of twelve was noted, but it is clear that a lifetime does not bend to such social security recognition, as the loss of childhood is very relevant, it is observed that there are many consequences in adult life due to this situation. As a result of the main objective, there was a need to analyze whether the loss of an entire childhood would be rewarded by social security recognition, it eases the pain but does not cure the emotional exhaustion among others that this child has acquired over time. For this article, the hypothetical-deductive method will be used, in theoretical and qualitative research, with the use of diversified bibliographic material in books, jurisprudence, and via websites. Finally, to analyze the jurisprudence of the Federal Regional Court of the 4th Region and the decision of the Superior Court of Justice in relation to the recognition of the time of social security contribution for children under the age of twelve, which requires the INSS to recognize the time of child labor for retirement in rural activity.*

Keywords: Social security. Child labor. Retirement by time of contribution.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de uma situação considerada relevante do ponto de vista social, pois irá mostrar pontos importantes para a vida das crianças com idade inferior a doze anos, no que toca à realidade do trabalho rural em substituição à infância e o duplo prejuízo que experimentam no momento de requerer um benefício previdenciário.

Será apresentado um breve relato de como funciona a Previdência Social no Brasil e como o sistema se mantém, inclusive, com uma pequena análise do reflexo da Reforma da Previdência, operada pela Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019.

O objetivo geral da presente pesquisa é estudar a respeito do reconhecimento do tempo de contribuição previdenciária para crianças com idade inferior a doze na atividade rural, com uma análise do respaldo jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Esse trabalho justifica-se pela alta incidência de crianças exercendo atividades laborais ainda na contemporaneidade, não se caracterizando como uma realidade ultrapassada dos cidadãos que hoje pleiteiam a utilização do trabalho infantil como tempo útil para reflexos previdenciários.

Para elaboração do presente artigo buscou-se dados estatísticos da realidade do trabalho infantil, referencial teórico bibliográfico como base fundamental, bem como o estudo documental de jurisprudências do TRF4 e do STJ.

2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A Previdência Social é um amplo sistema de proteção à população que contribui para esta espécie de seguro, que atua, especialmente, com a substituição da renda do segurado quando este não pode mais exercer a atividade remunerada.

O sistema previdenciário no Brasil se mantém através de seus filiados, que depende da relação entre o credor que

versa na figura do próprio contribuinte, aquele que o faz suas contribuições e em troca recebe seu benefício quando assim o tiver direito, e de outro lado está o Estado que se denomina devedor, e que também detém as contribuições do referido segurado, em forma de pagamento deste seguro quando necessário³.

O referido benefício pago ao segurado não é investigado se determinado fato ocorreu dolosa ou culposamente, o ente previdenciário analisa nesse momento se há o direito ou não do contribuinte receber seu benefício através da qualificação de segurado, se assim for reconhecido a entidade terá que fazer o pagamento, em vista que pode sofrer sanções por parte do segurado caso venha a negar tal benefício com os devidos requisitos comprovados, já por parte do segurado se vier a fraudar o sistema também poderá ser penalizado.

A Previdência Social não tem interesse em beneficiar ou prejudicar seus contribuintes. O seu papel não é decidir a favor ou contra a um beneficiário de maneira inconveniente, pois a entidade trabalha com as informações do contribuinte já instalada em seu sistema para então poder analisar o caso concreto. Essas informações são ponderadas pela equipe do próprio ente, que, por meio de sua análise, informa o deferimento ou indeferimento de cada processo na esfera administrativa. Eventualmente, caso venha a Autarquia a realizar uma análise injusta, resultando num indeferimento desmotivado, haverá, em tese, violação do direito abstrato do segurado e conseqüentemente de seus dependentes⁴.

Para o segurado ter direito a alguma prestação do seguro social deve haver uma prévia vinculação entre segurado e Previdência, pois o cidadão só terá a proteção a algum bem jurídico (como capacidade para o trabalho ou idade avançada) se mantiver uma relação compulsória ou facultativamente com

³ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Método, 2016. p. 130.

⁴ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Método, 2016. p. 130.

o ente público. Castro e Lazzari evidenciam que tal vinculação ocorre por meio da filiação do segurado⁵.

Após filiado, o segurado precisa de algum tempo de contribuição para ter direito há alguns benefícios, necessitando cumprir também uma carência antes de gozar das prestações, existindo, todavia, exceções, como no caso de incapacidade em razão de acidente de trabalho, conforme preconiza o artigo 26, inciso II, da Lei 8.213/1991⁶.

Dentre os filiados à Previdência, há espécies diferentes de segurados, os quais serão abordados a seguir.

2.1 TIPOS DE SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em seguida iremos mostrar os tipos de segurados da Previdência Social e seus conceitos básicos, abordando um pouco de cada um junto a autarquia.

2.1.1 Segurado Obrigatório

Contido no gênero de segurados obrigatórios, compreendidos como aqueles que está exerce qualquer atividade mediante remuneração direta ou indireta, tem-se as espécies empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e o segurado especial⁷.

2.1.1.1 *Empregado*

Empregado, em regra, é a pessoa física que presta serviço remunerado para uma determinada empresa de natureza pecuniária⁸. Para a Previdência Social, o conceito de empregado é muito mais amplo que o conceito relacionado à

⁵ CASTRO, C. A. P; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Método, 2016. p. 130.

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

⁷ CASTRO, C. A. P; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Método, 2016. p. 137.

⁸ CASTRO, C. A. P; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Método, 2016. p. 139.

relação de emprego, com subordinação, remuneração e caráter não eventual. Conforme o artigo 11, inciso I, da Lei 8.213/1991, há a inclusão, por exemplo, do “servidor público ocupante de cargo em comissão”, “exercente de mandato eletivo federal” e alguns casos de brasileiros que exercem atividade remunerada fora do território nacional⁹.

2.1.1.2 Empregado Doméstico

O empregado doméstico se refere àquele que presta serviços a uma pessoa física ou grupo familiar de natureza residencial não lucrativa por mais de dois dias semanais, em troca de uma remuneração.¹⁰

2.1.1.3 Contribuinte Individual

O Contribuinte individual é a espécie mais abrangente dentre os segurados obrigatórios e com importância substancial ao sistema previdenciário, pois engloba um grande número de trabalhadores, especialmente informais, como contribuintes.

Em suma, é contribuinte individual todo aquele que trabalha por conta própria de forma autônoma ou que presta serviços de natureza eventual a empresas, sem vínculo empregatício¹¹, como o trabalhador autônomo (como o taxista, motorista Uber, caminhoneiro sem vínculo de emprego, pedreiro, carpinteiro, microempreendedor individual).

Segundo Agostinho:

A Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999, criou a categoria de contribuinte individual, abrangendo os segurados empresários, autônomos e equiparados a

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

autônomo. Neste caso o segurado tem caráter residual, não cabendo em nenhuma das outras hipóteses aqui tratadas, e será um contribuinte individual¹².

O rol do artigo 11, inciso V, da Lei 8.213/1991 ainda inclui o ministro de confissão religiosa, trabalhador rural não enquadrado como segurado especial e situações de brasileiros que exercem atividade remunerada no exterior¹³.

2.1.1.4 Trabalhador Avulso

Trabalhador avulso é aquele que presta serviços de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício, a diversas empresas, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria ou, quando se tratar de atividade portuária, do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).¹⁴

Agostinho explica que este tipo de segurado obrigatório é mais comum nas atividades portuárias.¹⁵

2.1.1.5 Segurado Especial

Segurados especial, conforme regulamentação do artigo 11, inciso VII, da Lei 8.213/1991¹⁶, é o trabalhador pessoa física que reside no imóvel rural ou nas suas imediações, e exerce a atividade rural em regime de economia familiar ou individualmente. Esse trabalhador é conhecido como o segurado especial rural, todavia, a Lei amplia o conceito de segurado especial ao proteger também o seringueiro ou

¹² AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 121.

¹³ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁴ BRASIL. **Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁵ AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 121.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

extrativista vegetal e o pescador artesanal, bem como os dependentes cônjuge e filho maior de dezesseis anos¹⁷.

Para o objetivo da pesquisa, adianta-se que a participação de crianças, mesmo as com idade inferior a 16 anos é comum nas atividades campesinas para auxiliar na produção do sustento familiar, o que pode mitigar o acesso das crianças a sua infância.

Essa espécie de segurado deve fazer da atividade artesanal (seja ela a agricultura, pesca ou extrativismo) a sua principal fonte de subsistência, porém, em períodos de entressafra e de defeso, poderá buscar outra atividade por um prazo não superior a 120 ano por ano civil¹⁸. Registre-se que o trabalhador rural não pode explorar propriedade superior a quatro módulos fiscais¹⁹, o que demonstra o objetivo da norma previdenciária em proteger o pequeno produtor.

2.1.2 Segurado Facultativo

Por sua vez, a espécie segurado facultativo representa o princípio da seguridade social relacionado à universalidade do atendimento, previsto no artigo 194, § único, inciso I, da Constituição Federal de 1988²⁰, porquanto, diferente dos segurados obrigatórios que exercem atividade remunerada e, por isso, devem recolher a devida contribuição previdenciária, o segurado facultativo possibilita à pessoa que está inativa a contribuir com a previdência e ter a cobertura do seguro social.

Assim regulamenta o *caput* do artigo 11 do Decreto 3.048/1999:

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

²⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

Art. 11 É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social²¹.

A título de exemplo, Castro e Lazzari²² mencionam a dona de casa, o síndico de condomínio não remunerado, o desempregado, o presidiários não remunerados e o estudante.

3 A APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E POR IDADE NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Lei 8.213/1991, a partir da coberturas mínimas previstas no artigo 201²³ da Constituição Federal de 1988, apresenta um rol de diversos benefícios em favor do segurado e do dependente.

Destaque se faz aos benefícios em favor do segurado, que são: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente²⁴.

Todavia, em razão da delimitação do campo de pesquisa, apenas os benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade serão abordados de forma a demonstrar os requisitos para a concessão das prestações.

Registre-se, oportunamente, que embora a Reforma da Previdência, operada pela Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019, tenha fixado a idade mínima para todos

²¹ BRASIL. **Decreto nº 3.048 de 06 de Maio de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

²² CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Método, 2016. p. 154.

²³ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

as aposentadorias (com exceção da aposentadoria por incapacidade permanente - a antiga aposentadoria por invalidez), as regras anteriores ainda são aplicáveis em razão do direito adquirido e das regras de transição²⁵.

3.1 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

A aposentadoria por tempo de contribuição, antes nominada como aposentadoria por tempo de serviço, teve sua previsão a partir da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, a partir de quando o aspecto contributivo foi adotado no RGPS, conforme ensina Ibrahim²⁶.

A referida EC deu nova redação ao parágrafo 7º do artigo 201 da Constituição Federal ao fixar o tempo de 35 anos, para o homem, e 30 anos, para a mulher, de contribuição para obter o benefício²⁷. Além deste requisito, o artigo 25, inciso II, Lei 8.213/1991, de forma cumulativa ao requisito tempo de contribuição, requer a carência de 180 meses²⁸.

Contemporaneamente, a partir da Emenda Constitucional 103 de 12 de novembro de 2019, o artigo 201, § 7º, inciso I da Constituição Federal de 1988 foi alterado, deixando de existir na prática, a aposentadoria por tempo de contribuição, em razão da fixação de uma idade mínima (65 anos homem e 62 anos mulher) para concessão de qualquer aposentadoria no RGPS (com exceção daquela por incapacidade permanente). Todavia, os segurados que satisfizeram todos os requisitos para aposentadoria por tempo de contribuição ainda na vigência da norma anterior, terão seu

²⁵ CASTRO, A. P. E; LAZZARI J. B. **Comentários à reforma da previdência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 60.

²⁶ IBRAHIM, Fábio. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 608.

²⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em 27 out. 2020.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

direito resguardado à regra mais vantajosa, conforme disposto no artigo 3º da referida emenda.²⁹

3.2 APOSENTADORIA POR IDADE

A aposentadoria por idade é o benefício, previsto nos artigos 48 a 51 da Lei 8.213/1991, que garante uma renda à pessoa que alcança a idade avançada. Ibrahim explica que o benefício visa a garantir a manutenção do segurado e de sua família quando a idade avançada não permita a continuidade da atividade laboral.

A prestação, conforme regra anterior à EC 103/2019, é concedida aos 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, com redução de 5 (cinco) anos para os segurados especiais de ambos os sexos.³⁰ Assim como a aposentadoria por tempo de contribuição, deverá ser satisfeita a carência 180 meses para concessão do benefício.³¹

Como relatado acima o segurado especial se favorece com a redução de 5 (cinco) anos tanto para homem, quanto para mulher, se homem 60 anos e se mulher 55 anos, assim como prevê a Constituição Federal de 1988.

Art. 201, § 7º, inc. II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal³².

Com a EC 103/2019 majorou-se a idade mínima da mulher para 62 anos, mantendo-se a inalterada a idade mínima

²⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

³⁰ IBRAHIM, Fábio. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 598.

³¹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

³² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

do homem (65 anos). Todavia, a carência para o segurado masculino, que ingressar no RGPS a partir da reforma, foi alterada das 180 contribuições (15 anos) para 20 anos, conforme estabelece o artigo 19 da emenda 103 de 2019.^{33 34}

Assim como se afirmou no tópico anterior, os segurados que satisfizeram todos os requisitos para aposentadoria por tempo de contribuição ainda na vigência da norma anterior, terão seu direito resguardado à regra mais vantajosa, conforme disposto no artigo 3º da referida emenda.³⁵

4 O RECONHECIMENTO DO TEMPO RURAL ANTERIOR AOS 12 (DOZE) ANOS DE IDADE

É notável a problemática instalada da vida da criança quando ela é inserida na atividade laboral como mão de obra essencial, pois inúmeros problemas podem se acumular pelas consequências trazidas em sua formação.

Dentre as consequências, como advertem Custodio e Veronese,³⁶ estão os problemas relacionados à saúde, a sua formação educacional, a ligação emocional derivada de sentimentos de amor aos familiares com abalos originados de uma infância aquém da normalidade para um indivíduo em formação.

4.1 Realidade Brasileira acerca do trabalho infantil

O Brasil ainda não superou diversos problemas sociais que enfrenta na contemporaneidade; alguns que, inclusive, atravessam gerações de políticas públicas, como é o caso da existência, de fato, do trabalho infantil.

³³ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

³⁴ AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 285.

³⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

³⁶ CUSTODIO, A. V.; VERONESE, J. R. P. **Trabalho Infantil: a negação de ser criança e adolescente no Brasil**. Ed. OAB-SC: Florianópolis, 2007, p. 105.

A nível global tem-se que é um problema que não assola somente o Brasil, pois a concentração de atividade laboral por crianças tem grande relevância também na África, Ásia e Pacífico. O quadro a seguir, a partir de dados da Organização Internacional do Trabalho confirma a existência de 152 milhões de crianças entre 5 e 17 anos submetidas ao trabalho infantil, dentre as quais 10 milhões foram sujeitadas a um regime de escravidão, no ano de 2016. Interessante informação de que 70,9% do trabalho infantil é desempenhado na agricultura, como segue na figura 1.

Figura 1 - Trabalho infantil no mundo.



Fonte: Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Fundação Walk Free, em parceria com a Organização Internacional para as Migrações (OIM).

Fonte: www.chegadetrabalhoinfantil.org.br.

A organização “Rede Peteca - Chega de Trabalho Infantil” é uma plataforma que visa a promoção dos direitos da

criança e do adolescente a partir da erradicação do trabalho infantil no país³⁷ e possui participação do Ministério Público do Trabalho entre os seus idealizadores.

No estudo mais atual sobre o tema, a partir do da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2015, a Organização mapeou o trabalho infantil no Brasil e aponta que 2,7 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos trabalham em todo o território nacional³⁸. Dois anos depois, em 2017, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou os dados do trabalho infantil no Brasil, com base em nova metodologia utilizada na PNAD, revisando a métrica primária, concluindo que 1,8 milhões de meninos e meninas de 5 a 17 anos trabalhavam no anterior de referência (2016) em atividades proibidas pela legislação (como insalubres, perigosas ou noturnas), ou seja, em situação de trabalho infantil, tratando os demais casos mensurados como trabalho permitido³⁹. Toda via, a Rede Peteca não coaduna com retificação realizada pelo IBGE e apresenta dados estatísticos a partir de amostragens para comprovar a realidade do trabalho infantil no Brasil.

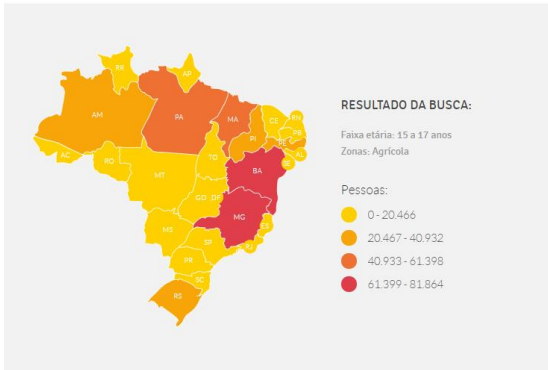
O mapa abaixo mostra o número de crianças e adolescentes envolvidas diretamente com o trabalho infantil de natureza agrícola, numa faixa etária entre os 5 e 17 anos, indicando uma maior concentração no Sudeste, Norte e Oeste, conforme figura 2.

³⁷ REDE PETECA: Chega de trabalho infantil. **Quem somos**. Disponível em: <https://www.chegade trabalho infantil.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 10 out. 2020.

³⁸ REDE PETECA: Chega de trabalho infantil. **Quem somos**. Disponível em: <https://www.chegade trabalho infantil.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 10 out. 2020.

³⁹ REDE PETECA: Chega de trabalho infantil. **Quem somos**. Disponível em: <https://www.chegade trabalho infantil.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 10 out. 2020.

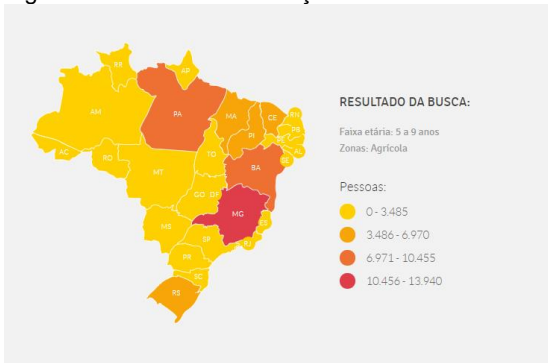
Figura 2 - Crianças e adolescentes envolvidas diretamente com o trabalho infantil.



Fonte: www.chegadetrabalhoinfantil.org.br.

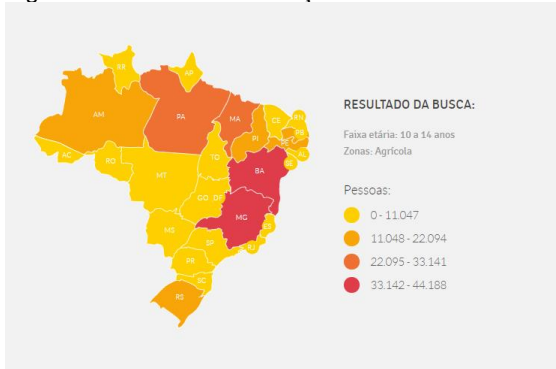
Porém, ao filtrar mais informações, é possível visualizar também o trabalho nas faixas etárias entre os 5 e 9 anos e entre os 10 e 14 anos, comprovando que o trabalho de crianças em tenra idade (5 a 9 anos) é relevante na ponderação da estatística, conforme a figura 3 e 4:

Figura 3 - Trabalho de crianças em tenra idade.



Fonte: www.chegadetrabalhoinfantil.org.br.

Figura 4 - Trabalho de crianças em tenra idade.



Fonte: www.chegadetrabalhoinfantil.org.br

Por sua vez, esse estudo mostra também a situação do estado de Santa Catarina, que divide a mão de obra infantil em atividades principais relacionadas à agricultura, à pesca, à silvicultura e à pecuária (16%), ao comércio (29,1%) e à indústria de transformação mineral, ligada à produção de matéria bruta natural (22,8%), como indicam os dados na figura 5 abaixo:⁴⁰

⁴⁰ “A Organização assim traça o perfil do Estado de Santa Catarina: O trabalho de crianças e adolescentes no Estado caiu de 220.705 mil em 2004 para 96.739 em 2015, redução de 56%, segundo a Phad. Santa Catarina é a unidade da federação com maior percentual de trabalho infantil na indústria de transformação, extração mineral, petróleo, gás, eletricidade e água: 22,8% das crianças e adolescente que trabalham no Estado. O dado referente à distribuição por grupo de atividade é baseado na Phad de 2014, tabulada na mais recente pesquisa do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI)”. REDE PETECA: Chega de trabalho infantil. **Mapa do Trabalho Infantil**. Disponível em: <https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/mapa-do-trabalho-infantil/#ficha-estado>. Acesso em: 10 out. 2020.

Figura 5 - Mão de obra infantil no Estado de Santa Catarina.

SANTA CATARINA

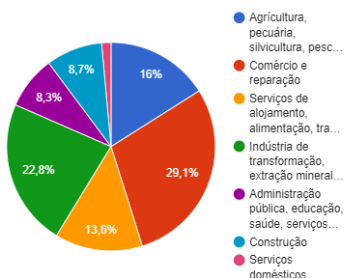
POPULAÇÃO TOTAL DO ESTADO: 6.838.878*

TOTAL NA FAIXA DOS 5 A 17 ANOS: 1.183.763

OCUPADOS DE 5 A 17 ANOS: 96.739

PERCENTUAL DE OCUPADOS EM RELAÇÃO À POPULAÇÃO DE 5 A 17 ANOS: 8,17%

Grupo de Atividades**

Fonte: www.chegadetrabalhoinfantil.org.br.

Como explica Grunspun,⁴¹ o trabalho de crianças e adolescentes causa consequências nas suas vidas e personalidades, pois ficam expostos a diversos agravamentos em decorrente desse trabalho precoce, como a várias lesões, ou até mesmo outros prejuízos como, ferimentos e doenças que surgem da relação com o trabalho; além do grande número de crianças sofre acidentes advindos do trabalho, deixando sequelas que podem prejudicar a capacidade laborativa.

A criança necessita do seu tempo para brincar, pois isso faz parte de seu crescimento, de sua vida psicológica, para que seu desenvolvimento tenha o básico em seu redor, quando essa questão se inverte veremos uma vida de cansaço, e algo de mais precioso lhe é tirado, que é seu tempo para brincar⁴².

⁴¹ GRUNSPUN, Haim. **O trabalho das crianças e dos adolescentes**. São Paulo: LTr, 2000, p. 19-20.

⁴² GRUNSPUN, Haim. **O trabalho das crianças e dos adolescentes**. São Paulo: LTr, 2000, p. 29.

5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO TRABALHO INFANTIL COMO HÁBIL PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PREVIDENCIÁRIO

Considerando a realidade brasileira, num cenário no qual ainda se evidencia o trabalho infantil, os tribunais brasileiros foram instados a julgar demandas propostas por pessoas que exerceram atividade como seguradas especiais (rural, pesca, extrativismo) em busca da utilização do período para fins de concessão, especialmente de aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição.

Neste tópico, duas decisões emblemáticas, uma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e outra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), serão apreciadas no que toca aos fundamentos para admissão do tempo de labor da criança, antes dos 12 anos de idade, para reflexos previdenciários.

5.1 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O TRF4, nos autos da Apelação Cível n. 5017267-34.2013.4.04.7100/RS⁴³, diante da realidade do trabalho infantil em zonas rurais, reconheceu que tal atividade exercida por crianças com idade inferior aos doze anos seja utilizada para fins previdenciários.

O principal argumento da Corte se dá pelo fato de não poder haver uma dupla penalização, haja vista além de tais crianças terem sua infância suprimida por estarem trabalhando, não poderiam ser punidas também com a impossibilidade de proveito do resultado da atividade na Previdência.⁴⁴

⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível Nº 5017267-34.2013.4.04.7100/RS**. Apelante: Instituto nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal. Apelado: Os Mesmos. Relator: Des. Federal Hermes Siedler da Conceição Junior, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível Nº 5017267-34.2013.4.04.7100/RS**. Apelante: Instituto nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal. Apelado: Os Mesmos. Relator: Des. Federal Hermes Siedler da Conceição Junior, 11 de

Denota-se do extrato do voto da Desembargadora Salise Monteiro Sanchotene (que teve o voto acompanhado pela maioria de seus pares) que, embora exista vedação constitucional para o exercício do trabalho infantil, ou seja, antes dos 16 anos, a realidade brasileira deve ser considerada.⁴⁵ Para a julgadora, a norma proibitiva, com objetivo de ser uma garantia para vedação do trabalho infantil, não pode ser uma barreira ao fato social observado no Brasil.⁴⁶

A desembargadora relembra que, antes da evolução constitucional, o trabalho era permitido a partir dos 12 anos, posteriormente a partir dos 14 anos, e, então, somente com EC 20/1998 chegou-se ao patamar atual de 16 anos, com exceção do menor aprendiz a partir dos 14 anos. Logo, antes da EC 20/1998 havia um reconhecimento constitucional do trabalho, seja urbano ou rural, exercido por criança, pois era comum o compartilhamento das atividades do núcleo familiar, especialmente de natureza rural.⁴⁷

Salise Monteiro chama a atenção para uma pesquisa feita por amostragem pelo IBGE, em 2014, na qual se demonstra um crescimento relevante do trabalho infantil comparado aos anos anteriores, bem como uma redução em 2015 acompanhada de um aumento de incidência entre a faixa etária de 5 a 9 anos, comprovando um grande desequilíbrio para que haja um melhor controle.⁴⁸ Tais números são confirmados

abril de 2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível Nº 5017267-34.2013.4.04.7100/RS**. Apelante: Instituto nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal. Apelado: Os Mesmos. Relator: Des. Federal Hermes Siedler da Conceição Junior, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível Nº 5017267-34.2013.4.04.7100/RS**. Apelante: Instituto nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal. Apelado: Os Mesmos. Relator: Des. Federal Hermes Siedler da Conceição Junior, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível Nº 5017267-34.2013.4.04.7100/RS**. Apelante: Instituto nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal. Apelado: Os Mesmos. Relator: Des. Federal Hermes Siedler da Conceição Junior, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível Nº 5017267-34.2013.4.04.7100/RS**. Apelante: Instituto nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal. Apelado: Os Mesmos. Relator: Des. Federal Hermes Siedler da Conceição Junior, 11 de

pela análise apresentada no item anterior a partir dos elementos extraídos dos dados da ONG Chega de Trabalho Infantil.

Entretanto, embora favorável ao pleito dos segurados em face da Autarquia Previdenciária, o desafio não teve seu desfecho final na Corte Regional, sendo o processo elevado ao Superior Tribunal de Justiça para revisão.

5.2 O CRIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após o entendimento alcançado pela maioria da 6ª Turma do TRF4, o processo foi encaminhado ao STJ por meio do Recurso Especial n. 956.558.

O STJ, acompanhando a instância inferior, confirmou a conclusão de que os menores de 12 anos podem utilizar o tempo de efetivo trabalho para proveito de aposentadorias no RGPS⁴⁹.

A Corte esclarece que mesmo com a proibição constitucional ao trabalho infantil, não há como voltar no tempo e recuperar a infância dessas pessoas, atuando a interpretação jurisdicional como uma via de compensar todo o tempo perdido no decorrer de sua infância, que por uma causa nobre deixaram de ter outras oportunidades em suas vidas, pois é sabido que a decisão familiar de manter seus filhos desde pequenos no trabalho ocorre, em regra, em razão de extrema necessidade.⁵⁰

Segundo o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Constituição Federal fixa que o sistema previdenciário teria que garantir ao cidadão alguns direitos, lhe dando proteção, como por exemplo assegurar o direito a saúde, assistência social e a previdência social, com isso lhe garantiria uma vida mais digna.

abril de 2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)**. Agravante: João Cunha. Agravado: Instituto Nacional do Seguro social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 02 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)**. Agravante: João Cunha. Agravado: Instituto Nacional do Seguro social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 02 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2020.

Se um dos seus objetivos é a proteção social, não seria equânime somente por não alcançar a faixa etária legal para poder se inscrever como filiado da Previdência, afastar da ponderação a realidade da criança que trabalhou durante toda sua infância a criança perdendo sua infância e também o tempo de contribuição que laborou:⁵¹

É certo que o sistema de Previdência Social tem por objetivo, fixado na Constituição Federal, proteger o indivíduo, assegurando seus direitos à saúde, assistência social e previdência social; revelando-se elemento indispensável para garantia da dignidade humana. Assim, se o objetivo é a proteção social, não é admissível que o não preenchimento do requisito etário, por uma criança impelida a trabalhar antes mesmo dos seus doze anos, prejudique o acesso ao benefício previdenciário. Tal conduta sacrificaria duplamente o trabalhador, que teve sua infância sacrificada e não pode computar tal período para fins de acesso ao benefício previdenciário a que faz jus. Corroborando esse entendimento, esta Corte já assentou a orientação de que a legislação, ao vedar o trabalho infantil, teve por escopo a sua proteção, tendo sido estabelecida a proibição em benefício do menor e não em seu prejuízo, reconhecendo o labor rural exercido por criança com menos de 12 anos.⁵²

Assim, o Superior Tribunal de Justiça também veio a confirmar a possibilidade de reconhecimento de tempo de labor da criança, como segurada especial, para aproveitamento em benefícios previdenciários.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do referido trabalho, chega-se a um melhor entendimento dos pontos elucidados, relativos a conhecer do

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)**. Agravante: João Cunha. Agravado: Instituto Nacional do Seguro social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 02 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)**. Agravante: João Cunha. Agravado: Instituto Nacional do Seguro social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 02 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2020.

regime previdenciário no Brasil e o funcionamento desse sistema, com o fito de obter uma melhor interpretação desse conjunto que liga a previdência social a seus segurados. Verificou-se, ainda, como segurados da previdência são classificados e como funciona sua filiação ao RGPS.

Dentre os aspectos apresentados sobre a Reforma da Previdência (EC 103/2019), por meio de um esboço mínimo aplicável ao objeto desta pesquisa, pode-se afirmar que houve mudanças significativas para a vida de todos os brasileiros, pois, por exemplo, com a fixação da idade mínima, deixa de existir, na prática, a aposentadoria por tempo de contribuição, ressalvados os casos de aplicação das regras de transição.

É notório que ainda existe uma grande massa de crianças com faixa etária menor que doze anos de idade incluídas no mercado de trabalho e que estão desamparadas pela legislação previdenciária, pois embora existam mecanismos legais para vedação do trabalho infantil, a realidade fática, ainda atual, demonstra que é destoante da vontade do legislador.

Observa-se que esta realidade ainda pode perdurar por muito tempo, sendo inadmissível aceitar a normalidade de uma criança desenvolvendo-se sem uma infância, porquanto crescendo desta forma poderá trazer consigo reflexos em sua fase adulta, desde a seara do desenvolvimento educacional, profissional e emocional, sob risco, ainda, de ser penalizada no seu patrimônio previdenciário.

O reconhecimento, como tempo de serviço, do período em que menores de doze anos laboraram na atividade campesina é uma questão polêmica. Todavia, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), de forma sensível, reconheceu o fato de em famílias do meio rural ser comum as crianças ajudarem seus pais no trabalho até mesmo para ajudar no sustento da casa, na máxima interpretação do conceito de regime de economia familiar. A interpretação do TRF4 estendeu a possibilidade de reconhecimento uma tornasse realidade para reflexo na esfera previdenciária desses adultos, que no passado tiveram que iniciar sua jornada de trabalho de forma muito mais precoce, amenizando-se um

pouco do sofrimento que as mesmas tiveram no decorrer de suas vidas, pois já teriam sofrido a punição da perda da infância.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendeu também que as crianças não poderiam perder esse tempo de serviço, sob pena de uma dupla punição, sendo direito incorporado ao seu patrimônio jurídico o gozo dos efeitos do labor anterior aos doze anos de idade.

Por fim, sabe-se que além do tempo de serviço recuperado, mostra-se relevante que a pauta do trabalho infantil seja discutida, pois podem causar prejuízos irreversíveis. Afinal, caso houvesse uma política pública contundente, não precisaria o Poder Judiciário ser instado a analisar questão que reconhece a realidade diferente do ato legislado.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoco mpilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.048 de 06 de Maio de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em 27 out. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e

estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9). Previdenciário. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Aposentadoria por tempo de serviço. Trabalhador urbano. Cômputo do trabalho rural anterior à Lei 8.213/1991 sem o recolhimento das contribuições. Possibilidade de cômputo do trabalho rural anterior aos 12 anos de idade. Indispensabilidade da mais ampla proteção previdenciária às crianças e adolescentes. Possibilidade de ser computado período de trabalho prestado pelo menor, antes de atingir a idade mínima para ingresso no mercado de trabalho. Excepcional prevalência da realidade factual diante de regras positivadas proibitivas do trabalho do infante. Entendimento alinhado à orientação jurisprudencial da TNU. Atividade campesina devidamente comprovada. Agravo interno do segurado provido. Agravante: João Cunha. Agravado: Instituto Nacional do Seguro social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 02 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jus.br>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível Nº 5017267-34.2013.4.04.7100/RS. Direito Previdenciário. Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal para afastar a idade mínima prevista no Art. 11 da Lei 8.213/91 para fins de reconhecimento de tempo de serviço e de contribuição. Interesse de agir do MPF. Reconhecimento. Efeitos jurídicos da sentença. Abrangência nacional da decisão prolatada em Ação Civil Pública. Art. 16

da Lei. 7.347/85. Interpretação do Art. 7º, XXXIII da Constituição Federal. Trabalho infantil X proteção previdenciária. Realidade fática brasileira. Indispensabilidade de proteção previdenciária às crianças. Possibilidade de ser computado período de trabalho sem limitação de idade mínima. ACP integralmente procedente. Julgamento pelo Colegiado Ampliado. Art. 942 do CPC. Recurso do MPF provido. Apelo do INSS desprovido. Apelante: Instituto nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal. Apelado: Os Mesmos. Relator: Des. Federal Hermes Siedler da Conceição Junior, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>. Acesso em: 05 ago. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil**: a negação do ser criança e adolescente no Brasil. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

GRUNSPUN, Haim. **O trabalho das crianças e dos adolescentes**. São Paulo: LTR, 2000.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito previdenciário**. Barueri: Manole, 2011.

LAZZARI, João Batista. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REDE PETECA: chega de trabalho infantil. Estatísticas do trabalho infantil. Disponível em: <https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 10 out. 2020.

REDE PETECA: chega de trabalho infantil. Mapa do Trabalho Infantil. Disponível em: <https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/mapa-do-trabalho-infantil/#ficha-estado>. Acesso em: 10 out. 2020.

REDE PETECA: chega de trabalho infantil. Quem somos.
Disponível em: <https://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 10 out. 2020.

**A POSSIBILIDADE DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA
CONTRA O DENUNCIANTE NOS INQUÉRITOS POLICIAIS
MILITARES ARQUIVADOS POR COMPROVAÇÃO DE
INOCÊNCIA: A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

***THE POSSIBILITY OF CALUNIOUS COMPLAINTS
AGAINST THE REPRESENTATIVE IN MILITARY POLICE
SURVEYS FILED FOR INNOVATION OF INNOCENCE: THE
PRACTICE OF THE PUBLIC MINISTRY***

**Marcelo de Farias Barbosa¹
Alexsandro da Silva²**

Resumo: Este trabalho tem a finalidade de compreender sobre a competência e possibilidade que o (a) autor (a) de denúncia caluniosa tem em ser responsabilizado, quando ofertada uma denúncia sobre um crime do qual se sabe que o policial não cometeu. Esta pesquisa classifica-se como bibliográfica e documental, de natureza exploratória e abordagem qualitativa e discutiu os procedimentos posteriores ao arquivamento de Inquéritos Policiais Militares, na busca de informações sobre a possibilidade de denúncia caluniosa contra o denunciante após a comprovação de inocência do denunciado, mas não restou compreendido na análise feita nessa pesquisa, sobre a real competência para a oferta de denúncia de crime de denúncia caluniosa contra a pessoa que acusa o Policial Militar de ter cometido um crime, sabendo que o mesmo não o fez. Por fim, verificou-se e conclui-se que, após toda a investigação policial, constatando-se a culpabilidade de um civil que cometeu um ato de denúncia

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: marcelodefariasbarbosa@hotmail.com.

² Doutorando em Administração pela UNISUL. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires (ARG). Mestre em Administração. Bacharel em Direito. Bacharel em Administração. Bacharel em Ciências Contábeis. Pós-Graduação em Gestão e Direito Ambiental. Pós-graduação em Direito Constitucional Aplicado. Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal. Pós-Graduação em Gestão Pública. Pós-Graduação em Direito Tributário. Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. MBA Internacional em Gestão Executiva. Pós-Graduação em Direito Corporativo e Compliance. Pós-Graduação em Direito Administrativo. Professor da disciplina de Direito Penal IV do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: alexsandrodasilva3@gmail.com.

caluniosa contra um militar, os autos do inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público para que seja feita a denúncia perante o juízo criminal comum, e caso o próprio Ministério Público não realize a denúncia, o policial militar ofendido poderá oferecer a queixa-crime, conforme expõe o procedimento comum do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Direito Penal Militar. Inquérito policial. Denúncia caluniosa.

Abstract: *This work has the purpose of understanding about the competence and possibility that the author of the slanderous accusation has to be held responsible, when offered a complaint about a crime that is known that the police did not commit. This research is classified as bibliographical and documentary, of exploratory nature and qualitative approach and discussed the procedures after the filing of Military Police Investigations, in search of information about the possibility of slanderous denunciation against the whistleblower after the proven innocence has been proven, but it was not understood in the analysis made in this research, about the real competence to offer a crime report of slanderous denunciation against the person who accuses the Military Police of having committed a crime, knowing that he did not do it. Finally, it was verified and concluded that, after all the police investigation, finding the culpability of a civilian who committed an act of slanderous denunciation against a military man, the records of the investigation must be forwarded to the Public Prosecutor's Office so that the complaint is made before the common criminal court, and if the Public Ministry itself does not make the complaint, the offended military police officer may offer the criminal complaint, as stated in the common procedure of the Code of Criminal Procedure.*

Keywords: *Military Criminal Law. Police inquiry. Slanderous denunciation.*

1 INTRODUÇÃO

Sempre existem dúvidas sobre o que acontece com o denunciante quando o inquérito movido contra um determinado servidor público, sendo este Policial Militar, é arquivado por comprovação de inocência. Questiona-se se, na situação jurídica, poderá o Ministério Público promover de ofício inquérito por denúncia caluniosa ou deverá ser provocado pela parte mesmo que o inquérito tenha sido arquivado.

Considerando que o Ministério Público “foi criado com a função de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais,”³ a ideia inicial é de que se encontre uma competência com base na pesquisa, diante disso, descubra-se qual a real competência.

É necessário analisar sobre como se dá a abertura de um Inquérito Policial Militar - IPM após a realização de oferta de denúncia por suposto crime praticado pelo agente público, na sequência será debatido o conceito de servidor público. Após, ainda será exposto sobre do que se trata o Inquérito Policial Militar e como se dá seu arquivamento. Em consequência ao assunto será focado em torno da competência de oferta de denúncia caluniosa após a comprovação de inocência do acusado e sobre o que é o crime de denúncia caluniosa. Já no que tange ao Ministério Público, será voltado para a tentativa de entrevista para sanar a dúvida se a competência originária para oferta de crime de denúncia caluniosa seria desse órgão ou não.

O objetivo da geral da presente pesquisa versa sobre a possibilidade de denúncia caluniosa contra o denunciante nos inquéritos policiais militares arquivados por comprovação de inocência: a atuação do Ministério Público. Utilizou-se como metodologia a caracterização da pesquisa classificando-se como bibliográfica e documental, sendo baseado em leis

³ CONAMP. **Você sabe o que o Ministério Público faz?** Conheça as áreas de atuação! 2017. Disponível em: [https://www.conamp.org.br/blog/voce-sabe-o-que-o-ministerio-publico-faz-conheca-as-areas-de-atuacao/?utm_source=blog&utm_campaign=rc_blogpost#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20foi%20criado,%2C%20dignidade%2C%20dentre%20outros\).](https://www.conamp.org.br/blog/voce-sabe-o-que-o-ministerio-publico-faz-conheca-as-areas-de-atuacao/?utm_source=blog&utm_campaign=rc_blogpost#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20foi%20criado,%2C%20dignidade%2C%20dentre%20outros).) Acesso em: 07 nov. 2020.

disponíveis e jurisprudências. Teve natureza exploratória e abordagem qualitativa. As fontes foram variadas, passando pelos estágios de leitura exploratória, leitura seletiva e leitura analítica, a fim de que nessa ordem tenha-se identificado o material, feita a seleção e obtida a compreensão pretendida, para ao final ser interpretado, ou seja, que seja defendido um posicionamento a respeito do tema por meio de análise de dados, análise crítica das fontes coletadas, visando a confirmação da hipótese levantada inicialmente.

2 DA ABERTURA DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR FRENTE ÀS DENÚNCIAS FEITAS POR PESSOAS CIVIS DURANTE AS OCORRÊNCIAS

A abertura de Inquérito Policial Militar se dá quando alguém promove denúncia de algum fato criminoso praticado pelo profissional policial que durante o seu horário de serviço ou de folga possa ter cometido um suposto ato ilícito, esse inquérito é aberto para averiguar se de fato ocorreu alguma transgressão ou não.

2.1 DO SERVIDOR PÚBLICO POLICIAL MILITAR

Para toda empresa bem sucedida há de se ter um Recursos Humanos bem formado, capaz de atender e fazer muito bem o serviço que a empresa se propõe a prestar, de certo modo não se vislumbra outra coisa a não ser o mesmo que deve existir nos órgãos públicos em suas prestações de serviços a sociedade.

O agente público, conforme entendimento de Cardoso e Pedro é caracterizado por estar investido em uma função pública e por ser dotado da natureza dessa função que é pública, de um modo mais simples chama-se servidor público a pessoa física que presta serviços ao estado e às entidades da

administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.⁴

A expressão agentes públicos é utilizada em sentido amplo e genérico, por tanto funcional, a partir dela podemos identificar suas espécies, e para entendermos melhor as categorias (ou espécies) de agentes públicos, faça-se necessário citar Hely Lopes Meirelles, que em sua obra clássica definiu quatro espécies, os agentes políticos, os agentes administrativos, os agentes honoríficos e os agentes delegados. Em uma posição mais moderna podemos citar Maria Sylvia Zanela di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello que classificam as espécies da seguinte forma: os agentes políticos, servidores públicos, e particulares em colaboração com o poder público.⁵

Os Policiais Militares são funcionários públicos encaixados no rol de servidores estatutário, ocupantes de cargos públicos providos por concurso público, de acordo com o artigo 37, inciso II da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Os Policiais Militares ainda são regidos por um estatuto, estabelecido em lei, para cada uma das unidades da federação. No caso de Santa Catarina, a Lei nº 6.218/1983 (SANTA CATARINA, 1983), que traz o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, e dá outras providências. Os novos servidores, ao serem investidos no cargo, já ingressam numa situação jurídica previamente delineada.

2.2 DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

O Inquérito Policial Militar é um procedimento administrativo que apura denúncias de fatos que possam constituir crimes militares, delitos da competência da Justiça Militar. Tais crimes são elencados pelo artigo 9º do Código

⁴ CARDOSO, Eliane Gomes de Bastos; PEDRO, Nívea Simone de Freitas. **Servidores públicos:** um breve estudo. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/servidores-publicos-um-breve-estudo/>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁵ CARDOSO, Eliane Gomes de Bastos; PEDRO, Nívea Simone de Freitas. **Servidores públicos:** um breve estudo. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/servidores-publicos-um-breve-estudo/>. Acesso em: 10 out. 2020.

Penal Militar (CPM), bem como os possíveis agentes ativos (autores), a seguir *in verbis*:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este [sic] Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada.

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele [sic] fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017) Crimes militares em tempo de guerra.⁶

Uma nova modalidade surgiu em 2017, sendo esta chamada de crimes militares por extensão, o que conforme Vasques:

Com o advento da Lei 13.491/17, o critério *ex vi legis* continuou prestigiado, todavia, reconhecemos agora o acréscimo de uma nova categoria de crimes militares que denominamos crimes militares por extensão, que são os crimes da legislação comum (Código Penal e Leis extravagantes), quando preencherem uma das condições do artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar.⁷

⁶ BRASIL. **Lei nº 13.491**. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁷ VASQUES, Iremar Aparecido da Silva. **Os crimes militares por extensão e seu apenamento: uma solução possível**. 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/10/31/Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-seu-apanamento-uma-solu%C3%A7%C3%A3o-poss%C3%ADvel>. Acesso em: 14 nov. 2020.

Essa nova modalidade está prevista na Lei nº 13.491 de 13 de outubro de 2017 que previu a alteração do artigo 9º do Código Penal Militar trazendo a seguinte redação:

Art. 1º O art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.” (NR).⁸

Na realização dos inquéritos é que são adquiridos elementos que serão utilizados para sustentar a promoção adequada do Ministério Público, como o oferecimento de denúncia ou arquivamento do inquérito.

⁸ BRASIL. Lei nº 13.491. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113491.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

O Inquérito Policial Militar se inicia mediante da chamada “portaria de instauração”, que surge após o conhecimento de um dos fatos mencionados no artigo 10 do Código de Processo Penal Militar, para então que o fato possa a ser apurado. Vejamos o que diz o artigo:

Art. 10. O inquérito é iniciado mediante portaria:

- a) de ofício, pela autoridade militar em cujo âmbito de jurisdição ou comando haja ocorrido a infração penal, atendida a hierarquia do infrator;
- b) por determinação ou delegação da autoridade militar superior, que, em caso de urgência, poderá ser feita por via telegráfica ou radiotelefônica e confirmada, posteriormente, por ofício;
- c) em virtude de requisição do Ministério Público;
- d) por decisão do Superior Tribunal Militar, nos termos [sic] do art. 25;
- e) a requerimento da parte ofendida ou de quem legalmente a represente, ou em virtude de representação devidamente autorizada de quem tenha conhecimento de infração penal, cuja repressão caiba à Justiça Militar;
- f) quando, de sindicância feita em âmbito de jurisdição militar, resulte indício da existência de infração penal militar. Superioridade ou igualdade de posto do infrator:

§ 1º Tendo o infrator posto [sic] superior ou igual ao do comandante, diretor ou chefe de órgão ou serviço, em cujo âmbito de jurisdição militar haja ocorrido a infração penal, será feita a comunicação do fato à autoridade superior competente, para que esta torne efetiva a delegação, nos termos [sic] do § 2º do art. 7º.

Providências antes do inquérito:

§ 2º O aguardamento da delegação não obsta que o oficial responsável por comando, direção ou chefia, ou aquele [sic] que o substitua ou esteja de dia, de serviço ou de quarto, tome ou determine que sejam tomadas imediatamente as providências cabíveis, previstas no art. 12, uma vez que tenha conhecimento de infração penal que lhe incumba reprimir ou evitar.

Infração de natureza não militar:

§ 3º Se a infração penal não for, evidentemente, de natureza militar, comunicará o fato à autoridade policial competente, a quem fará apresentar o infrator. Em se tratando de civil, menor de dezoito anos, a apresentação será feita ao Juiz de Menores.

Oficial general como infrator:

§ 4º Se o infrator for oficial general, será sempre comunicado o fato ao ministro e ao chefe de Estado-Maior competentes, obedecidos os trâmites regulamentares. Indícios contra oficial de posto superior ou mais antigo no curso do inquérito

§ 5º Se, no curso do inquérito, o seu encarregado verificar a existência de indícios contra oficial de posto [sic] superior ao seu, ou mais antigo, tomará as providências necessárias para que as suas funções sejam delegadas a outro oficial, nos termos do § 2º do art. 7º.⁹

O Inquérito Policial Militar - IPM tem caráter sigiloso conforme a redação nos termos do artigo 16 do Código de Processo Penal Militar que diz, “O inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado.”¹⁰

Este sigilo não poderá ser oposto ao advogado do indiciado, salvo no que concerne aos elementos de prova ainda não documentados no procedimento, de acordo com o enunciado da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 14 que diz que:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.¹¹

Ainda neste sentido dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil que:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XIV- examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos

⁹ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁰ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**: súmula vinculante n. 14. Súmula Vinculante n. 14. [2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 09 out. 2020.

ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.¹²

O ofendido e as testemunhas serão ouvidos em termo de inquirição, o indiciado será ouvido em termo de interrogatório, e todos que estiverem em cidade diferente de onde se instaurou o inquérito poderão ser ouvidos por videoconferência ou carta precatória.¹³

Terminado o Inquérito Policial Militar - IPM, o Encarregado, autoridade originária ou delegado, emitirá um “Relatório” constituído de três partes, sendo elas: (I) aquela que conterà o objetivo do Inquérito Policial Militar - IPM com pequeno histórico dos fatos; (II) um capítulo destinado às diligências realizadas e aos resultados obtidos e um capítulo destinado a elencar as provas que fundamentam a análise dos fatos; (III) com base nas provas elencadas, e citando-as concluirá sobre como se deram os fatos investigados, respondendo: 1. O que aconteceu? 2. Quem participou ou presenciou? 3. Contra quem foi feito? 4. Quando ocorreu? 5. Onde ocorreu? 6. Como ocorreu? 7. Por qual razão ocorreu? 8. Com auxílio de quem? 9. E quais as normas não penais eventualmente violadas.¹⁴

Deverá também haver uma conclusão sobre se houve ou não crime militar, ou transgressão/contravenção disciplinar, não havendo necessidade de tipificar a conduta, nem havendo óbice a que o faça. Ainda, se manifestará sobre a necessidade de ser decretada a prisão preventiva, conforme o artigo 22 do Código de Processo Penal Militar e artigos 254 e 255 do mesmo diploma legal.¹⁵

Os autos do Inquérito Policial Militar - IPM serão remetidos à autoridade originária por meio de ofício de

¹² BRASIL. **Decreto Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Senado Federal.

¹³ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020

remessa. Nesse caso, o escrivão deverá lavrar termo de “Remessa” a fim de que conste nos autos a expedição do Inquérito Policial Militar - IPM para a autoridade originária, conforme o artigo 24 do Código de Processo Penal Militar, que prevê que “Art. 24. A autoridade militar não poderá mandar arquivar autos de inquérito, embora conclusivo da inexistência de crime ou de inimizabilidade do indiciado.”¹⁶

A autoridade originária examinará as conclusões expostas no “Relatório”, pelo encarregado, e decidirá, por meio de “solução”, e ela será exarada dentro dos prazos previstos no artigo 20 do Código de Processo Penal Militar para conclusão do Inquérito Policial Militar - IPM.¹⁷

Quando ficar constatado que o fato apurado constitui transgressão/contravenção disciplinar, não tipificada como crime militar, ou que, além da conduta considerada crime militar, for constatada a existência de transgressão/contravenção disciplinar, a autoridade nomeante fará constar tal circunstância na Solução do Inquérito Policial Militar - IPM e deverá adotar as providências necessárias para apuração do fato.¹⁸

A solução do Inquérito Policial Militar - IPM é ato privativo da autoridade policial judiciária militar, não se atendo à pessoa ocupante do cargo, mas sim à autoridade que dele advém. Quando a instauração decorrer de determinação de autoridade superior, caberá a esta homologar a “solução” ou avocá-la, dando outra diferente. A “solução” dada por outrem, no impedimento, só é admitida em caso plenamente justificável, que, nela, deverá estar explicado.¹⁹

Mesmo quando ficar constatado que o fato não caracteriza transgressão/contravenção disciplinar, nem crime

¹⁶ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020

¹⁷ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020

¹⁸ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020

¹⁹ BRASIL. **Manual de polícia judiciária militar / Ministério Público Militar, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica**. Brasília, DF: Ministério Público Militar, 2019. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/06/manual-pjm.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

militar, a autoridade nomeante deverá encaminhar o Inquérito Policial Militar - IPM às Circunscrições Judiciárias Militares - CJM correspondente, na forma do item anterior, pois o arquivamento só poderá ser feito judicialmente, mediante pedido do Ministério Público Militar - MPM, conforme redação do artigo 24 do Código de Processo Penal Militar.²⁰

Solucionado o Inquérito Policial Militar - IPM, a autoridade originária remeterá imediatamente os autos do inquérito diretamente ao Juiz Federal Militar da CJM onde ocorreu a infração penal, acompanhados dos instrumentos desta, bem como todos os objetos que interessem à sua prova, informando, ainda, acerca das diligências que não puderam ser concluídas.

O arquivamento dos autos não impede a instauração de novo Inquérito Policial Militar - IPM, se novas provas surgirem em relação ao fato, ao indiciado ou terceira pessoa, ressalvadas as hipóteses de extinção de punibilidade, conforme o artigo 25 do Código de Processo Penal Militar.²¹

Os autos de sindicância que derem origem à instauração de Inquérito Policial Militar - IPM serão anexados integralmente à portaria, no original ou em cópia autenticada, não havendo necessidade de repetir os procedimentos nela contidos, a não ser que se identifique a necessidade de complementar informações ou que se tenha omitido formalidade essencial.²²

Com o Inquérito concluso, o Ministério Público Militar, ao receber os autos, analisará os fatos e concluirá informando se ofertará a denúncia contra o policial militar ao juiz militar, ou se inclinará para o arquivamento.

²⁰ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020

²¹ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020

²² BRASIL. **Manual de polícia judiciária militar / Ministério Público Militar, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica**. Brasília, DF: Ministério Público Militar, 2019. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/06/manual-pjm.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

3 DO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS

O inquérito policial é um procedimento temporário, sendo inadmissível uma investigação *ad aeternum* (de modo eterno). Por ser um procedimento temporário, seu desenvolvimento procedimental caminha para a extinção, sendo preciso definir as causas extintivas. Embora regido por legislação especial, a persecução penal de crimes militares, está sujeita ao princípio acusatório.²³

Conforme, ainda, o autor, a hipótese de arquivamento do inquérito policial: a ausência de justa causa para a ação penal, sendo para a jurisprudência, o conceito de justa causa quando procede a um exame da acusação, já formalizada, sob dois pontos de vista distintos: um *formal*, a partir da existência de elementos típicos (tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva) e outro *material*, com base na presença de elementos indiciários (autoria e materialidade).²⁴

E, conforme expõe o Código de Processo Penal Militar a respeito do arquivamento:

Art 25. O arquivamento de inquérito não obsta a instauração de outro, se novas provas aparecerem em relação ao fato, ao indiciado ou a terceira pessoa, ressalvados o caso julgado e os casos de extinção da punibilidade.

§ 1º Verificando a hipótese contida neste artigo, o juiz remeterá os autos ao Ministério Público, para os fins do disposto no art. 10, letra c.

§ 2º O Ministério Público poderá requerer o arquivamento dos autos, se entender inadequada a instauração do inquérito.²⁵

²³ AGUIAR, Paulo Henrique da Silva. **A extinção do inquérito policial**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49151/a-extincao-do-inquerito-policial>. Acesso em: 26 out. 2020.

²⁴ AGUIAR, Paulo Henrique da Silva. **A extinção do inquérito policial**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49151/a-extincao-do-inquerito-policial>. Acesso em: 26 out. 2020.

²⁵ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020

Mas ressalta-se que este ato de arquivamento não impede que seja instaurado novo inquérito caso surjam novos fatos.

4 DA COMPETÊNCIA OU NÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROMOVER A ABERTURA DE INQUÉRITO POR DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA CONTRA O DENUNCIANTE APÓS O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

Após análise bibliográfica e buscas por conteúdo específicos na internet, restou prejudicado a coleta de informações sobre de quem de fato teria a competência para ofertar a denúncia de denúncia caluniosa contra o agente acusador após se comprovar inocência do acusado, pois não foram encontradas informações razoáveis sobre tal tema para se ter certeza plena sobre a competência originária de tal assunto.

Todavia, é sabido que o policial fica sem um respaldo do promotor de justiça quanto se ele promoveu a denúncia caluniosa ou não, dependendo do policial mesmo sem essa resposta, procurar uma delegacia com os autos conclusos e dar início a um novo procedimento criminal contra o(a) denunciante.

4.1 DA DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA

A denúncia caluniosa é um dos crimes contra a administração da justiça, elencado no artigo 339 do Código Penal brasileiro e consiste em:

Art. 339 - Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.²⁶

Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público – CNPM (2015), consiste em dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

Quanto ao primeiro requisito, a vítima do crime deve ser determinada, sendo o principal requisito do dolo, conforme expõe Martinelli (2016), não é necessário que o autor da denúncia informe a identidade completa do imputado, basta que os dados fornecidos sejam suficientes para identificá-lo.

Já no que tange ao segundo requisito, o fato imputado à vítima deve ser considerado crime ou contravenção pela legislação vigente no momento do ato. E quanto ao terceiro requisito, o agente deve estar ciente de que o fato imputado não foi praticado pela vítima. Faz parte do dolo a consciência da inocência e a vontade de imputar falsamente a prática de um crime. (MARTINELLI, 2016).

Ainda segundo Martinelli (2016), a falsidade da imputação ocorre não apenas quando o fato imputado não se verificou, mas também quando, embora verdadeiramente ocorrido, tenha sido praticado por outra pessoa.

Quanto aos dispositivos que dão uma base jurídica a todo ordenamento brasileiro sendo elas as doutrinas e jurisprudência, Martinelli (2016) expõe que:

A maior parte da doutrina entende que a punibilidade do denunciante está condicionada à comprovação da falsidade no processo ou procedimento a que deu origem com sua acusação. Assim, a falsidade da imputação resta comprovada, seja pela decisão definitiva que reconheça a inocência do acusado, seja pelo arquivamento do inquérito policial. A jurisprudência entende ser necessário

²⁶ BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 25 nov. 2020.

apenas o arquivamento do inquérito policial para existir a justa causa ao processo por denúncia caluniosa. Desse modo, arquivado o inquérito iniciado pela falsa acusação, já existiriam indícios suficientes para início da ação penal por denúncia caluniosa. Neste sentido: “Basta o arquivamento do inquérito policial sobre o crime imputado para que se dê ensejo ao processo pela denúncia caluniosa. Recurso desprovido” (STF – RHC – Rel. Amaral Santos); também: “A denúncia por infração ao art. 339 do CP depende de comprovação da falsidade da imputação, com o preliminar arquivamento do inquérito policial” (TJPR – HC – RT 548/345).

A ação penal é pública incondicionada no crime de denúncia caluniosa, pois o interesse maior é da coletividade, ou seja, não depende de representação, neste sentido expõe o artigo 24 do Código de Processo Penal:

Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (grifou-se).²⁷

O Ministério Público é o responsável conforme o artigo 129 da Constituição Federal que prevê que “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei,”²⁸ ou seja:

Daí a distinção a ser feita entre ação penal pública Incondicionada e Condicionada: quando promovida pelo Ministério Público sem que haja necessidade de manifestação de vontade da vítima ou de outra pessoa, a ação pena; é incondicionada; quando, entretanto, por lei o Órgão Ministerial depende da representação da vítima ou da requisição o Ministro da Justiça para a interposição da ação, esta é classificada como Ação Penal Pública Condicionada. Caracteriza-se assim a ação penal pública

²⁷ BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

incondicionada por ser a promovida pelo Ministério Público sem que esta iniciativa dependa ou se subordine a nenhuma condição, tais como as que a lei prevê para os casos de ação penal pública condicionada, tais como representação do ofendido e requisição do ministro da Justiça.²⁹

Nesse sentido conclui-se que se o denunciante deverá preencher os três requisitos necessários para o cometimento do crime de denunciação caluniosa: a imputação do fato deve ser determinada a pessoa exata, a imputação do fato deve ser considerada criminosa, e deve ter ciência de que o acusado é inocente.

Preenchidos esses requisitos, poderá sim o denunciante ser denunciado e investigado, passando de vítima a autor, sendo então aberto inquérito na Polícia Civil para então ser dado procedimento a investigação do fato criminoso.

4.2 DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é protegido pela Constituição Federal e está exposto nos artigos 127 a 130,³⁰ e conforme o artigo 127:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.³¹

Além da Constituição Federal, está protegido pela Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, que prevê em seu artigo 1º:

²⁹ CAVALCANTE, Karla Karêmina Andrade Carlos. **Ação penal pública condicionada e incondicionada**. 2002. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-11/acao-penal-publica-condicionada-e-incondicionada/>. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

Art. 1º - O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis, e será organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta Lei Complementar.³²

Ou seja:

O Ministério Público é o grande defensor dos interesses da sociedade e atua de diversas formas. Ampara os direitos que dizem respeito a todos, como a proteção ao meio ambiente. Age na proteção daqueles que não têm condições de se defender, como as crianças. Zela pelos direitos dos quais as pessoas não podem abrir mão, como a vida e a saúde. Atua, ainda, na defesa da ordem jurídica e do regime democrático. O Ministério Público defende o interesse público, não o privado. É uma instituição pública independente, que não pertence ao Poder Judiciário nem aos Poderes Executivo, Legislativo ou ao Tribunal de Contas.³³

Segundo a Constituição são funções do Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

³² BRASIL. **Lei Complementar n. 40**. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

³³ MPSC. **Conheça o Ministério Público**. 2020. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/o-ministerio-publico/o-ministerio-publico>. Acesso em: 14 nov. 2020.

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.³⁴

Da mesma forma que a Lei Complementar nº 40/1981, prevê as funções, sendo elas:

Art. 3º - São funções institucionais do Ministério Público:

I - velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;

II - promover a ação penal pública;

III - promover a ação civil pública, nos termos da lei.³⁵

Dentro do Ministério Público existem algumas ramificações, abrangendo os seguintes: 1 - O Ministério Público da União (MPU) compreende os seguintes ramos: a) O Ministério Público Federal (MPF); b) O Ministério Público do Trabalho (MPT); c) O Ministério Público Militar (MPM); d) O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). 2 - Os Ministérios Públicos dos Estados (MPE).³⁶

4.2.1 Do Ministério Público Militar

Referente ao Ministério Público Militar, ramificação do Ministério Público da União, e que interessa a esse estudo, este atua na apuração dos crimes militares, bem como no controle

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

³⁵ BRASIL. **Lei Complementar n. 40**. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

³⁶ MPU. **Sobre o Ministério Público da União**. 2020. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional>. Acesso em: 14 nov. 2020.

externo da atividade policial judiciária militar e ainda na instauração do inquérito civil.³⁷

Segundo o próprio Ministério Público Militar ainda são funções:

- a proteção, a prevenção e a reparação de dano ao patrimônio público, ao meio ambiente e aos bens e direitos de valor histórico e cultural;
- a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos;
- a proteção dos direitos constitucionais no âmbito da administração militar.³⁸

Mas ressalta-se que a atuação do Ministério Público Militar somente pode ser feita quando tangem aos crimes militares propriamente ditos, cometidos por militares e não por civis.

4.3 DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CASOS DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA FEITAS CONTRA POLICIAIS MILITARES

Conforme demonstrado até o presente momento, o Ministério Público atua em casos relacionados aos civis e o Ministério Público Militar em casos relacionados aos militares e os crimes que envolvem o policial militar.

Como o crime de denúncia caluniosa, objeto de estudo da presente pesquisa, tange a um civil ter cometido tal ato contra o militar, este deverá ser denunciado e processado perante a justiça comum.

Ocorre por fim que, após toda a investigação policial, se constatado a culpabilidade de um civil que cometeu um ato de denúncia caluniosa contra um militar, os autos do inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público para que seja feita a denúncia perante o juízo criminal comum, e caso o

³⁷ MPM. **Função**. 2020. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/funcao/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

³⁸ MPU. **Sobre o Ministério Público da União**. 2020. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional>. Acesso em: 14 nov. 2020.

próprio Ministério Público não realize a denúncia, o policial militar ofendido poderá oferecer a queixa-crime conforme expõe o procedimento comum do Código de Processo Penal na Delegacia de Polícia para se dar abertura a um novo inquérito policial, chamando novamente as partes envolvidas para uma melhor elucidação dos fatos transcritos no Inquérito Policial Militar a fim de esclarecer se deverá o delegado denunciar ou não o agente ao Ministério Público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identificou-se como é conferida a abertura de inquérito policial militar frente às denúncias feitas por pessoas civis durante as ocorrências que se dá quando alguém promove denúncia de algum fato criminoso praticado pelo profissional policial que durante o seu horário de serviço ou de folga possa ter cometido um suposto ato ilícito, esse inquérito é aberto para averiguar se de fato ocorreu alguma transgressão ou não.

Após foi analisado a função e agente público sendo este caracterizado por estar investido em uma função pública e por ser dotado da natureza dessa função que é pública, sendo ainda definido de forma simples a função de servidor público sendo a pessoa física que presta serviços ao estado e às entidades da administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos, e ainda determinando a pessoa sendo esta policial militar que são funcionários públicos encaixados no rol de servidores estatutário, ocupantes de cargos públicos providos por concurso público, de acordo com o artigo 37, inciso II da Constituição Federal.

Quanto ao Inquérito Policial Militar - IPM foi explicado que se trata de um procedimento administrativo que apura denúncias de fatos que possam constituir crimes militares, delitos da competência da Justiça Militar, e que estes crimes são elencados pelo artigo 9º do Código Penal Militar (CPM). Ainda sobre o inquérito foi exposto como se dá o arquivamento já que este é um procedimento temporário, sendo inadmissível

uma investigação *ad aeternum*, estando exposto no artigo 25 do Código de Processo Militar.

Quanto ao da competência ou não do Ministério Público em promover a abertura de inquérito por denúncia caluniosa contra o denunciante após o arquivamento do inquérito policial militar, foi analisado o que é a denúncia caluniosa, que é um dos crimes contra a administração da justiça, que, consiste em dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

Por último, avaliou-se a possibilidade de a competência ser do Ministério Público a abertura do inquérito e em caso negativo, quais os procedimentos que o policial militar precisa adotar para que o denunciante responda pelo seu ato.

Conclui-se que, após toda a investigação policial, se constatado a culpabilidade de um civil que cometeu um ato de denúncia caluniosa contra um militar, os autos do inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público para que seja feita a denúncia perante o juízo criminal comum, e caso o próprio Ministério Público não realize a denúncia, o policial militar ofendido poderá oferecer a queixa-crime conforme expõe o procedimento comum do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Paulo Henrique da Silva. **A extinção do inquérito policial**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49151/a-extincao-do-inquerito-policial>. Acesso em: 26 out. 2020.

ARROS, Francisco Dirceu. **O arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime**. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei n. 1.001**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei n. 1.002**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei n. 3.689**. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 40**. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.491**. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. **Manual de polícia judiciária militar / Ministério Público Militar, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica**. Brasília, DF: MPM, 2019. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/06/manual-pjm.pdf> . Acesso em: 14 out. 2020.

CARDOSO, Eliane Gomes de Bastos; PEDRO, Nívea Simone de Freitas. **Servidores públicos: um breve estudo**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/servidores-publicos-um-breve-estudo/>. Acesso em: 10 out. 2020.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. **Ação penal pública condicionada e incondicionada**. 2002. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-11/acao-penal-publica-condicionada-e-incondicionada/>. Acesso em: 17 out. 2020.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Denúnciação caluniosa**. 2015. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/glossario/8098-denunciacao-caluniosa>. Acesso em: 08 nov. 2020.

CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

CONAMP. **Você sabe o que o Ministério Público faz?** Conheça as áreas de atuação! 2017. Disponível em: [https://www.conamp.org.br/blog/voce-sabe-o-que-o-ministerio-publico-faz-conheca-as-areas-de-atuacao/?utm_source=blog&utm_campaign=rc_blogpost#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20foi%20criado,%2C%20dignidade%2C%20dentre%20outros\)](https://www.conamp.org.br/blog/voce-sabe-o-que-o-ministerio-publico-faz-conheca-as-areas-de-atuacao/?utm_source=blog&utm_campaign=rc_blogpost#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20foi%20criado,%2C%20dignidade%2C%20dentre%20outros).). Acesso em: 07 nov. 2020.

COSTA, Aldo de Campos. **A justa causa para o exercício da ação penal**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-29/toda-prova-justa-causa-exercicio-acao-penal#:~:text=O%20momento%20do%20exame%20da,causa%20para%20o%20exerc%C3%ADcio%20da>. Acesso em: 26 out. 2020.

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Lei 8.906/94 –I**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Quais são as hipóteses de absolvição sumária do acusado no procedimento comum?** Denise Cristina Mantovani Cera. 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2475621/quais-sao-as-hipoteses-de-absolvicao-sumaria-do-acusado-no>

procedimento-comum-denise-cristina-mantovani-cera. Acesso em: 23 out. 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Dos crimes de denúncia caluniosa, comunicação falsa de crime ou de contravenção e autoacusação falsa**: um estudo de alguns tipos penais contra a administração da justiça. Um estudo de alguns tipos penais contra a administração da justiça. 2016. Disponível em: Um estudo de alguns tipos penais contra a administração da justiça. Acesso em: 20 out. 2020.

MEUJURIDICO.COM.BR. **Certo ou errado?** A existência manifesta de excludente da ilicitude é causa de rejeição da denúncia. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/02/22/certo-ou-errado-existencia-manifesta-de-excludente-da-ilicitude-e-causa-de-rejeicao-da-denuncia/>. Acesso em: 26 out. 2020.

MPM. Ministério Público Militar. **Função**. 2020. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/funcao/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MPSC. Ministério Público de Santa Catarina. **Conheça o Ministério Público**. 2020. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/o-ministerio-publico/o-ministerio-publico>. Acesso em: 14 nov. 2020

MPU. Ministério Público da União. **Sobre o Ministério Público da União**. 2020. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SANTA CATARINA. **Lei n. 6.218**. Florianópolis: Governo do Estado, 1983. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1983/6218_1983_lei.html. Acesso em: 12 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das súmulas no STF**: súmula vinculante n. 14. Súmula vinculante n. 14. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurispruden>

cia/menuSumario.asp?sumula=1230. Acesso em: 09 out. 2020.

TALON, Evinis. **Atipicidade formal:** momentos e fundamentos legais. 2019. Disponível em: <https://evinistalon.com/atipicidade-formal-momentos-e-fundamentos-legais/>. Acesso em: 26 out. 2020.

VASQUES, Iremar Aparecido da Silva. **Os crimes militares por extensão e seu apenamento:** uma solução possível. 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/10/31/Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-seu-apanamento-uma-solu%C3%A7%C3%A3o-poss%C3%ADvel>. Acesso em: 14 nov. 2020.

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TDA (TOMADA DE DECISÃO APOIADA) PARA PESSOAS QUE NÃO QUEIRAM SE SUBMETER A TRATAMENTOS HEMOTERÁPICOS

THE APPLICATION OF THE TDA INSTITUTE (SUPPORTED DECISION MAKING) FOR PEOPLE WHO DO NOT WANT TO UNDERGO HEMOTHERAPIC TREATMENT

Yago Martins Arceno¹
Ana Cristina Corrêa Melo²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do instituto da Tomada de Decisão Apoiada como instrumento para manifestar a recusa de tratamentos mediante transfusão sanguínea. O método de abordagem do presente artigo é o método dedutivo, sendo a pesquisa do tipo bibliográfica, explorando o universo das decisões judiciais tanto nos tribunais superiores internacionais quanto nos tribunais estaduais brasileiros. Neste trabalho realizaram-se apontamentos sobre o instituto da tomada de decisão apoiada e sua função prática, além de demonstrar como este pode ser utilizado para o fim proposto, com base na interpretação jurisprudencial de instituto análogo (*amministrazione di sostegno*) feita pela Corte de Cassação italiana, bem como na doutrina. Após, analisou-se com base em jurisprudência do TJRS, a interpretação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, destacando detalhes importantes na atuação tanto do judiciário como dos advogados para aplicação eficaz deste. No terceiro tópico ponderou-se sobre os tratamentos hemoterápicos, apresentando conceituação e discorrendo sobre a sua recusa por motivos de convicção religiosa, analisando os reflexos na área jurídica e fazendo referência a

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: yagomarceno@gmail.com.

² Coordenadora (*pro tempore*) do Curso de Direito FUCAP Univinte. Professora titular das disciplinas de Direito Constitucional I, Processo Civil IV, TCC II e Direito Internacional. Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires com título reconhecido pela Universidade de São Paulo. Procuradora no Município de Lauro Muller. Pesquisadora, membro dos grupos de pesquisa no LABCODEX UFES e no NEPEDI UERJ. E-mail: anamelo@fucap.edu.br.

decisões favoráveis aos que recusam o uso de sangue. Conclui-se que existe uma necessidade de ampliar o escopo de proteção de pessoas que desejam manifestar a recusa de tratamentos hemoterápicos, e na tomada de decisão apoiada se encontra uma alternativa para tanto, podendo ser um meio de dar ainda mais legitimidade à vontade expressa nas diretivas antecipadas, ofertando em tese maior segurança jurídica e até mesmo em alguns casos celeridade para resolução de algum imbróglio referente a que decisão será tomada na escolha do procedimento médico.

Palavras-chave: Tomada de decisão apoiada. Consentimento informado. Tratamentos hemoterápicos. Dignidade da pessoa humana.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the applicability of the Supported Decision Making institute as a tool to manifest the refusal of blood transfusion treatments. The approach of this article is the deductive method, being the bibliographic type research, exploring the universe of judicial decisions both in the international higher courts and in the Brazilian state courts. In this work, notes on the institute of supported decision making and its practical function were made, in addition to demonstrating how it can be used for the proposed purpose, based on the jurisprudential interpretation of a similar institute (amministrazione di sostegno) made by the Italian Court of Cassation, as well as on doctrine. Then, based on the jurisprudence of the TJRS, the interpretation of the institute in our system was analyzed, highlighting important details in the performance of both judiciary and lawyers for effective application of the institute. In the third topic we pondered about the hemotherapeutic treatments, presenting concepts and discussing their refusal for reasons of religious conviction, analyzing the reflexes in the legal area, making reference to favorable decisions to those who refuse the use of blood. It is concluded that there is a need to broaden the scope of protection to people who wish to manifest the refusal of hemotherapeutic treatments, and in the supported decision making an alternative can be found, which can be a means to give even*

more legitimacy to the will expressed in the anticipated directives, offering in thesis greater legal security and even in some cases speed to solve some imbroglio regarding which decision will be taken in the choice of the procedure.

Keywords: *Supported decision making. Informed consent. Hemotherapeutic treatments. Dignity of human person.*

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro prevê-se que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.³ Em vista disso, é necessário procurar meios para tutelar tal direito.

Apesar de já existir hoje meio legítimo e reconhecido juridicamente para exteriorizar recusa a tratamentos hemoterápicos, deve ser bem-vinda qualquer alternativa que vise ampliar esse escopo de proteção, visando preservar com mais eficiência e dignidade aqueles que desejam exercer tal direito.

Em vista disso, com base na análise da aplicação de institutos semelhantes em ordenamentos jurídicos estrangeiros, encontra-se na Tomada de Decisão Apoiada, inspirada nesses mecanismos, uma possível alternativa para que o paciente tenha sua vontade respeitada e protegida dentro dos parâmetros legais.

Nesse diapasão o tema central da presente pesquisa está em identificar os possíveis benefícios que a aplicação do instituto da TDA pode ter no sentido de dar mais segurança jurídica ao paciente para proteger seu direito de escolha a tratamentos médicos.

Para tanto, o artigo divide-se em cinco itens. Após a introdução, o segundo item, trata sobre conceito, princípios, natureza e aplicação da tomada de decisão apoiada, quanto ao seu procedimento, os requisitos do termo e atuação dos apoiadores.

³ “Art. 15 Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

No terceiro item, aborda-se a aplicação da *ammnitrazione di sustegno* (instrumento correspondente a TDA), analisando decisão da Corte de Cassação Italiana, que concede ao requerente, testemunha de Jeová, o direito de recusar transfusão de sangue em seus tratamentos médicos, se utilizando do instituto para tanto. Fazendo um paralelo entre os dois institutos (*ammnitrazione di sustegno* e TDA), se destacará quais os benefícios de se acolher interpretação semelhante no ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta a aplicação dos princípios basilares da decisão da Suprema Corte Italiana.

No tópico seguinte, se analisará interpretação da TDA no nosso ordenamento, com base em decisão do TJRS, destacando-se detalhes importantes da atuação tanto do judiciário, como dos advogados para aplicação eficaz do instituto.

No quinto tópico, se abordará o tema relacionado aos tratamentos hemoterápicos, apresentando breve conceito quanto a estes. A partir disso, discorre-se sobre a recusa do tratamento por motivos religiosos e sua repercussão na esfera jurídica.

Por fim, nas considerações finais, apresentam-se pontos conclusivos destacados, estimulando-se a continuidade da busca por soluções jurídicas que visem tutelar o indivíduo que queira proteger sua dignidade sem ter violado seus princípios.

A presente pesquisa foi realizada com base na doutrina e jurisprudência disponíveis sobre o conteúdo, alcançando também, trabalhos científicos disponíveis na web. O método de abordagem deste artigo é o dedutivo, sendo a pesquisa do tipo bibliográfica, com o uso de livros, artigos, teses; e, do tipo documental, explorando o universo das decisões judiciais tanto nos tribunais superiores internacionais quanto nos tribunais estaduais brasileiros. Tratando-se de pesquisa bibliográfica, utilizou-se fichamento bibliográfico para a coleta de dados, com o estudo de materiais que discorrem sobre o tema, bem como, da interpretação jurídica com base na doutrina, jurisprudência e na lei.

2 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E SUA APLICABILIDADE

A tomada de decisão apoiada, introduzida no Código Civil Brasileiro pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, no art. 1.783-A, tem como principal objetivo prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

Sob esse espectro, o *caput* do art. 1.783-A/CC, estabelece conceito e aplicabilidade deste instituto no ordenamento jurídico pátrio, prevendo que este se trata de processo em que a pessoa com alguma limitação em sua autodeterminação escolhe pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, de confiança com as quais mantenha vínculos, para que lhe deem apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.⁴

O instituto é tido pela doutrina como ferramenta eficaz para resguardar a autodeterminação seja na esfera patrimonial ou existencial de pessoas com algum tipo de debilidade, capacidade sensorial, física ou intelectual prejudicada. Mas segundo a doutrina não deve se limitar a pessoas com essas características; qualquer pessoa em situação de vulnerabilidade, de caráter transitório ou futuro, com desejo de resguardar sua autodeterminação⁵, deve poder fazer uso desse mecanismo jurídico.

A TDA, no campo dos direitos fundamentais, visa resguardar a autonomia do apoiado. Neste ponto, adentra-se ao conceito do que no Direito Privado, chama-se de autonomia privada, sendo esta, conforme preceitua Francisco Amaral, “o

⁴ “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.” BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm. Acesso em: 25 ago. 2020

⁵ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil da pessoa com deficiência qualificada pelo apoio e de seus apoiadores**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%AAncia-qualificada-pelo-Apoio-de-seus-Apoiadores>. Acesso em: 26 ago. 2020.

poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica.”⁶

Nesse sentido, é a autonomia privada que permite ao indivíduo, ser de direito, autodisciplinar-se quanto a decisões de cunho particular, perante outros. Além disso, a autonomia privada, entabulada dentro dos parâmetros legais, pode ser reconhecida juridicamente, preservando a vontade original do indivíduo.

Para elucidar como a autonomia privada é exercida na TDA, é importante analisar como se dá seu procedimento, desde a homologação do termo até sua aplicação prática, destacando a atuação dos magistrados, ministério público bem como dos apoiadores.

Quanto ao procedimento, este é de jurisdição voluntária, sendo a legitimidade ativa exclusivamente da pessoa que pretende o apoio. Para instauração, o pedido deve ser instruído com o termo que delimita o apoio dentro dos interesses do apoiado.

A legislação dá poucos detalhes quanto aos requisitos do termo, mencionando apenas que nele se delimite o apoio a ser oferecido, os compromissos dos apoiadores e o prazo de vigência do acordo respeitando à vontade, os direitos e interesses do apoiado.⁷

O teor do termo da TDA não deve se confundir com mera procuração, que concede mandato, pois seu objetivo é estabelecer apoio, não representação, sob pena de descaracterizar o instituto. Nesse sentido, a míngua de um conceito legal a respeito do que seria apoio, fica a cargo da doutrina e da própria jurisprudência eliminar eventuais lacunas.

⁶ AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica Perspectivas estrutural e funcional. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, abr.-jun. 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496834>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁷ “Art. 1.783-A, §1º. Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.”. BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

Não obstante, Joyceane Bezerra de Menezes, fazendo menção a instituto análogo na Argentina, destaca que:

Considera-se apoio toda e qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial tendente a facilitar o processo de tomada de decisões quando da celebração de negócios jurídicos, em geral, seja no âmbito patrimonial ou existencial. Como orienta a CDPD, esse apoio visa a promoção da autonomia e a facilitação da comunicação, compreensão da manifestação da vontade da pessoa no exercício de seus direitos.⁸

Ainda, destaca-se o que esclarece Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, indicando que o apoio não se trata de mera “consultoria” sem eficácia jurídica. Reconhecido judicialmente, este confere juridicidade aos deveres colaborativos e informativos decorrentes da relação de confiança estabelecida entre apoiado e apoiadores.⁹

Delimitadas tais premissas, o objeto do apoio e a maneira que este será efetuado devem ser expressos no termo de modo adequado, indo ao encontro do que se propõe na TDA.

Quanto ao procedimento, assim como é característico da jurisdição voluntária, o juiz desempenha uma função integrativo-administrativa se prestando a ampliar a proteção dos interesses da pessoa, fazendo um controle sobre a adequação e a validade formal da medida, atuando o membro do MP como fiscal da lei, com o intuito de ampliar a tutela dos interesses do beneficiário.¹⁰

⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9 jul.-set. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47>. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁹ GURGEL, F. P. A. **A eficácia da tomada de decisão apoiada**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 92. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22530>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9 jul.-set. 2016, p. 45. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47>. Acesso em: 10 nov. 2020.

A oitiva do beneficiário, bem como dos indicados como apoiadores, ajudará o juiz a entender a situação dos interessados, no que diz respeito às debilidades do beneficiário e sua concepção sobre as consequências do termo, além de compreender o vínculo entre apoiadores e apoiado, esclarecendo quaisquer dúvidas quanto a isso. Assistido ainda, de uma equipe multidisciplinar,¹¹ o juiz poderá ampliar seu discernimento de questões técnicas, peculiares de cada caso concreto.

Por fim, a decisão do juízo deve sempre objetivar a preservação da vontade do apoiado, garantindo que a manifestação exteriorizada no termo de apoio, seja livre e desembaraçada, além de se analisar as vantagens do termo em relação aos interesses da pessoa em situação de vulnerabilidade.¹²

3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO DIREITO ITALIANO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No ordenamento jurídico Italiano, temos um instituto que inspirou a Tomada de Decisão Apoiada, chamado de *Amministrazione di Sostegno*, introduzido em 2004 no Código Civil italiano, abrangendo os arts. 404 a 413.

Conforme o art. 404 prevê, aquele que, por motivo de enfermidade ou deficiência física ou mental, não puder, mesmo que parcial ou temporariamente, prover aos seus próprios interesses, pode ser assistido por administrador auxiliar, nomeado pelo juiz tutelar do local onde este tem sua residência ou domicílio.¹³

¹¹ “Art. 1.783-A, §3º. Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.”. BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹² GURGEL, F. P. A. **A eficácia da tomada de decisão apoiada**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 90. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22530>. Acesso em: 01 out. 2020.

¹³ Art. 404 do Código Civil Italiano. ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano**. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del aprile 1942. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/18/delle-misure-di-protezione-delle-persone-privi-in-tutto-od-in-parte-di-autonomia>. Acesso em: 01 out. 2020.

O instituto flexibiliza a rigidez de outros institutos existentes, denominados *interdizione giudiziale* e *inabilitazione*, tendo como diretriz a flexibilidade e a proporcionalidade, com aplicabilidade aberta a um leque amplo de situações, sempre levando em conta o caso concreto a ser analisado pelo juízo, preservando a capacidade do apoiado em todos os demais atos da vida civil.¹⁴

Tendo em vista a reconhecida influência da *amministrazione di sostegno* na TDA e por ter sido implementado na Itália a mais de quinze anos, levar em consideração suas interpretações e sua aplicabilidade, será de grande valia para que a TDA tenha maior eficácia e utilidade no Brasil.

Por conta disso, e levando em conta a abordagem do presente artigo, analisa-se recente decisão da Suprema Corte Italiana (*corte suprema di cassazione*), reconhecendo a possibilidade de Lucca Cappeli, que sofre de um tipo de enfermidade - que apesar de não afetar sua cognitividade total em certas ocasiões, o faz perder a consciência e compromete funções vitais do corpo - escolher a esposa como apoiadora (*amministratore di sostegno*) em assuntos de saúde para defender sua decisão de recusar transfusões de sanguíneas, por ser Testemunha de Jeová.¹⁵ O tribunal confirmou que a lei italiana permite a nomeação legal de um *amministratore di sostegno* (administrador de apoio) em assuntos de saúde mesmo que, por causa da sua condição enferma, o paciente possa ficar inconsciente ou incapacitado de alguma forma.¹⁶

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. Tomada de decisão apoiada: o que é e qual sua utilidade? In: **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em: 01/10/2020.

¹⁵ As Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão sanguínea total ou de seus principais componentes. Tanto o Velho como o Novo Testamento preveem a abstenção de sangue. (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29) Além disso, destacam que para Deus, o sangue representa a vida. (Levítico 17:14) Então, evitam tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida). TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Site oficial. Perguntas frequentes. **“Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?”** Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

¹⁶ TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Site oficial. Imprensa. **Suprema Corte italiana confirma o direito das Testemunhas de Jeová de escolher tratamentos de saúde** Disponível em: <https://www.jw.org/pt/noticias/jw-noticias/por-regiao/italia/Suprema-Corte-italiana-confirma-o-direito>

Em instâncias inferiores o requerente teve seu pedido negado principalmente sob o fundamento de que tinha plena capacidade para gerir seus atos por ter plena consciência e capacidade cognitiva normal, sustentando que o instituto não seria o meio adequado para tutelar o direito requerido, sendo instrumento apropriado, as diretivas antecipadas de vontade.¹⁷

Dada a enfermidade a qual é acometido o apelante, a Suprema Corte concluiu o seguinte, contrariamente à instância inferior:

Agora no caso concreto, o Tribunal Territorial - ao fundar a recusa de abrir o procedimento em questão sobre o pressuposto errôneo da existência de compreensão e falta do beneficiário - não considerou a patologia grave do qual C. é o portador (MAV - malformação arteriovenosa) que - como é derivada das várias certificações médicas transcritas no recurso e, no devido tempo, submetido ao juiz da denúncia - envolva sangramento contínuo, e conseqüentemente "o início de choque hemorrágico com rápida perda de consciência e comprometimento das funções vitais" e com sérias dificuldades na fala; de acordo com as certificações mencionadas, o mesmo é expresso - e nem sempre é bem-sucedido - exclusivamente por computador (ver relatórios do Dr. M., Hospital (OMISSIS) e N., otorrinolaringologista, em atos). Essas certificações

-das-Testemunhas-de-Jeov%C3%A1-de-escolher-tratamentos-de-sa%C3%BAde/. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁷ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. civ. I quattro motivi di ricorso, da esaminare congiuntamente per la loro evidente connessione, sono fondati. I ricorrenti lamentano che la Corte d'appello, nel pronunciarsi sul reclamo ex art. 739 c.p.c., avverso il decreto del giudice tutelare del Tribunale di Savona, che aveva disatteso l'istanza di nomina di T.F. ad amministratore di sostegno del marito C.L., avrebbe operato una non corretta applicazione delle disposizioni in tema di amministrazione di sostegno (artt. 404 c.c. e ss.), ritenendo non applicabile l'istituto in considerazione della ritenuta capacità di intendere e di volere del C., e reputando che il diritto di rifiutare determinate terapie fosse al di fuori dell'ambito di applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, trattandosi di un diritto azionabile autonomamente e direttamente in giudizio, e non tutelabile, in via indiretta, mediante tale forma di protezione. Tradução nossa: Os recorrentes reclamam que o Tribunal de Recurso, ao pronunciar-se sobre a denúncia, nos termos do art. 739 do Código de Processo Civil, contra o decreto do juiz tutelar do Tribunal de Savona, que desconsiderou o pedido de nomeação de TF como administradora de apoio do marido CL, teria sido operado de maneira incorreta a aplicação dos dispositivos da matéria de administração de apoio (artigos 404.c.c e ss.), considerando a instituição não aplicável em relação ao recorrente tendo em vista sua capacidade de entender e querer, e considerando que o direito de recusar certas terapias estavam fora do escopo do instituto da administração de suporte (amministratore di sostegno), uma vez que é um direito acionável de forma independente e direta no tribunal, e não pode ser protegido, indiretamente, através desta forma de proteção. Presidente Dott. VALITUTTI Antônio Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 04-02-2019) 15-05-2019, n. 12998. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40305>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

também mostram que C. está ciente do risco de morte que corre em caso de choque sangramento violento e que - sendo uma das Testemunhas de Jeová desde 1982 - no caso de tais crises, especialmente se sedadas, não poderia de forma alguma expressar sua dissidência à terapia transfusional (ver relatório do Dr. R., pesquisador universitário, Dr. B., Hospital (OMISSIS), em ações) (tradução nossa).¹⁸

Quanto ao *amministratore di sostegno* destaca-se alguns pontos na decisão ora analisada, que corroboram com a tese proposta pelo presente artigo, de que, no caso da Tomada de Decisão Apoiada, sirva como meio em que o apoiado estabeleça sua vontade ou garanta que ela seja respeitada em circunstância na qual sua manifestação seja prejudicada.

Em outro trecho do acordão, o colegiado destaca a possibilidade da utilização do instituto para que o interessado exprima sua recusa à transfusão de sangue, rechaçando a tese de que o instituto não seria o meio adequado para tanto:

Posto isto, é evidente que, neste caso, a designação de T. como administrador de apoio do marido realizado por C. tem base no paradigma regulatório estabelecido no art. 408 cc, parágrafo 1, que prevê que "o administrador do suporte pode ser designado pela pessoa em questão na antecipação da eventual incapacidade futura". Tendo como principal objetivo manifestar, em caso de impossibilidade do

¹⁸ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Civ. Ora, nel caso concreto, la Corte territoriale - nel fondare il diniego di apertura della procedura in questione sull'erroneo presupposto della sussistenza della capacità di intendere e di volere del beneficiario - non ha considerato la gravissima patologia della quale il C. è portatore (MAV- malformazione artero-venosa) che - come si desume dalle diverse certificazioni mediche trascritte nel ricorso, ed a suo tempo sottoposte al giudice del reclamo - comportano emorragie continue, con conseguente "instaurarsi di shock emorragico con rapida perdita della coscienza e compromissione delle funzioni vitali", e con gravi difficoltà nell'eloquio; tanto che, stando alle predette certificazioni, il medesimo si esprime - e non sempre ci riesce - esclusivamente mediante computer (cfr. relazioni dei Dott. M., Ospedale (OMISSIS), e N., otorinolaringoiatra, in atti). Da tali certificazioni si evince, altresì, che il C. è ben consapevole del rischio di morte che corre in caso di shock emorragico violento, e che - essendo testimone di Geova fin dal 1982 - nell'evenienza tali crisi, in special modo se sedato, non potrebbe in alcun modo manifestare il proprio dissenso alla terapia trasfusioneale (cfr. relazione del Dott. R., ricercatore universitario, Dott. B., Ospedale (OMISSIS), in atti). Presidente Dott. VALITUTTI Antonio Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 04-02-2019) 15-05-2019, n. 12998. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40305>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

marido, a discordância em relação ao uso de transfusões de sangue (tradução nossa).¹⁹

Além disso:

Isso é evidente pela razão essencial apresentada por base do pedido - nos termos do art. 407 C.C., segundo o qual o recurso deve conter, entre outros, "os motivos pelos quais a nomeação é solicitada do administrador de suporte" - consistindo precisamente em revelar aos profissionais de saúde recusa - expressa por C. nas diretivas antecipadas - de ser submetido a transfusões, por razões religiosas. (Ver apelo, p. 6) (tradução nossa).²⁰

Cabe ressaltar ainda que, conforme o entendimento da corte, não apenas neste julgado, o instituto tem como objetivo ajudar a pessoa que está em sua capacidade plena tanto cognitiva quanto volitiva, para que esta possa de forma consciente, com o amparo de seu apoiador, exprimir suas vontades. É o que se destaca em outra parte do *decisum*:

De fato, o colegiado, discordando das conclusões do referido acórdão e aderindo ao princípio afirmado pela Cassação n.º 14158 de 07/06/2017, considera que a designação antecipada em questão tem também o objetivo de poder emitir diretivas, quando se encontra na plenitude das suas faculdades cognitiva e volitiva, sobre as decisões de saúde ou terapêuticas a serem tomadas pelo administrador de apoio designado (tradução nossa).²¹

¹⁹ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Civ. Tutto ciò premesso, è del tutto evidente che, nel caso di specie, la designazione della T. come amministratrice di sostegno del marito è stata compiuta dal C. sulla base del paradigma normativo fissato nell'art. 408 c.c., comma 1, che prevede che "l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato in previsione della propria eventuale futura incapacità". E ciò al fine precipuo di esprimere, in caso di impossibilità del marito, il dissenso alla somministrazione di trasfusioni a base di emoderivati. Presidente Dott. VALITUTTI Antonio Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 04-02-2019) 15-05-2019, n. 12998. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40305>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁰ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Civ. Tanto si evince dalla ragione essenziale posta a fondamento della istanza - ai sensi dell'art. 407 c.c., comma 1, secondo cui il ricorso deve contenere, tra l'altro, "le ragioni per cui si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno" - consistente proprio nel palesare ai sanitari tale rifiuto - espresso dal C. nelle direttive anticipate - di essere sottoposto a trasfusioni, per motivi religiosi (v. ricorso, p. 6). Presidente Dott. VALITUTTI Antonio Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 04-02-2019) 15-05-2019, n. 12998. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40305>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

²¹ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Civ. Invero, il collegio, dissentendo dalle cui conclusioni cui è pervenuta la suddetta sentenza- ed aderendo invece al principio affermato da Cass., 07/06/2017,

É digno de nota também que o colegiado levou em consideração princípios constitucionais estabelecidos no ordenamento jurídico italiano, que preservam a dignidade humana, princípios vigentes também no nosso ordenamento, que são trazidos à baila com o intuito de promover a vontade de cada indivíduo no tocante à proteção do bem da vida, demonstrando que a *amministratore di sostegno* pode cumprir tal função ao legitimar esse desejo do paciente, conforme segue:

A este respeito, este Tribunal afirmou há muito tempo - partindo do princípio do Art. 32º da constituição que, depois de expressar o princípio geral de que "a República protege a saúde como um direito fundamental do indivíduo e no interesse da comunidade, e garante o tratamento gratuito aos necessitados" especifica que "ninguém pode ser obrigado a submeter-se a um determinado tratamento de saúde, exceto por disposição legal" e que, em qualquer caso, "a lei não pode violar os limites impostos pelo respeito pela pessoa humana" - o que, em termos de atividade médica e de cuidados de saúde, o direito à autodeterminação terapêutica do paciente não atinge um limite quando resulta no sacrifício do bem da vida (tradução nossa).²²

No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios constitucionais norteadores do assunto, além do posicionamento de parte da doutrina, andam em consonância com o exposto no acórdão. Além dos preceitos atrelados a

n. 14158- ritiene che la designazione anticipata in questione abbia anche la finalità di poter impartire delle direttive, quando si è nella pienezza delle proprie facoltà cognitive e volitive, sulle decisioni sanitarie o terapeutiche da far assumere all'amministratore di sostegno designato, qualora si prospetti tale nuova condizione del designante. Presidente Dott. VALITUTTI Antonio Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 04-02-2019) 15-05-2019, n. 12998. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40305>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

²² ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Civ. Al riguardo, questa Corte ha già da tempo affermato-muovendo dalla considerazione che l'art. 32 Cost. il quale, dopo aver espresso il principio generale per cui "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti" precisa che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" e che, in ogni caso, "la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana" -che in tema di attività medicosanitaria, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non encontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Presidente Dott. VALITUTTI Antonio Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 04-02-2019) 15-05-2019, n. 12998. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40305>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

dignidade da pessoa humana (art. 1º, II/CF) e liberdade religiosa (art. 5º, VI e VIII/CF), destaca-se que a recusa da transfusão de sangue está amparada também no direito à privacidade ou intimidade (art. 5º, X/CF),²³ cabendo ao Estado tutelar tais garantias.

Nesse sentido o instituto da TDA, conforme se propõe no presente artigo, promove a dignidade humana e outros princípios, ao legitimar a capacidade de o apoiado poder expressar sua vontade mediante o termo, bem como contar com apoiadores que o auxiliem nas escolhas concernentes a sua saúde.

Ressalta-se ainda a importância de se levar em consideração a percepção que cada indivíduo, capaz, tem em relação a sua própria vida, bem como, enxergar a saúde em um espectro mais amplo, vendo esta não apenas como a ausência de doença, mas também o bem-estar interno que cada indivíduo tem de poder viver de acordo com suas crenças religiosas ou filosóficas, bem como seus próprios ideais.

Conforme já destacado, pode a *amministratore di sostegno* e no caso a TDA representar a ponte necessária para que até mesmo uma pessoa que padece de qualquer tipo de deficiência ou doença possa ter sua vontade, nesse sentido, respeitada. Em concordância com este pensamento exprimi o colegiado:

O consentimento informado está relacionado com a capacidade não só de escolher entre as diferentes possibilidades de tratamento médico, mas - considerando o princípio personalista que promove a nossa Constituição (que vê na pessoa humana um valor ético em si e tutela o limite do "respeito pela pessoa humana" em relação ao indivíduo, em qualquer momento da sua vida e na integralidade da sua pessoa, levando em conta o conjunto de crenças éticas, religiosas, culturais e filosóficas que guiam as suas determinações volitivas) e a nova dimensão que assumiu a saúde (já não entendida como uma simples ausência de doença, mas como um estado de completo bem-estar físico e mental e, portanto, envolvendo à

²³ NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová**. São Paulo: Parecer Jurídico, 2009, p. 22-23.

percepção que cada um tem de si mesmo, inclusive os aspectos internos da vida tais como sentimentos e experiências vividas pelo sujeito) - também a possibilidade de recusar a terapia e de decidir conscientemente interrompê-lo, em todas as fases da vida, incluindo a fase terminal (Cass. 16/10/2007, n. 21748). Isto assume conotações ainda mais fortes, dignas de proteção e garantia, quando a recusa do tratamento de saúde está relacionada com a expressão de uma fé religiosa cujo livre exercício está consagrado no artigo 19 da Constituição Italiana (tradução nossa).²⁴

Sem dúvidas a análise da aplicação e interpretação dos institutos que promovem o apoio em países que já aplicam a medida há um tempo considerável, são extremamente benéficas. Eles devem servir de exemplo para o ordenamento jurídico brasileiro, para que a TDA possa ter uma aplicabilidade mais eficaz.

O *decisum* objeto de análise no presente artigo, consegue demonstrar, apesar das já destacadas nuances entre os dois institutos, como a Tomada de Decisão Apoiada, no caso, pode ser mais uma ferramenta de prestação jurisdicional visando garantir aos interessados, a preservação de direitos fundamentais. Nesse sentido, caracteriza-se o judiciário não como um muro intransponível aqueles que querem preservar sua autonomia de vontade, mas uma verdadeira ponte para que o indivíduo possa ter acesso a suas garantias, de forma livre, consciente e legítima.

²⁴ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Civ. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di sceglieretra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sè e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sè, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale (Cass.16/10/2007, n. 21748). Presidente Dott. VALITUTTI Antonio Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 04-02-2019) 15-05-2019, n. 12998. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40305>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

4 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS: A JURISPRUDÊNCIA DO RIO GRANDE DO SUL

Com o intuito de situar o tema sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, traz-se entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a respeito da aplicabilidade do instituto, da qual extrai-se pontos interessantes para reflexão e discussão quanto à aplicabilidade do instituto, tanto com base nos requerimentos da apelante, quanto nos fundamentos do julgado.

APELAÇÃO CÍVEL. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PEDIDO INDEFERIDO. 1. A Tomada de Decisão Apoiada, prevista no art. 1.783-A do CCB, se dá em procedimento judicial promovido pela própria pessoa com deficiência, visando a ter auxílio de terceiros para realizar certos atos de sua vida. A tomada de decisão apoiada deve respeitar a vontade da pessoa apoiada, que não a tem substituída pela dos apoiadores. **No caso dos autos não se trata de pessoa com deficiência, mas, em verdade, de pretensão da requerente, acometida de câncer, de ter alguém para representá-la em caso de agravamento da doença.** 2. A propósito, verifica-se que na minuta de Termo de Decisão Apoiada das fls. 37-38, **a apoiada nomeia e constitui seus apoiadores para representá-la e praticar diversos atos, mais se assemelhando aquele instrumento a um mandato**, o que, por sinal, pode ser confeccionado pela requerente, independentemente de autorização judicial, porém não se confunde com Tomada de Decisão Apoiada. Assim, no contexto dos autos, deve ser mantida a sentença de indeferimento do pedido. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²⁵ (Grifo nosso).

O primeiro ponto que chama atenção na decisão se dá pela interpretação feita relacionada ao conceito de deficiência ou o estado de vulnerabilidade, que apesar de fundamentado

²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível. n. 70079344834. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PEDIDO INDEFERIDO. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.** Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 12 de nov. 2020.

não coaduna com o entendimento de boa parte da doutrina, inclusive no que tange a homologação do termo de TDA.

No caso em apreço, a interessada padece de uma doença grave diagnosticada com neoplasia maligna (câncer) no pâncreas, mesmo assim o julgador não a considera pessoa com deficiência, conforme se extrai:

No caso dos autos, não se está diante de pessoa com deficiência. Embora a intenção da requerente de se proteger acerca de eventuais desdobramentos graves da doença que a acomete, tendo diagnóstico de neoplasia maligna do pâncreas (relatório médico de 2014 na fl. 28), ela foi ouvida em audiência de junho de 2018, tendo referido a boa recuperação e expressado discernimento e domínio de suas questões pessoais (fl. 46v.).²⁶

Nesse sentido repisa-se o já abordado de que o apoio não se limita a pessoas com deficiência física ou intelectual, alcançando qualquer pessoa com situação de vulnerabilidade, de caráter transitório ou futuro, que tenha o desejo de resguardar sua autodeterminação.²⁷

No ponto, a vulnerabilidade de fato é reconhecida, entretanto, destaca-se que o indeferimento do pleito se dá, não único e exclusivamente por conta da situação de vulnerabilidade, pois esta é reconhecida. Entretanto, o teor do termo elaborado - conforme conclui a defensora pública e posteriormente acolhe o julgador – descaracteriza a TDA, tendo caráter de simples mandato conforme pondera-se:

(...) Ocorre que, muito embora seja possível reconhecer a vulnerabilidade da recorrente, mormente em razão da debilidade biopsicossocial gerada pelo diagnóstico e pelo tratamento de neoplasia maligna (fls. 25/30), o instituto na

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível. n. 70079344834**. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PEDIDO INDEFERIDO. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 12 de nov. 2020.

²⁷ ROSENVALD, Nelson. **A Responsabilidade Civil da pessoa com deficiência qualificada pelo apoio e de seus apoiadores**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores>. Acesso em: 26 ago. 2020.

tomada de decisão apoiada não cumpre com a finalidade pretendida pela demandante.

Isto porque, conforme depoimento pessoal da apelante colhido em juízo (fls. 46/47), tem-se por objetivo do procedimento especial pleiteado a sua representação nas hipóteses de ausência e/ou impossibilidade.

(...) A partir da leitura atenciosa dos autos, extrai-se que a recorrente, em realidade, pretende que seus irmãos atuem como seus mandatários, quando esta for incapaz de exprimir sua vontade. Todavia, conforme já argumentado, o instituto da tomada de decisão apoiada não pressupõe a transferência da manifestação da vontade a terceiro.

Neste sentido, destaca-se o fato de o instituto ser novo e ter sua aplicabilidade ainda um tanto abstrata. Tendo em vista que, conforme conclui o julgador no acórdão em questão, o fator determinante para o indeferimento do pleito, não foi necessariamente a condição física da interessada, mas sim o estabelecido no termo, o que denota uma não compreensão da atuação dos apoiadores no fim a que se presta o instituto.

É o que se extrai do julgado:

A propósito, destaco que na minuta de Termo de Decisão Apoiada das fls. 37-38, tem-se que a apoiada nomeia e constitui seus apoiadores para representá-la e praticar diversos atos, mais se assemelhando aquele instrumento a um mandato, o que, por sinal, pode ser confeccionado pela requerente, independentemente de autorização judicial, porém não se confunde com Tomada de Decisão Apoiada. Assim, ainda que se cogitasse interpretar ampliando o conceito de deficiência, a situação dos autos não autoriza o pedido, como exposto.²⁸

Portanto, no caso em análise fica evidente a importância de o causídico ao entrar com o pedido de homologação da TDA, ter conhecimento necessário do tema e além disso elaborá-lo dentro dos parâmetros aceitos pela doutrina e

²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível. Nº 70079344834. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PEDIDO INDEFERIDO. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.** Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 12 de nov. 2020.

jurisprudência. Pois como já destacado alhures, a aplicação errônea quanto ao objeto do termo pode acarretar na descaracterização do instituto, resultando no cerceamento do direito dos interessados.

5 A TDA PARA PESSOAS QUE NÃO QUEIRAM SE SUBMETER A TRATAMENTOS HEMOTERÁPICOS.

Tendo em vista a abordagem do presente artigo, é importante situar o leitor quanto aos tratamentos hemoterápicos e como esses têm sido vistos no meio científico.

5.1 RECUSA A TRATAMENTOS HEMOTERÁPICOS

De início, conceitua-se tratamentos hemoterápicos como sendo todo e qualquer tratamento envolvendo a administração de sangue fresco, uma fração sanguínea ou uma preparação de sangue.²⁹

Cabe ressaltar, que o presente artigo não tem pretensão de discutir em termos técnicos quais alternativas médicas são mais eficazes, afinal de contas a seara deste é de cunho jurídico, não médico.

Entretanto, destaca-se a importância de os juristas, ao se depararem com casos envolvendo questões como essa, procurarem enxergar o mundo com os olhos daquele que está diante dele e no que tange a prestação jurisdicional, extrai-se do julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação.³⁰

²⁹ MERRIAM WEBSTER. **Dicionário médico**. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/medical/hemotherapy>. Acesso em: 22 jun. 2020.

³⁰ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso (Quinta Câmara Cível). **Agravo de Instrumento. n. 22395/2006**, rel. Testemunha de Jeová – Procedimento cirúrgico com possibilidade de transfusão de sangue – Existência de técnica alternativa – Tratamento fora do domicílio – Recusa da administração pública – Direito à saúde – Dever do Estado – Respeito à liberdade religiosa – Princípio da Isonomia – Obrigação de fazer – Liminar concedida – Recurso provido. Des. Sebastião de Arruda Almeida, j. 31.5.2006. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_22395-2006_06-07-06_71559.pdf. Acesso em: 15/11/2020.

No nosso ordenamento vê-se decisões judiciais reconhecendo o direito de o indivíduo, no exercício de sua fé, recusar transfusão de sangue e procurar meios alternativos a esta, que não vão de encontro com suas convicções, é o caso do eg. TJRS de onde extrai-se importante reflexão do Des. Cláudio Baldino Maciel:

As piores experiências totalitárias foram justificadas por “valores” de Estado que arrombaram a tranca das liberdades de consciência, de crença, de pensamento, de escolha do cidadão a respeito do seu próprio destino, da eleição do significado de sua vida, sempre sob alguma justificativa para “salvá-los de si mesmos” ante um valor maior que os seus. Por tais motivos, não me parece possa o Estado autorizar determinada e específica a intervenção médica em uma paciente que expressamente não aceite, por motivo de fé religiosa, o sangue transfundido (...).³¹

A prestação jurisdicional, ao tratar do assunto deve ser despida de qualquer preconceito. O Estado na figura do juiz ou do *parquet* não deve agir de forma totalitária, tolhendo a autonomia que cada ser de direito e plenamente capaz é dotado.

Portanto, diante deste cenário, justifica-se o esforço de ambas as áreas, em especial a jurídica, ofertando os meios necessários para que tenham acesso aos seus direitos, podendo manifestar sua vontade sem ter sua liberdade tolhida.

5.2 TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONSENTIMENTO INFORMADO

A luz do já abordado princípio da autonomia privada, que norteia o instituto da TDA, surge outro preceito

³¹ Nesse sentido: Agravo de Instrumento. Direito privado não especificado. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Direitos Fundamentais. Liberdade de crença e dignidade da pessoa humana. Prevalência. Opção por tratamento médico que preserva a dignidade da recorrente. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento**. Décima Segunda Câmara Cível. n. 70032799041. Comarca de Caxias do Sul. Des. Orlando Heemann Júnior e Des. Umberto Guaspari Sudbrack. j. 06-05-2010. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=transfus%C3%A3o%20de%20sangue&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 15 de nov. de 2020.

fundamental, oriundo da relação médico-paciente, identificado como consentimento informado. Por meio deste estabelece-se uma ponte entre médico e paciente, para que este manifeste, de forma consciente e autônoma, sua concordância ou não quanto aos tratamentos ou intervenções cirúrgicas aos quais será submetido.

Nas palavras de Nelson Nery Junior, o consentimento informado é a capacidade de decisão do paciente quanto ao tratamento que receberá, decisão esta que só poderá ser tomada após detalhado esclarecimento médico e fornecimento de todas as informações relativas ao mesmo.³²

O Código de Ética Médica deixa claro a imprescindibilidade do consentimento informado, no seu art. 22, quando veda ao médico que após esclarecimentos quanto ao procedimento a ser realizado, deixe de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal³³. Além disso, destaca que o poder de decisão do paciente deve ser preservado tendo que ser garantido ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.³⁴

Dentro desse escopo, as diretivas antecipadas de vontade, conforme prevê a resolução nº 1.995/2012 do CFM, tem como objetivo, possibilitar ao paciente a manifestação de forma prévia e expressa, de seu conjunto de desejos em relação aos cuidados e tratamentos que quer, ou não, ser submetido no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.³⁵ Ao decidir a

³² NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová**. São Paulo: Parecer Jurídico, 2009.

³³ Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009 Brasília: CFM; 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

³⁴ Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 [Internet]. Brasília: CFM; 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

³⁵ Art. 1º da Resolução n. 1.995/2012. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.995 de 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

respeito de qual tratamento ou intervenção cirúrgica será realizado, o médico deve levar em consideração o previsto nas diretivas apresentadas pelo paciente.³⁶

Apesar das nuances entre diretivas antecipadas e tomada de decisão apoiada, ressalta-se que a TDA, em determinadas situações, pode cumprir uma função de diretivas conforme esclarece Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Em caráter excepcional, tomada de decisão apoiada poderá cumprir uma função de diretiva antecipada a pessoas, que apesar da plena capacidade, estejam na iminência de uma intervenção cirúrgica ou com uma patologia diagnosticada, situações que podem levar a uma restrição de autodeterminação. Neste caso, se justifica ampliar o escopo da tomada de decisão apoiada, para produzir efeitos no futuro, de maneira que o apoiado deixará estabelecido em quais circunstâncias fará adesão aos tratamentos médicos propostos pelos médicos. Assim a Tomada de Decisão Apoiada é necessária para a eficácia das diretivas antecipadas de vontade, quando a pessoa capaz, em situação de vulnerabilidade, escolhe previamente apoiadores para lhe auxiliar na determinação dos cuidados e dos tratamentos médicos futuros³⁷.

A característica da Tomada de Decisão Apoiada de legitimar a vontade do apoiado por meio de um procedimento judicial culminando com sua homologação, pode trazer mais segurança ao paciente, que poderá, apesar de qualquer debilidade que o sobrevenha, ter sua vontade respeitada, de maneira esclarecida e consciente. Isso pode ser um grande avanço na defesa de direitos fundamentais em relação a essas pessoas que não desejam ser submetidas a tratamentos ou procedimentos cirúrgicos mediante transfusão sanguínea.

Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

³⁶ Art. 2º da Resolução n. 1.995/2012. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.995 de 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

³⁷ GURGEL, F. P. A. **A eficácia da tomada de decisão apoiada**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

O apoiado poderá ter, num momento decisivo, maior amparo e base para tomar decisões, em situações em que este pode estar de alguma forma mais vulnerável, levando em conta uma condição debilitada eventualmente preexistente, bem como o processo traumático que envolve uma cirurgia de risco, por exemplo.

Os apoiadores nesse caso irão atuar, dependendo do caso concreto, como uma ponte para que o apoiado possa ter pleno acesso ao seu direito, não ficando desamparado num momento tão delicado.

Além da segurança jurídica ofertada ao apoiado, destaca-se que esta deve proteger o próprio médico. Tendo em vista que este estará, ao respeitar a decisão do paciente/apoiado, ao mesmo tempo respeitando termo homologado judicialmente. No mesmo norte, o médico terá um meio de facilitar sua comunicação com um paciente que muitas vezes tem sua compreensão afetada por conta de seu estado de vulnerabilidade.

Outra lacuna importante que a TDA poderá preencher é destacada pela doutrina, haja vista a omissão legislativa no que se refere as diretivas antecipadas de vontade, sendo tal instituto oriundo do Código de Ética Médica.

Nesse sentido destaca Nelson Rosenvald:

Perdurando a omissão legislativa no trato das diretivas antecipadas (como visto, o tema é disciplinado por Resolução do CFM), fatalmente juízes e tribunais interpretarão extensivamente as normas da tomada de decisão apoiada para nela acomodarem as decisões sobre o fim da vida. Na recusa do protagonismo parlamentar, veremos que uma disciplina nascida e estruturada para responder a um certo escopo, será chamada pela *law in action* a ampliar o seu espectro, validando-se disposições de um particular, na plenitude de sua autodeterminação, sobre o futuro consenso ou dissenso a tratamentos de saúde ao tempo da terminalidade da vida.³⁸

³⁸ ROSENVALD, Nelson. **Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade?** Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/05/31/H%C3%A1-fungibilidade-entre-a-tomada-de-decis%C3%A3o-apoiada-e-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-1>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Dessa forma, vê-se na TDA, num primeiro momento, uma forma de dar ainda mais legitimidade à vontade expressa nas diretivas, ofertando-se, em tese, maior segurança jurídica e sendo um auxílio na resolução de algum imbróglio referente a que decisão será tomada na escolha do procedimento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a tomada de decisão apoiada apresenta um enorme potencial como alternativa de instrumento para a livre manifestação do indivíduo no que diz respeito a sua saúde e proteção aos bens mais íntimos do ser humano, sua privacidade (no que diz respeito ao seu corpo), bem como sua consciência (no que se refere a suas crenças ou convicções, baseadas na fé ou em suas experiências).

Encontra-se no procedimento da TDA, detalhes que dão um cunho mais humanista no que se refere ao contato com os envolvidos no processo, num esforço conjunto para que a vontade do apoiado seja respeitada.

Com base nos apontamentos da doutrina, vê-se o papel do apoiador em suprir eventuais limitações que o apoiado tenha, dando o suporte necessário para que este possa ter o livre exercício de escolher o que é melhor para si, eliminando qualquer barreira que o impeça de manifestar sua vontade.

Do *decisum* da corte italiana, extraiu-se, no que se refere ao objeto e atuação do administrador de apoio, que estes podem ser meios para expressar a recusa de tratamentos envolvendo transfusão sanguínea, com base em princípios fundamentais que promovem a dignidade da pessoa humana e o seu direito de exercer sua fé religiosa de forma livre. Como destacado, é de grande benefício ao nosso ordenamento levar em conta a interpretação de institutos análogos aos nossos para aprimorar a prática jurídica no país.

Da decisão do TJRS, destaca-se o papel determinante do causídico em saber elaborar o termo dentro das características do instituto, sabendo transmitir esse conhecimento, ao seu cliente e ao magistrado, afim de aplicar a TDA na forma e dentro das circunstâncias adequadas.

Constatou-se ainda, com base na doutrina, que a TDA - tanto no que se refere ao termo quanto a sua aplicação - não se trata de mera procuração para o apoiador agir em nome do apoiado, esclarecendo-se que sua função é agir como um facilitador para que o apoiado possa exercitar sua capacidade de forma plena.

Por fim, viu-se que a prestação jurisdicional, ao tratar do assunto deve ser despida de qualquer preconceito. O Estado na figura do juiz ou do *parquet* não deve agir de forma totalitária, tolhendo a autonomia que cada ser de direito e plenamente capaz é dotado, mas agirem como facilitadores do seu exercício.

Não obstante, a proposta levantada no presente artigo, não tem como objetivo pôr fim ao debate, mas sim estimulá-lo. Ademais, tratou-se aqui de um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, que carece inclusive de interpretações jurisdicionais. Ou seja, se está diante de um campo pouco explorado, sendo necessário maior estudo de possibilidades de sua aplicação, que serão aprimoradas no decorrer do tempo.

Tal premissa, destaca o papel importantíssimo que os juristas têm, de solucionar problemas por meio de inovações na busca de uma prestação jurisdicional mais eficaz e satisfatória aos que a pleiteiam.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, abr.-jun. 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496834>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.995 de 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas

antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

GURGEL, F. P. A. **A eficácia da tomada de decisão apoiada**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 92. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22530>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ITÁLIA. **Código Civil Italiano**. Il Codice Civile Italiano. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzeta Ufficiale, n. 79 del aprile 1942. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/18/delle-misure-di-protezione-delle-persone-prive-in-tutto-od-in-parte-di-autonomia>. Acesso em: 01 out. 2020.

ITÁLIA. **Corte de Cassação**. Cass. civ. Presidente Dott. VALITUTTI Antonio Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 04-02-2019) 15-05-2019, n. 12998. Disponível em: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40305>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso (Quinta Câmara Cível). **Agravo de Instrumento**. n. **22395/2006**, rel. Testemunha de Jeová. Procedimento cirúrgico com possibilidade de transfusão de sangue. Existência de técnica alternativa. Tratamento fora do domicílio. Recusa da Administração Pública. Direito à saúde. Dever do Estado. Respeito à liberdade religiosa. Princípio da isonomia. Obrigação de fazer. Liminar concedida. Recurso provido. Des. Sebastião de Arruda Almeida, j. 31.5.2006. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_22395-2006_06-07-06_71559.pdf. Acesso em: 15/11/2020.

MENEZES. Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada**: instrumento de apoio ao exercício da capacidade

civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015).

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9 jul./set. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MERRIAM WEBSTER. **Dicionário médico**. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/medical/hemotherapy>. Acesso em: 22 jun. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová**. Parecer Jurídico. São Paulo: s.n., 2009, p. 22-23.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível. Nº 70079344834**. Tomada de decisão apoiada. Pedido indeferido. Negaram provimento. Unânime. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 12 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70032799041. Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Direitos fundamentais. Liberdade de crença e dignidade da pessoa humana. Prevalência. Opção por tratamento médico que preserva a dignidade da recorrente. Décima Segunda Câmara Cível. Comarca de Caxias do Sul. Des. Orlando Heemann Júnior e Des. Umberto Guaspari Sudbrack. j. 06-05-2010. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=transfus%C3%A3o%20de%20sangue&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 15 nov. de 2020.

ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil da pessoa com deficiência qualificada pelo apoio e de seus apoiadores.** Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%AAncia-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ROSENVALD, Nelson. **Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade?** Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/05/31/H%C3%A1-fungibilidade-entre-a-tomada-de-decis%C3%A3o-apoiada-e-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-1>. Acesso em: 19 nov. 2020

SCHREIBER, Anderson. **Tomada de decisão apoiada: o que é e qual sua utilidade?** Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em: 01 out. 2020.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Site oficial. Imprensa. **Suprema Corte italiana confirma o direito das Testemunhas de Jeová de escolher tratamentos de saúde.** Disponível em: <https://www.jw.org/pt/noticias/jw-noticias/por-regiao/italia/Suprema-Corte-italiana-confirma-o-direito-das-Testemunhas-de-Jeov%C3%A1-de-escolher-tratamentos-de-sa%C3%BAde/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Site oficial. Perguntas frequentes. **“Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?”** Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO URBANO E SEUS REFLEXOS: A DENOMINAÇÃO DE VIAS NÃO INCORPORADAS AO DOMÍNIO PÚBLICO COMO SUBTERFÚGIO DE LOTEADORES CLANDESTINOS

INSTALLMENT OF IRREGULAR URBAN SOIL AND ITS REFLECTIONS: THE NAMES OF ROADS NOT INCORPORATED INTO THE PUBLIC DOMAIN AS SUBTERFUGE OF CLANDESTINE PLOTS

**Ana Maria Carolina Gonçalves e Garcia¹
Guilherme Mattei Borsoi²**

Resumo: A ocupação do solo urbano é um assunto caótico, porquanto, do seu uso inadequado decorrem mazelas conhecidas mundo afora, como favelas, periferias, construções em áreas de preservação ambiental ou em locais de risco. O método de pesquisa utilizado neste artigo foi o hipotético-dedutivo, que se concretizou por meio da pesquisa bibliográfica, isto é, pela análise de doutrinas, livros, monografias, leis, entre outros documentos que tratam do direito urbanístico, mais precisamente do parcelamento irregular do solo urbano. Concluiu-se, pela investigação, que o uso indiscriminado do solo urbano nas cidades brasileiras, embora possua raízes em atividades privadas ilegais, conta com a participação da Administração Pública, já que, além da omissão diante de irregularidades, pratica atos comissivos que respaldam a atuação, a exemplo da atribuição de nome às ruas abertas em loteamentos sem aprovação ou sem registro, sob os auspícios de beneficiar a população, normalmente carente que lá vive. Esta atitude acaba dando margem a práticas irregulares, além de expectativa aos adquirentes dos imóveis em condição indevida, de que houve regularização de forma tácita.

¹ Acadêmica do curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: aninhamcgg@gmail.com.

² Especialista em controle do setor público pela ESAG/UDESC. Juiz de Direito do TJSC. Professor do curso de Direito da FUCAP/UNIVINTE. E-mail: borsoifucap@gmail.com.

Palavras-chave: Parcelamento irregular. Vias públicas. Loteadores clandestinos.

Abstract: *The occupation of urban land is a chaotic issue, because of its inadequate use there are known problems around the world, such as slums, peripheries, buildings in areas of environmental preservation or in places at risk of disasters. The research method used in this article was hypothetical-deductive, which was realized through bibliographic research, that is, through the analysis of doctrines, books, monographs, laws, among other documents that deal with urban law, more precisely the irregular installment urban soil. It was concluded by the investigation that the indiscriminate use of urban land in Brazilian cities, although having roots in illegal private activities, has the participation of the Public Administration, since, in addition to the omission in the face of irregularities, it practices commissive acts that support the performance, such as the naming of streets opened in subdivisions without approval or registration, under the auspices of benefiting the population, normally needy who live there, but which ends up giving rise to irregular practices, in addition to expectation for undue condition buyers, that there was tacit regularization.*

Keywords: *Irregular installment. Public roads. Clandestine allotments.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda prática comum nos municípios, consistente no parcelamento do solo urbano e na denominação de ruas abertas irregularmente como se houvesse a transferência ao patrimônio público de forma escurreita. Essa prática, ainda que comum, de perspectiva inofensiva e lesividade incompreendida pela sociedade, provoca inúmeros problemas sociais, ambientais e urbanísticos.

O estudo em questão, muito embora trate de ramo jurídico que dependa da análise de pensadores do Direito, como Meirelles e Silva, possui premissa multidisciplinar, que

necessita da inclusão de outras disciplinas como sociologia, geografia, história e até filosofia, a fim de que seja compreendido com exatidão o movimento multissetorial da urbanização no Brasil.³

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo do tipo bibliográfico, haja vista que foram analisados livros, doutrinas, dissertações, monografias, decisões e legislações para assimilação do processo de *urbanificação*⁴ e do planejamento das cidades, com apreciação especial do Estatuto da Cidade, do Plano Diretor, da Lei Orgânica Municipal de Capivari de Baixo e da Lei Federal do Parcelamento do Solo Urbano.

O objetivo do artigo, em sua totalidade, é identificar os meios legais de parcelamento do solo e do direito de propriedade, analisar as questões sociais que englobam a implantação de loteamentos e a administração de uma cidade, bem como demonstrar a leniência do poder público em relação a ilícitudes urbanísticas, principalmente no que tange o reconhecimento de espaços particulares irregularmente convertidos em vias de circulação, como se pertencessem ao domínio público, proporcionando uma falsa e arriscada ideia de regularidade.

2 DA APLICAÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO

Durante o processo de elaboração de nossa atual Constituição Federal exigiu-se a instituição da função social das cidades, bem como da propriedade urbana, visando à conquista de um país urbanizado, ideia que surgiu em 1950. A Carta Magna instituiu um capítulo especial para adequação da política urbana, que necessitou de ulteriores leis regulamentadoras da norma constitucional, como o Estatuto da Cidade e a Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

³ BERNARDI, Jorge Luiz. **Funções sociais da cidade**: conceitos e instrumentos. Dissertação (Mestrado) – Curso de Gestão Urbana, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, p. 11. 2006.

⁴ PONTUAL, V. P. O urbanismo aplicado do mestre Gaston Bardet: conferências, cursos e instituições. **URBANA - Revista Eletrônica do Centro Interdisciplinar de Estudos sobre a Cidade**, v. 8, n. 3, p. 89-110, 14 dez. 2016.

O Estatuto da Cidade regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal⁵, e tem por finalidade estabelecer diretrizes gerais da política urbana e meios para se alcançar uma cidade sustentável e democrática, assim evitando a urbanização vertiginosa e predatória no Brasil.⁶

O Estatuto da Cidade é lei federal que rege os instrumentos da política urbana que devem ser aplicados pelos três entes federativos. À União cabe exclusivamente elaborar planos nacionais de ordenação do território e desenvolvimento econômico, ao Estado é instituído o poder de editar normas gerais de direito urbanístico na ausência de lei federal, e aos Municípios a competência privativa de regular os assuntos locais, controlando e fiscalizando o uso do território urbano, bem como pondo em prática seu plano diretor, sendo o principal instrumento de coordenação de sua cidade, conforme art. 30, I, II e VIII da Constituição Federal.⁷

Nessa esfera, tamanho o protagonismo, que os municípios são legitimados para promoção de ações civis públicas que colimam a defesa da ordem urbanística, e de outros interesses difusos e coletivos, conforme art. 1º, IV e VI, e art. 5º, III, da Lei n.º 7.347/85.⁸

Isso dado que os interesses atinentes à defesa da padronização urbanística e da proteção ambiental pertencem à categoria de direitos difusos, os quais são violados pela execução de parcelamentos clandestinos ou irregulares. Qualquer projeto de parcelamento do solo em desacordo às leis urbanísticas é uma ameaça à qualidade de vida dos atuais e futuros moradores, fato que legitima o Município e o Ministério Público a evitarem a implantação, ou, quando já consumada a situação fática, exigirem a regularização dos mesmos ou a

⁵ BRASIL. **Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10257.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁶ INSTITUTO PÓLIS. **Estatuto da cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Disponível em: <https://polis.org.br/publicacoes/estatuto-da-cidade-guia-para-implementacao-pelos-municipios-e-cidadaos/>. Acesso em: 02 out. 2020.

⁷ INSTITUTO PÓLIS. **Estatuto da cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Disponível em: <https://polis.org.br/publicacoes/estatuto-da-cidade-guia-para-implementacao-pelos-municipios-e-cidadaos/>. Acesso em: 02 out. 2020.

⁸ BRASIL, **Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 04 nov. 2020.

determinação que o terreno retorne ao *status quo ante*, isto é, ao status de “gleba”.

Diversos doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Melo, Mateus Carvalho, Dirley da Cunha e Marçal Justen Filho, concluem que antes de envolver o meio judiciário nestas situações, o ente municipal, dotado de autoexecutoriedade, pode solucionar os imbróglis da política urbana por conta própria: exigindo a regularização, embargando e sancionando aqueles que descumprem a legislação urbanística, por meio de atos administrativos.⁹

2.1 A ACELERADA URBANIZAÇÃO BRASILEIRA

Em 1950 o Brasil deixou de ser um país que baseava sua economia exclusivamente em produções e exportações agrícolas, passando a constituir centros urbanos, em especial devido a dois administradores federais históricos (Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek), que deram abertura ao capital estrangeiro no país, à consolidação das relações trabalhistas, ao investimento em comunicação, transportes, energia, à criação das indústrias de base, dentre outros, o que resultou na necessidade de controle urbanístico.¹⁰

A desruralização no Brasil alcançou aproximadamente 27 milhões de pessoas entre os anos de 1960 e 1980, atingindo seu máximo em 1970 com 41 milhões de habitantes (44% da população brasileira rural da época), sendo uma intensidade migratória nunca apreciada por outros países.¹¹

⁹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 425-430 e 842-871; CARVALHO, Mateus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 134-136 e p. 264-265; CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 84-90 e 107; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Fórum, 2010. p. 375-376 e 567-594; MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 41 e 166-168.

¹⁰ CAPUTO, Ana Cláudia; MELO, Hildete Pereira de. A industrialização brasileira nos anos de 1950: uma análise da instrução 113 da SUMOC. **Estud. Econ.** São Paulo, v. 39, n. 3, p. 513-538, set. 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612009000300003. Acesso em 04 nov. 2020.

¹¹ CAMARANO, Ana Amélia; ABRAMOVAY, Ricardo. **Êxodo rural, envelhecimento e masculinização no Brasil**: panorama dos últimos 50 anos. Rio de Janeiro: Ipea, 1999. (Texto para discussão, n. 621).

Desde então, este processo de urbanização vem ocorrendo de forma bagunçada, dando espaço à periferação, propriedades construídas em locais inadequados, por vezes em áreas de preservação ambiental ou de risco, sem acesso à energia elétrica, água ou saneamento básico, ou seja, problemas urbanos, sociais e econômicos à revelia do poder público.

É o que Silva explica:

A urbanização gera enormes problemas. Deteriora o ambiente urbano. Provoca desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene e de saneamento básico. Modifica a utilização do solo (...). A solução desses problemas obtém-se pela intervenção do Poder Público (...). Dá-se, então, a urbanificação, processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana (...).¹²

Isso ocorre, pois as pessoas veem na cidade uma oportunidade de acesso a hospitais, farmácias, escolas, empregos, bancos e áreas comerciais com mais facilidade, resultando na intensa procura por um pedaço de solo urbano. Esta busca aliada à burocracia estatal e o alto custo para realização de um parcelamento de glebas leva à ocupação clandestina e irregular das cidades.

O termo “urbanização” advém de uma sociedade industrializada e moderna, sendo o índice que definiria o grau de desenvolvimento de um país, por que quanto mais urbanizado é o Estado, em tese mais desenvolvido ele seria. Ocorre que, a urbanização alcançou o Brasil num ritmo alucinante. Estima-se que 85% da população brasileira, pelo Censo Demográfico de 2015, escolheu viver e desenvolver suas atividades nos centros urbanos,¹³ acarretando problemas, os quais necessitam da aplicação de uma ciência denominada

¹² SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27.

¹³ BRITO, Fausto; PINHO, Breno A. T. D. de. **A urbanização da população brasileira**: uma análise segundo o tamanho dos municípios. Disponível em: <http://abep.org.br/xxencontro/files/paper/990-687.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

por Gaston Bardet¹⁴ de “urbanificação”, que é a intervenção do Poder Público na transformação do meio urbano.

José Afonso da Silva ao citar Antônio Bezerra Baltar define que:

Urbanismo é uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano visando o bem-estar coletivo – através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação (...).¹⁵

Além disso, corroborando com os apontamentos acima, Hely Lopes Meirelles menciona que “urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”.¹⁶

Numa outra visão sobre o assunto, o doutrinador espanhol Ricardo Estévez Goytre diz que o direito urbanístico nada mais é que uma ramificação do direito administrativo, que objetiva a regularização do regime jurídico do solo, da edificação e do cumprimento de requisitos estabelecidos pelo planejamento urbanístico em benefício da coletividade.¹⁷

Além de uma ferramenta, o direito urbanístico é um dever do Ente Público, na medida em que é necessário para uma adequada condição de vida do cidadão, devendo ser compreendido tanto como uma obrigação estatal quanto como um objetivo a ser alcançado pela sociedade.

¹⁴ PONTUAL, V. P. O urbanismo aplicado do mestre Gaston Bardet: conferências, cursos e instituições. **URBANA - Revista Eletrônica do Centro Interdisciplinar de Estudos sobre a Cidade**, v. 8, n. 3, p. 89-110, 14 dez. 2016.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 26.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 522.

¹⁷ GOYTRE, Ricardo Estévez. **Manual de derecho urbanístico**: doctrina, legislación e jurisprudência. 2. ed. Granada, Espanha: Editorial Comares, 2001. p. 13.

2 DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A propriedade é uma instituição tão antiga que não se tem precisão de sua origem, isso porque, não é exagero afirmar, que a mesma surge com o próprio ser humano. As primeiras pesquisas apontam que o direito à propriedade surgiu com as civilizações Gregas e Romanas, por motivos religiosos e sagrados, e passada esta concepção espiritual, a terra passou a determinar o poder econômico dos indivíduos. O proprietário era considerado senhor das coisas, e a propriedade possuía caráter absoluto, inatingível, e irrestrito, ou seja, o exercício da instituição não possuía limitações.

Até hoje a propriedade é sinônimo de poderio econômico, mas, com a necessidade de melhorar a distribuição de riquezas da sociedade, o Estado interveio, tornando o direito à propriedade privada relativo, submetendo-o a enfoque solidário.

Portanto, ainda que seja um direito *erga omnes*, o ordenamento jurídico brasileiro institui atualmente que o exercício desta está vinculado à função social da mesma, conforme art. 5º, XXII e XXIII, e art. 170, III, todos da Constituição Federal.

Nesse viés, posiciona-se o doutrinador Marmelstein:

Há quem defenda, a meu ver com razão, que o direito de propriedade só faz sentido se conjugado com o princípio da função social. Cumprindo a sua função social, o direito de propriedade merece proteção estatal, já que a Constituição o consagra como direito fundamental. Por outro lado, não cumprindo a função social, esse direito deixa de merecer qualquer proteção por parte do poder público, já que a Constituição exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral.¹⁸

Assim, a propriedade, a qual está prevista em nosso Código Civil, nos Títulos II e III do Livro III – Direitos das Coisas, deve atender seu fim social e econômico, isto é, produzir e

¹⁸ MARMELSTEIN, George. **Cursos de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 165.

circular riquezas ou servir de moradia, além de que deve preservar a fauna, a flora, e os patrimônios históricos, culturais e artísticos, evitar a poluição do ar e das águas, bem como manter o meio ambiente sadio e equilibrado, senão vejamos:

Art. 1.228. [...] § 1º **O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.**¹⁹ (Grifo nosso)

Em alguns casos, o proprietário pode ser privado de sua propriedade, pelo Estado, por meio do instituto da desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, ou ainda, por interesse social ou econômico, ou da requisição nos casos de perigo público iminente, como guerras, enchentes ou para servir de abrigo a pessoas desalojadas, mas isso desde que haja justa indenização ao proprietário, conforme determinam os parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil.

Assim, conclui-se que desmedida a importância do uso adequado da propriedade, que é garantido ao Estado, sem que isso constitua sanção, o direito de expropriar propriedade privada visando necessidade ou utilidade pública, a demonstrar que a função social é mola mestra da propriedade hodierna.

Não é novidade que a propriedade é uma condição de subsistência do indivíduo, sendo elemento essencial na composição da ordem social consistente em direito real que recai sobre indivíduo e seus bens ou coisas próprias, de modo que é movida sempre por interesses econômicos.²⁰

Assim sendo, o direito real de propriedade dispõe de particularidades inerentes ao proprietário, a saber, a faculdade

¹⁹ BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 04 out. 2020.

²⁰ ARAUJO, Débora Marques da Silva; ARAUJO, Miriã Marques da Silva. A função social da propriedade: aspectos principiológicos, doutrinários e jurisprudenciais. **Revista Âmbito Jurídico**. Net, São Paulo, jul. 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade-aspectos-principiologicos-doutrinarios-e-jurisprudenciais/#_ftn5. Acesso em: 01 ago. 2020.

de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha, nos termos dos arts. 1.225 e 1.228, do Código Civil brasileiro, os quais dispõem:

Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; (...) Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha;²¹

Sobre isso, Silva aponta que:

(...) passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, **o qual tem o dever de respeitar esse direito, abstraindo-se de violá-lo**, e assim o direito de propriedade se revela: um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito.²² (Grifo nosso)

Entretanto, ainda que o direito à propriedade seja um direito fundamental amplamente protegido pela Constituição, ele não é de fruição ilimitada, uma vez que não é possível furtar-se ou sobrepor-se ao cumprimento das legislações urbanísticas. E isso existe em prol da harmonia social, pois delimitando legalmente onde finaliza o direito de um e onde inicia o direito de outro, em tese, aumenta o respeito alheio e diminui conflitos.²³

4 LEGISLAÇÕES URBANÍSTICAS

Conceituado direito urbanístico, passa-se a estudar o seu planejamento, instituto prévio de desenvolvimento das cidades, que tem por escopo evitar conflitos jurídicos e

²¹ BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

²² SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 68-69.

²³ ANDRADE, Túlio. **Propriedade privada e civilização**. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <https://juspelaliberdade.jusbrasil.com.br/artigos/309697021/propriedade-privada-e-civilizacao#:~:text=Comumente%2C%20se%20v%C3%AA%20a%20institui%C3%A7%C3%A3o,normas%20pautadas%20nos%20princ%C3%Adpios%20liberais>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ambientais que tendem a surgir com o crescimento urbano acelerado, sendo o Plano Diretor o instrumento legal que o efetiva.

O planejamento urbanístico, para ser realidade, depende de três instrumentos legais: a Constituição Federal, o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/01) e o Plano Diretor. O Estatuto da Cidade, Lei Federal n.º 10.257/2001, determina que todos os municípios com mais de 20 mil habitantes devem, obrigatoriamente, possuir Plano Diretor e outros instrumentos legais, para condução de um planejamento urbanístico apropriado, confirmando assim o exposto nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, que visam o controle da urbanização, o bem-estar coletivo e o equilíbrio ambiental.

O Estatuto da Cidade preocupa-se com a organização do compartilhamento do solo urbano, mas também com o controle de seu uso, a fim de se evitar práticas predatórias, por exemplo: a utilização inadequada de imóveis, a edificação ou a falta de infraestrutura urbana, tráfego, retenção especulativa de imóvel urbano, deterioração de áreas urbanizadas, poluição e degradação ambiental.

No Plano Diretor há outros mecanismos regulatórios que determinam a criação de mais legislações para controle do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano como a Lei n.º 6.766/79, para proteção do meio ambiente como a Política Nacional do meio ambiente – Lei n.º 6.938/81, para adequação e fiscalização de espaços construídos, o Código de Obras e para qualificar a circulação e o transporte urbano, o Plano Viário. Nota-se, portanto, que urbanização controlada é uma necessidade que vai além da disciplina do solo, é a garantia de uma cidade sustentável que proporciona qualidade de vida aos seus municípios.

Para Hely Lopes, desmedida a importância do Plano Diretor que:

[...] deve ser a expressão das aspirações dos municípios quando ao processo do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É muito mais que um plano de obras. Deve tratar o espaço como uma manifestação social, que envolve aspectos físicos, econômicos, sociais institucionais. Não é

um fim em si mesmo – seu objetivo é a melhoria da qualidade de vida da população.²⁴

É importante destacar que a simples edição de normas não resolve o imbróglio da ocupação desordenada do solo urbano existente no Brasil, vez que o verdadeiro empecilho à urbanização adequada dos municípios brasileiros não é a elaboração de um plano ou legislação eficaz, mas sim garantir e fiscalizar o cumprimento destas perante a sociedade e a própria administração pública.

4.1 LEI N. 6.766/79 – DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

O parcelamento do solo para fins urbanos, destrinchado pela Lei n.º 6.766/79, nada mais é que a repartição de glebas, áreas maiores que não foram objeto de urbanização, em lotes limitados a padrões estabelecidos pelo Plano Diretor ou por outras leis municipais, o qual possui diversas modalidades de operação que serão expostas no decorrer deste capítulo.

A obediência aos limites legais do parcelamento é um pressuposto para que as propriedades (lotes) atendam sua função social, a saber, a de proporcionar moradia urbana digna aos proprietários daqueles.

Frequentemente, o parcelamento do solo urbano é realizado clandestinamente ou irregularmente, acarretando em áreas marginalizadas como guetos e periferias. Estas áreas divididas, muitas vezes, são vendidas a preços mais acessíveis, pelos próprios responsáveis pelo parcelamento, àqueles que possuem menos condições financeiras, e aos que desconhecem a ilegalidade destas circunstâncias.

A Lei n. 6.766/79 fixa mínimas condições para que o parcelamento do solo urbano ocorra de forma adequada, dentre elas a aprovação do Município, o registro especial, o contrato padrão de condições protetivas, a execução de

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 395.

infraestruturas mínimas no local e a não realização do parcelamento em área de preservação ambiental ou de risco.

A aprovação do loteamento ou desmembramento pressupõe o cumprimento dos requisitos expressos na lei anunciada como condição ao desenvolvimento pleno e regular destes empreendimentos, mais precisamente nos capítulos III e IV da Lei n. 6.766/79. Em síntese, as fases de validação do parcelamento abrangem: solicitação de diretrizes à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal sobre o uso do solo (arts. 6º e 7º); apresentação do projeto (arts. 9º a 11); aprovação da Prefeitura Municipal (arts. 12 a 17); pré-registro (art. 18); execução (art. 18, inciso V); e efetivamente registro.

A título de exemplo, os arts. 6º e 7º explica, de forma detalhada o que interessado em empreender um loteamento deve providenciar, a saber:

Art. 6º. Antes da elaboração do projeto de loteamento, o interessado deverá solicitar à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal quando for o caso, que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel contendo, pelo menos: I - as divisas da gleba a ser loteada; II - as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal; III - a localização dos cursos d'água, bosques e construções existentes; IV - a indicação dos arruamentos contíguos a todo o perímetro, a localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada; V - o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina; VI - as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas.

²⁵ (Grifo nosso)

Art. 7º. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, indicará, nas plantas apresentadas junto com o requerimento, de acordo com as diretrizes de planejamento estadual e municipal: I - as ruas ou

²⁵ BRASIL. **Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

estradas existentes ou projetada, que compõem o sistema viário da cidade e do município, relacionadas com o loteamento pretendido e a serem respeitadas; II - o traçado básico do sistema viário principal; III - a localização aproximada dos terrenos destinados a equipamento urbano e comunitário e das áreas livres de uso público; IV - as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas não edificáveis; V - a zona ou zonas de uso predominante da área, com indicação dos usos compatíveis.²⁶ (Grifo nosso)

O parcelamento realizado de modo irregular, sem que o Poder Público tenha aprovado sua implantação é parcelamento clandestino. Já, quando existe documentação aprovando o loteamento/desmembramento, mas sua execução está em desacordo com a Lei 6.766/79 trata-se de um parcelamento irregular.

Em outras palavras, o parcelamento irregular é aquele que embora aprovado ou registrado, possui vícios na execução das obrigações, isto é, não adimple as infraestruturas básicas exigidas no art. 2º, §. 5.º da Lei n.º 6.766/79 ou não deixa percentual do solo para áreas públicas ou institucionais.

Segundo o artigo de lei supracitado, as infraestruturas básicas dos parcelamentos são constituídas “pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação”.²⁷

Quanto à terra que não foi submetida a nenhuma divisão, esta é entendida como “gleba”, segundo ensina Scavone Junior:

[...] é a porção de terra que não tenha sido submetida a parcelamento sob a égide da Lei nº 6.766/79, o que equivale dizer que estaremos diante de uma gleba se a

²⁶ BRASIL. **Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

²⁷ BRASIL. **Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

porção de terra jamais foi loteada ou desmembrada sob a vigência da nova Lei.²⁸

No que tange o lote, o § 4º do art. 2º da lei que regula o parcelamento do solo considera como sendo “[...] o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.”²⁹

Portanto, existindo a subdivisão de glebas em porções de terras menores, estar-se-á diante de um lote, no entanto, estes devem possuir dimensões adequadas aos índices urbanísticos definidos pelo Plano Diretor da zona que situe, conforme §. 4.º do art. 2.º da Lei n.º 6.766/79. Importante destacar que o lote deve possuir área de pelo menos 125 m² e frente de 5 m, exceto se houver maior restrição da legislação estadual ou municipal.³⁰

O parcelamento do solo é o procedimento por meio do qual resulta a subdivisão de um terreno em imóveis urbanos com matrículas próprias (individualizadas), isto é, registradas na serventia imobiliária de forma independente da “matrícula mãe” (a que se refere à gleba). Estas áreas serão destinadas à habitação, lazer, comércio, indústrias, bem como áreas comuns (áreas institucionais, arruamentos e áreas verdes).

Esta subdivisão pode ocorrer em duas modalidades: loteamento e desmembramento. Aponta Meirelles que a primeira divide o solo em lotes edificáveis com abertura de vias e logradouros públicos. Já a segunda consiste na simples divisão da área urbanizável, com o aproveitamento das estruturas e vias preexistentes.³¹

²⁸ SCAVONE, Luiz Antônio Júnior. **Loteamentos e desmembramentos (Lei n. 6.766/79) – alguns aspectos das modificações introduzidas pela Lei n. 9.785/99**. Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/loteamentos-e-desmembramentos-lei-n-676679-alguns-aspectos-das-modificacoes-introduzidas-pela-lei-n-978599.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁹ BRASIL. **Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

³⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Guia de parcelamento do solo urbano: perguntas e respostas**. Florianópolis: MPSC, 2010. Disponível em: https://documentos.mp.sc.br/portal/conteudo/cao/cme/ guia_parcelamento_web.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Nesse viés, o desmembramento, como mencionado, aproveita o sistema viário existente sem modificá-lo, e o loteamento implica em modificação, ampliação, ou até criação de vias de circulação, destinando porcentagem de no mínimo 35% ao uso público para Área Comunitária Institucional, Área Verde de Lazer e áreas para Equipamentos Urbanos e Sistema Viário. Deduz-se, portanto, que esta modalidade é menos conveniente e mais dificultosa ao parcelador que a primeira.

Apesar de ambas necessitarem de aprovação municipal e adequação ao plano diretor instituído, é comum o parcelamento de glebas desconsiderando o ordenamento jurídico, a fim de satisfazer tão somente interesses privados. A título de exemplo, no Município de Capivari de Baixo, é recorrente o desmembramento de terras mediante prolongamento de vias que são ilicitamente doadas ao município, sem o prévio resguardo de áreas de uso comum. Assim, o empreendedor beneficia-se economicamente do desmembramento irregular, com a concordância do ente público por desconhecimento ou conciliábulo.

Compreende-se então, que o loteador doa ao município ruas ou pedaços de ruas (que geralmente chegam a lugar nenhum), com intenção de aproveitar ilegalmente de áreas remanescentes para constituição de mais lotes ou como subterfúgio, uma vez que não destina quaisquer áreas para uso institucional, viário, ou áreas verdes (mínimo de 35%), nem realiza as infraestruturas básicas de um loteamento, em desobediência ao planejamento urbano da cidade.³²

Por vezes a administração do município aceita e nomeia estas vias causando prejuízos urbanísticos, que vão desde responsabilização civil do ente público (por fatos que ocorrerem nestas vias que em tese são particulares) até atos lesivos ao patrimônio histórico, cultural e ambiental da cidade e à moralidade administrativa.

Por fim, a Lei n. 6.766/79 é um instrumento que deve ser empregado para atender às finalidades requeridas no

³² MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Guia de parcelamento do solo urbano:** perguntas e respostas. Florianópolis: MPSC, 2010. Disponível em: https://documentos.mp.sc.br/portal/conteudo/cao/cme/guia_parcelamento_web.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

Estatuto da Cidade, porquanto, abarca normas urbanísticas, sanitárias, penais e civis que buscam a disciplina do solo e o desenvolvimento urbano, bem como cuida do interesse coletivo compreendido na defesa daqueles que adquirem lotes previstos em parcelamentos irregulares.

5 DO SURGIMENTO DAS VIAS

É de suma importância que os municípios possuam um sistema viário planejado, com calçadas, faixa de pedestres, asfaltos e sinalizações, com objetivo de garantir a harmonia e a qualidade de vida dos cidadãos. As vias de circulação correspondem à área pública, assim como as áreas institucionais e verdes, as quais são requisitadas no inciso I do art. 4º da Lei n. 6.766/79.³³

O arruamento é uma modalidade de parcelamento do solo assim como o loteamento e o desmembramento, sendo que o loteamento implica no arruamento, que é a abertura de vias de circulação e a formação de quadras entre elas.³⁴

De acordo com o direito urbanístico, o surgimento de uma via depende de planejamento prévio e execução perante o ente público, ou por iniciativa de empreendedores privados, conforme a legislação pertinente.

Consoante Silva, o objetivo fundamental do plano de arruamento:

Consiste em estabelecer (...) logradouros, esses, que também servem de canais para instalação de redes de serviços públicos, aéreas ou subterrâneas (água, esgoto, gás, eletricidade, telefone), mas que, além disso, exercem outra relevante função, qual seja, a de procurar estabelecer o equilíbrio entre os dois elementos constitutivos das aglomerações urbanas: conjunto edilício e equipamentos públicos e sociais.³⁵

³³ BRASIL. **Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 332.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 335.

Nos Municípios, a prerrogativa de criar projetos de nomeação de logradouros públicos é da Câmara de Vereadores, e a de oficializar e aprovar tais arruamentos é competência privativa do prefeito.

A Lei Orgânica Municipal de Capivari de Baixo comprova o exposto acima, vejamos:

Art.18 Compete a Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, e, especialmente:

(...)

XII - denominar logradouros públicos; (grifo nosso)

(...)

Art. 50 Ao Prefeito compete, privativamente:

(...)

XXI - oficializar, obedecidas às normas urbanísticas aplicáveis, os logradouros públicos; (grifo nosso)

XXII - aprovar projetos de edificações e planos de loteamento, **arruamento** e zoneamento urbano ou para fins urbanos; (grifo nosso)³⁶

Via de regra, o ente municipal só pode oficializar, aprovar, executar obras de infraestrutura ou nomear logradouros após a autorização legal do parcelamento do solo urbano, isso porque a criação de ruas independentes, isto é, que não harmonizam com as normas gerais de parcelamento do solo, plano diretor e plano viário do Município provocam inúmeras desordens urbanísticas, conforme explica Silva:

O projeto do sistema viário do plano de arruamento subordinar-se-á a normas gerais que imponham sua harmonização com o plano viário do Município. A observação cotidiana mostra que os arruadores e loteadores pensam em seu arruamento e loteamento como um projeto independente, e não como parte da cidade, relacionada com suas ruas, seus serviços públicos, parques etc.

Por isso, em muitos bairros provenientes de processo de loteamento privado nota-se que as vias foram projetadas sem se atentar para a localização e a direção das

³⁶ CAPIVARI DE BAIXO. **Lei orgânica do município de Capivari de Baixo**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-capivari-de-baixo-sc>. Acesso em: 31 out. 2020.

existentes nas áreas circunvizinhas, criando "cotovelos" e becos sem saída, não como cul de sac com praça de retorno, que algumas leis admitem para -o interior de quadras, mas como defeito de entroncamento no sistema viário preexistente. Mesmo ligando-se às vias vizinhas, as artérias do arruamento, não raro, mudam abruptamente de direção e de largura, 2º gerando enormes pontos de estrangulamento de trânsito, que acabarão, a médio prazo, exigindo a intervenção do Poder Público, mediante desapropriação custosa, social e financeiramente, para proceder à reurbanização da área, a fim de adequá-la ao plano diretor do Município. É função, pois, do órgão de planejamento municipal examinar o traçado das vias de circulação do plano de arruamento, para verificar se se conforma com o plano da cidade.³⁷

O problema é que (não é preceito, mas comumente acontece) loteadores clandestinos vendem imóveis abarrotados de problemas urbanísticos a adquirentes que anseiam por residir em cidades, aproveitando-se de seus desconhecimentos legais ou de suas baixas condições financeiras.³⁸

Assim, estes indivíduos instalam-se no local de qualquer maneira, e depois passam a exigir do Município a instalação dos arcabouços públicos, isto é, das vias de circulação, iluminações públicas, calçamentos, esgotamentos, entre outros, o que seria incumbência dos próprios loteadores, conforme arts. 2º, § 5º e 4º da Lei n.º 6.766/79.³⁹

Pela pressão social e por desconhecimento também, os vereadores, em atenção às impertinências dos adquirentes destes lotes, criam projetos de infraestrutura para aquelas vias, pouco se importando se as áreas são oriundas de loteamento irregular, ou se são áreas públicas, de preservação permanente, de risco, dentre outros.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

³⁸ LOBO. Carlos Diego de Souza. Parcelamento irregular do solo urbano: quais os responsáveis pela regularização? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, mar. 2019. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/72582/parcelamento-irregular-do-solo-urbano-quais-os-responsaveis-pe-la-regularizacao#:~:text=Sempre%20que%20%20loteamento%20clandestinoda%20Lei%20Fede%206.766%2079](https://jus.com.br/artigos/72582/parcelamento-irregular-do-solo-urbano-quais-os-responsaveis-pe-la-regularizacao#:~:text=Sempre%20que%20%20loteamento%20clandestinoda%20Lei%20Fede%206.766%2079.). Acesso em: 10 ago. 2020.

³⁹ BRASIL. **Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

Desta mesma forma, os residentes dos lotes irregulares reivindicam da CELESC ou da CASAN a ligação de energia elétrica e de água encanada para suas casas. Além disso, também passam a requerer a nomeação das vias, porquanto, fundamental para recebimento de intimações, correspondências, citações, encomendas, etc. Assim, a Câmara Municipal providencia estas solicitações antes mesmo de averiguar se os lotes estão regulares ou registrados, denominando vias não incorporadas ao domínio público. Inclusive, estas vias podem até receber nomes de pessoas importantes à localidade.⁴⁰

Neste caso, a denominação requerida acaba servindo de subterfúgio para reivindicação de implantação de infraestrutura e/ou legalização de parcelamentos do solo clandestinos ou irregulares, acarretando em sérios prejuízos ao erário.

O Município, além de hipoteticamente ter legitimado o parcelamento irregular, passa a arcar com todas as despesas de obras, instalações, asfaltamentos, bem como passa até a ter obrigações de indenizar moral ou materialmente acidentes que ocorram nos logradouros que em tese seriam particulares.

Para melhor compreensão, as vias urbanas são de uso comum do povo, conforme art. 99, I do Código Civil e segundo leciona Silva, estas podem ser criadas legalmente de três formas: plano de arruamento por meio do parcelamento do solo em quadras com abertura de logradouros para circulação, pela abertura de rua isolada em sede de ampliação do sistema viário, e pela oficialização de via particular.⁴¹

O plano de arruamento do parcelamento geralmente é executado pelo particular atendendo às diretrizes da Municipalidade, estando sujeito à sua aprovação. Assim, uma vez registrado na Serventia Imobiliária, as áreas livres e de

⁴⁰ OLIVEIRA, Bruno Carriço de. Denominação de vias não incorporadas ao domínio público no município de Florianópolis e as implicações ambientais e urbanísticas dos procedimentos adotados pela Câmara Municipal. **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/29>. Acesso em: 20 out 2020.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 476.

circulação integrarão o domínio municipal como bens de uso do povo.

Já abertura de via isolada é a ampliação ou criação de ruas em áreas de propriedade municipal, que pode ser adquiridas mediante a aquisição do respectivo terreno por desapropriação ou qualquer outra forma prevista em nosso ordenamento como: compras, doações ou permutas. Nessa situação, o fato da via ser construída em terreno de propriedade da Municipalidade, executor do projeto, confere natureza pública à mesma.

A oficialização de via particular diz respeito ao reconhecimento de via de circulação situada em uma propriedade privada pelo Poder Público como sendo uma via de uso público, em observância às normas legais que regem a perda da propriedade privada.

Portanto, a abertura corriqueira de loteamentos clandestinos e/ou irregulares com a criação de ruas de forma espontânea e a expensas do Poder Público, por empreendedores clandestinos constitui um dos mais graves problemas de ordem urbanística, ambiental e patrimonial que assolam os municípios brasileiros.

A Lei n. 6766/79 dispõe de normas bastante detalhadas quanto à repreensão e punição de loteadores irregulares ou clandestinos, a qual dá poder aos Municípios e ao próprio Ministério Público a coibirem esta prática abusiva, seja pela incriminação ou pela regularização da área com a posterior cobrança do empreendedor.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da urbanização nasce e se desenvolve, sob a perspectiva histórica, como algo espontâneo e característico do desenvolvimento socioeconômico. Neste sentido, as populações aglomeram-se como podem em áreas urbanizadas, em busca de qualidade de vida e da inserção no contexto global que é firmado pelas cidades.

A predileção categórica dos cidadãos por residir em cidades está afetando cada vez mais a ocupação do solo

urbano, visto que os indivíduos buscam qualquer espaço para habitação, sem observar ou cumprir as determinações legais, documentais e registraes, causando enormes desequilíbrios urbanísticos, tais como construções em áreas de preservação ambiental ou de risco.

Esta ocupação desenfreada está no fato de que as cidades são reconhecidamente pontos de trabalho, lazer, habitação e comodidades, no entanto, nota-se que a experiência dos ocupadores clandestinos está sendo contrária, porquanto, muitas vezes, acaba lhes faltando infraestruturas básicas para se viver em boas condições.

É inconteste que o planejamento urbanístico é de competência Municipal, porém, evidente que a construção de uma cidade necessita de colaboração de todos os cidadãos, vez que o parcelamento do solo legalizado, apesar de regulado pelo Direito público, possui caráter híbrido, já que interligado à criação de propriedades privadas e ao crescimento planejado das cidades.

A propriedade é um direito fundamental amplamente protegido por nossa Constituição Federal, mas existem equívocos na interpretação deste direito, que apesar de social, depende do cumprimento de sua função social, pois, para que o ser humano tenha uma vida digna, é preciso que sua moradia, de preferência, esteja dotada dos recursos mínimos de infraestrutura e saneamento básico.

Assim, tendo em vista que a vida em sociedade exige respeito mútuo a inúmeras regras por parte dos que a integram, o parcelamento do solo precisa ser feito nos moldes legais. E neste sentido explica Hely Lopes Meirelles que:

Quando não existem essas normas específicas ou quando não se as cumprem, o resultado é essa verdadeira “orgia de loteamentos”, que vem provocando uma fictícia valorização imobiliária e um desastroso desordenamento das cidades, tornando improdutivas imensas glebas rurais, convertidas da noite para o dia em terrenos urbanos, desservidos de qualquer melhoramento público e sem condições de habitabilidade, os quais irão exigir, mais

tarde, a execução desses equipamentos pela própria Prefeitura.⁴²

Espantosa a importância deste assunto que é o primeiro passo para que todos os seus habitantes tenham acesso à água encanada, saneamento básico, energia elétrica, vias públicas com inclinação adequada e boa trafegabilidade, construções que não possuam riscos de desabamento, nem que comprometam a saúde pública e o meio ambiente.

Pelos motivos ora expostos, o parcelamento do solo urbano é um dos institutos mais fiscalizados pelo Ministério Público, o qual pressiona os Municípios para que controlem e eliminem estas situações. Ocorre que não é somente a ação da administração pública que vai solucionar este problema enfrentado nos centros urbanos, para que as legislações funcionem é necessária, além de publicidade e punições, a colaboração do povo, do estado, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

As normas urbanísticas destinam-se a todos indiscriminadamente, e objetiva-se com este artigo estimular o fim da prática de loteamentos clandestinos e irregulares, e da conveniência do Poder Municipal em relação a estas “pragas daninhas do urbanismo brasileiro”⁴³, contribuindo para a criação de Municípios com cidadãos que conheçam e respeitem o Plano Diretor, o Plano Viário, a Lei Orgânica, a Lei de Parcelamento do solo Urbano e a Lei de Ocupação e Zoneamento que vigorem.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Túlio. **Propriedade privada e civilização**. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <https://juspelaliberdade.jusbrasil.com.br/artigos/309697021/propriedade-privada-e-civilizacao#:~:text=Comume nte%2C%20se%20v%C3%AA>

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 412.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 344.

%20a%20instituí%C3%A7%C3%A3o,normas%20pautadas%20nos%20princ%C3%Adpios%20liberais. Acesso em: 10 ago. 2020.

ARAUJO, Débora Marques da Silva; ARAUJO, Miriã Marques da Silva. A função social da propriedade: aspectos principiológicos, doutrinários e jurisprudenciais. **Revista Âmbito Jurídico**. Net, São Paulo, jul. 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade-aspectos-principiologicos-doutrinarios-e-jurisprudenciais/#_ftn5. Acesso em: 01 ago. 2020

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

BERNARDI, Jorge Luiz. **Funções sociais da cidade: conceitos e instrumentos**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Curso de Gestão Urbana, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, p. 11. 2006.

BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL, **Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 04 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abril. 2020.

BRASIL. **Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001.** Estatuto da Cidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRITO, Fausto; PINHO, Breno A. T. D. de. **A urbanização da população brasileira:** uma análise segundo o tamanho dos municípios. Disponível em: <http://abep.org.br/xxencontro/files/paper/990-687.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

CAMARANO, Ana Amélia; ABRAMOVAY, Ricardo. **Êxodo rural, envelhecimento e masculinização no Brasil:** panorama dos últimos 50 anos. Rio de Janeiro: Ipea, 1999. (Texto para discussão, n. 621).

CAPIVARI DE BAIXO. Câmara Municipal de Vereadores. **Projetos de denominação de vias públicas do município.** Capivari de Baixo/Santa Catarina, 12 set. 2020.

CAPIVARI DE BAIXO. **Lei orgânica do município de Capivari de Baixo.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-capivari-de-baixo-sc>. Acesso em: 31 out. 2020.

CAPUTO, Ana Cláudia; MELO, Hildete Pereira de. A industrialização brasileira nos anos de 1950: uma análise da instrução 113 da SUMOC. **Estud. Econ.** São Paulo, v. 39, n. 3, p. 513-538, set. 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612009000300003. Acesso em: 04 nov. 2020.

CARVALHO, Mateus. **Manual de direito administrativo.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO, Mateus. **Manual de direito administrativo.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GOYTRE, Ricardo Estévez. **Manual de derecho urbanístico: doctrina, legislación e jurisprudência**. 2. ed. Granada: Comares, 2001.

INSTITUTO PÓLIS. **Estatuto da cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Disponível em: <https://polis.org.br/publicacoes/estatuto-da-cidade-guia-para-implementacao-pelos-municipios-e-cidadaos/>. Acesso em: 02 out. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Fórum, 2010.

LOBO. Carlos Diego de Souza. Parcelamento irregular do solo urbano: quais os responsáveis pela regularização? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72582/parcelamento-irregular-do-solo-urbano-quais-os-responsaveis-pela-regularizacao#:~:text=Sempre%20que%20%20loteamento%20clandestinoda%20Lei%20Federal%206.766%2F79>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Cursos de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 165. 2011.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Guia de parcelamento do solo urbano: perguntas e respostas.**

Florianópolis: MPSC, 2010. Disponível em: https://documentos.mpsc.mp.br/portal/conteudo/cao/cme/guia_parcelamento_web.pdf. Acesso em: 07 jun. 2020.

OLIVEIRA, Bruno Carriço de. Denominação de vias não incorporadas ao domínio público no Município de Florianópolis e as implicações ambientais e urbanísticas dos procedimentos adotados pela câmara Municipal. **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/29>. Acesso em: 20 out 2020.

PONTUAL, V. P. O urbanismo aplicado do mestre Gaston Bardet: conferências, cursos e instituições. **URBANA - Revista Eletrônica do Centro Interdisciplinar de Estudos sobre a Cidade**, v. 8, n. 3, p. 89-110, 14 dez. 2016.

SCAVONE, Luiz Antônio Júnior. **Loteamentos e desmembramentos (Lei n. 6.766/79) – alguns aspectos das modificações introduzidas pela Lei n. 9.785/99.**

Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/loteamentos-e-desmembramentos-lei-n-676679-alguns-aspectos-das-modificacoes-introduzidas-pela-lei-n-978599.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

O EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E A ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DO CUMPRIMENTO DA PENA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE EXCESS OF DEADLINES IN PREVENTIVE PRISON AND THE UNFAIR ANTICIPATION OF COMPLIANCE WITH THE PENALTY IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Andressa Alayne Barros Alves¹
Camila Leonardo Nandi de Albuquerque²

Resumo: O presente estudo objetiva analisar os desdobramentos acerca do excesso de prazo na prisão preventiva e da antecipação indevida do cumprimento da pena, à luz dos direitos fundamentais. Para tanto, primeiramente o estudo apresenta a definição de prisão preventiva e demais prisões cautelares, analisando se os critérios utilizados atualmente garantem a duração razoável do processo e se respeitam a real necessidade da privação de liberdade. Na sequência, apresenta-se os principais direitos e princípios fundamentais atrelados ao tema, e por fim, discorre-se sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. O método empregado é dedutivo, visto que se parte de uma perspectiva geral para uma particularizada. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, a qual se dá a partir de fontes primárias e secundárias, valendo-se do disposto na Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como, em normas esparsas do ordenamento jurídico brasileiro, assim como da literatura disponível em relação ao tema.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Processo penal. Pena.

Abstract: *The present study aims to analyze the developments regarding the excess of time in pre-trial detention and the undue*

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: alayne.bia@gmail.com.

² Mestranda no programa de pós-graduação em Direito da Unesc, com taxa prosuc/CNPq. Graduada em Direito na Unisul. Mestre em Desenvolvimento Regional na Universidade do Contestado. Especialista em Direito Empresarial. Professora de Direito Processual Penal I na Fucap-Univinte. E-mail: camilanandi_@hotmail.com.

anticipation of serving the sentence, in the light of fundamental rights. For this purpose, the study first presents the definition of pre-trial detention and other precautionary detentions, analyzing whether the criteria currently used guarantee the reasonable duration of the process and whether the real need for deprivation of liberty is respected. Following, the main rights and fundamental principles related to the theme are presented, and finally, the position of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice is discussed. The method used is deductive, since it starts from a general perspective to a particular one. The research technique used is bibliographic, which takes place from primary and secondary sources, making use of the provisions of the Brazilian Federal Constitution of 1988, as well as, in sparse norms of the Brazilian legal system, as well as the literature available in regarding the theme.

Keywords: Preventive prison. Criminal Procedural Law. Penalty.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a duração razoável diante dos critérios adotados pela legislação e pelos Tribunais brasileiros para a definição do prazo na prisão preventiva. Ainda, o estudo pretende verificar apresentar o instituto da prisão preventiva, bem como das demais prisões cautelares, analisando se os critérios utilizados atualmente são suficientes para garantir o direito fundamental da razoável duração do processo, bem como realizar uma análise acerca do excesso de prazo da prisão preventiva à luz dos direitos fundamentais, para discorrer se os referidos direitos estão sendo respeitados, bem como discorrer com relação à antecipação indevida do cumprimento da pena.

Para que se alcance o objetivo principal, o primeiro tópico traz as modalidades de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo, em especial, o conceito da prisão preventiva, que é essencial ao estudo. O segundo tópico aborda o excesso de prazo na prisão preventiva à luz dos direitos fundamentais e a antecipação indevida do

cumprimento da pena, apresentando uma abordagem doutrinária ao tema.

Por fim, o último tópico apresenta o atual entendimento dos tribunais acerca do principal assunto da pesquisa, qual seja, do excesso de prazo da prisão preventiva. Apresentar-se-ão duas decisões, de cada tribunal, com o objetivo de embasar e demonstrar o entendimento, bem como enriquecer o estudo.

Assim, passa-se a pesquisa.

2 O EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E A ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DO CUMPRIMENTO DA PENA

Inicialmente, para que se possa adentrar no tópico principal deste artigo, é necessário contextualizar sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, para o melhor entendimento do tema. Assim, primeiramente se discorrerá acerca das prisões cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico, em especial quanto ao instituto da prisão preventiva, trazendo-se seu conceito e demais desdobramentos.

2.1 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A prisão preventiva se encontra prevista no Código de Processo Penal, do artigo 311 ao 316. Conceitua-se como “[...] modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que concorram os pressupostos que a autorizam e as hipóteses que a admitem.”³

A prisão preventiva tem natureza cautelar. No Brasil, existem seis tipos de prisão com natureza cautelar, que serão apresentadas a seguir: prisão temporária; prisão em flagrante; prisão em decorrência de pronúncia; prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou outra pessoa que se recuse de

³ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1055.

forma injustificada a comparecer em juízo ou à polícia; e, por fim, a prisão que interessa ao estudo, chamada de prisão preventiva.⁴

Com relação à condução coercitiva do réu, entretanto, o Supremo Tribunal Federal declarou sua inconstitucionalidade em 2019. Sua disposição se encontra no artigo 260, que foi julgado como descumprimento de preceito fundamental, sendo parcialmente incompatível com as disposições da Constituição Federal de 1988.⁵

Para Lima,⁶ a condução coercitiva se revela como violação à presunção de inocência, bem como à dignidade da pessoa humana, não sendo um tratamento adequado a pessoas que, até que se prove o contrário, são consideradas inocentes.

2.1.1 Prisão temporária

A prisão temporária se trata de uma medida que visa restringir a liberdade de locomoção, não havendo um prazo determinado pela legislação. Sua aplicação tem como objetivo facilitar e auxiliar o desenvolvimento das investigações de crimes graves, enquanto durar o inquérito policial.⁷

Encontra-se prevista na Lei n. 7.960/89 e cabe em determinadas situações, previstas na lei: de forma imprescindível, para investigações durante o inquérito policial, no caso de se entender que sem a prisão a investigação será malsucedida; não tendo o indiciado uma residência fixa, ou em caso de não apresentar informações suficientes para que sua identidade seja esclarecida; havendo indícios de autoria ou participação em crimes de homicídio doloso, seqüestro, cárcere

⁴ FIDALGO, Marcelo. Prisão cautelar e prisão preventiva. **Jus Brasil**, 11 jun. 2016. n. p. Disponível em: <https://marcelofidalgoneves.jusbrasil.com.br/artigos/348336409/prisao-cautelar-e-prisao-preventiva>. Acesso em: 12 out. 2020.

⁵ LIMA, Jairo. A condução coercitiva do réu para participação e audiências e reconhecimento de pessoas. **Canal Ciências Criminais**, 4 jun. 2019. n.p. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-conducao-coercitiva-do-reu-para-participacao/>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁶ LIMA, Jairo. A condução coercitiva do réu para participação e audiências e reconhecimento de pessoas. **Canal Ciências Criminais**, 4 jun. 2019. n.p. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-conducao-coercitiva-do-reu-para-participacao/>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 239.

privado, roubo, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia, envenenamento de água ou alimento, quadrilha, genocídio, entre outros crimes dispostos na lei.⁸

2.1.2 Prisão em flagrante

Nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal brasileiro, considera-se em flagrante delito aquele que estiver praticando o crime no momento da prisão; aquele que acabou de praticar a infração penal; aquele que estiver sendo perseguido pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, logo após a prática do delito; e, por fim, aquele que for encontrado logo depois do crime, portando os objetos ou papéis, bem como armas e objetos, que indiquem ser ele o autor da infração.⁹

Trata-se, primeiramente, de ato administrativo que dispensa autorização judicial, mas se torna ato judicial quando há a comunicação do Poder Judiciário. Após a comunicação, é analisada a legalidade do ato e são determinadas as providências previstas no artigo 310 do mesmo Código.¹⁰

Dispõe o artigo 310:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁸ GONÇALVES, Víctor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 239.

⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

¹⁰ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1020.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva¹¹.

Até o ano de 2011, com o entendimento de a prisão em flagrante ser uma prisão cautelar, esta mantinha, por si só, o indivíduo preso por quanto tempo fosse necessário para a garantia de resultado na investigação criminal ou no processo penal, o que significava que a prisão em flagrante se manteria por tempo indeterminado, enquanto durasse o inquérito ou o processo.¹²

Em 2011 passaram a vigorar as disposições trazidas pela Lei n. 12.403/2011, previstas no artigo 310 supracitado. Assim, para manter o indivíduo segregado, o flagrante passou a ter necessidade de ser convertido em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos trazidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal e não sendo caso de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

¹¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

¹² AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1020.

Por fim, o flagrante é classificado pela doutrina em três tipos: flagrante próprio, que ocorre no momento em que o agente está cometendo o crime, ou assim que cometeu; flagrante impróprio ou quase flagrante, quando o agente não é surpreendido cometendo a infração ou logo em seguida, mas há perseguição contínua após a ação criminosa, pela autoridade, ofendido ou qualquer pessoa, ocorrendo ao final a localização do criminoso e sua prisão; e flagrante presumido ou ficto, quando o agente é encontrado logo depois a prática do crime, portando os instrumentos e armas e demais objetos que indiquem ter sido ele o autor do crime.¹³

2.1.3 Prisão em decorrência de pronúncia

Atualmente, o Código de Processo Penal Brasileiro não acolheu a ideia de prisão de pronúncia como uma modalidade de prisão provisória autônoma. Desta forma, conforme dispõe Avena,¹⁴ foi extinto:

[...] o sistema previsto na primitiva redação do art. 408 do CPP, o qual dispunha que, ao pronunciar o réu, o juiz deveria recomendá-lo à prisão onde já se encontrasse ou determinar a sua prisão para que aguardasse preso a data do julgamento pelo júri (§ 1.º), salvo se fosse primário e de bons antecedentes, hipótese na qual poderia o magistrado deixá-lo em liberdade.

Assim, o atual Código prevê que cabe ao juiz decidir, desde que de forma motivada, se é ou não caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou de outra medida restritiva de liberdade que já tenha sido decretada. Em caso de estar solto o acusado, deve decidir se há a necessidade de decretação de prisão ou imposição de outra medida prevista.¹⁵

¹³ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1025.

¹⁴ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 895.

¹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

Por este motivo, a doutrina sustenta que a prisão que resulta da pronúncia não é mais considerada como espécie da prisão provisória. Desta forma, entende-se que somente a pronúncia não implica na prisão do acusado, mesmo que ele não tenha bons antecedentes ou ainda que seja reincidente. Para que haja motivação para a prisão, devem existir as circunstâncias do artigo 312, devendo ser decretada a prisão preventiva.¹⁶

Assim, em caso de sentença de pronúncia, o juiz deve se manifestar, demonstrando se há necessidade da prisão, ou se existe a possibilidade de o réu aguardar em liberdade pelo seu julgamento. A legislação passou a considerar a prisão por pronúncia como uma exceção, que, em caso de necessidade, deve apresentar os mesmos requisitos da prisão preventiva.¹⁷

2.1.4 Prisão decorrente da sentença condenatória recorrível

No período anterior às Leis n. 11.698/2008 e 11.719/2008, quando o juiz proferia a sentença condenatória e aplicava a pena privativa de liberdade, ou em caso de pronúncia do acusado por crime doloso contra a vida, não sendo caso de réu primário e com bons antecedentes, deveria também designar a prisão.¹⁸

Se o crime que motivasse a prisão fosse inafiançável, assim que se decretasse a prisão, o acusado permanecia preso. Sendo caso de crime passível de fiança, havia a possibilidade de conseguir a liberdade pelo pagamento do valor estipulado, até o julgamento do recurso.¹⁹

Entende-se, portanto, que a modalidade de prisão em decorrência de pronúncia era efeito de uma sentença condenatória recorrível, de forma que só haveria possibilidade

¹⁶ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 895.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 369.

¹⁸ Gonçalves, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 226.

¹⁹ Gonçalves, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 226.

de recorrer em liberdade se o crime fosse afiançável ou sendo caso de infração que permitisse que o réu se mantivesse solto.²⁰

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível foi caracterizada como prisão *ex lege*, ou seja: não importava se era necessária ou não, em cada caso concreto, porque estava determinada em lei.²¹

Com o advento das leis anteriormente apresentadas, foram revogados os dispositivos responsáveis pela imposição da prisão, independente de sua necessidade. As novas regras, diferentemente, dispõem que para que haja a decretação da prisão em caso de sentença condenatória recorrível ou de pronúncia, devem estar presentes os requisitos da prisão preventiva.²²

Não sendo caso de decretação de prisão, ou seja, não havendo sua necessidade, o nobre julgador pode decretar outra medida cautelar alternativa que entender viável e que tenha seus requisitos preenchidos.²³

2.1.5 Prisão preventiva

Trata-se a prisão preventiva como uma das modalidades de segregação provisória que, para todos os efeitos, deve ser decretada judicialmente, estando presentes todos os pressupostos processuais que a autorizem, dentro também das hipóteses previstas em lei.²⁴

Pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo, antes do trânsito em julgado, nos termos do artigo 311 do Código de Processo Penal:²⁵

²⁰ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1099.

²¹ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1099.

²² AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1099.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 370.

²⁴ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1055.

²⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Percebe-se, portanto, que sua natureza cautelar tem o escopo de tutelar a sociedade e garantir que a investigação criminal ou o processo penal corram sem quaisquer intercorrências.

Com as alterações advindas da Lei n. 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a prever duas hipóteses em que se admite a decretação da prisão preventiva: tendo o autor sido preso em flagrante, cabe ao juiz, recebendo a cópia do auto de prisão em até 24 horas, converter a prisão em preventiva; e não sendo o autor do delito preso em flagrante, mas as circunstâncias indicarem a necessidade de sua restrição de liberdade.²⁶

Aqui se faz um adendo: “a prisão preventiva, assim como todas as espécies de prisão processual, com exceção da prisão em flagrante, é cumprida por mandado de prisão.”²⁷

Frisa-se também que não há qualquer ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência pela prisão preventiva, conforme a súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, podendo esta ser prevista e disciplinada por legislação infraconstitucional.²⁸

São requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. *Periculum in mora* significa que há perigo em deixar o agente em liberdade, podendo ser prejudicial à segurança social, ao bom andamento das investigações policiais e a apuração criminal, bem como à execução da sentença condenatória, se houver. Já o *fumus boni iuris* consiste em haver probabilidade de ser o agente o autor da infração penal, diante de indícios de autoria

²⁶ Gonçalves, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 221.

²⁷ Gonçalves, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 222.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 349.

e provas da materialidade do crime que sejam verificadas no caso concreto.²⁹

Além dos requisitos necessários, para que a prisão preventiva seja legal, também devem estar presentes os fundamentos trazidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, que são: garantia da ordem pública, caso em que o indivíduo deve ser mantido segregado em decorrência de sua periculosidade; conveniência da instrução criminal, em caso de se verificar que o réu se encontra eliminando ou modificando provas, ou ainda se estiver ameaçando a vítima ou testemunhas; garantia da futura aplicação da lei penal, sendo verificado que o réu está em local desconhecido, ou preparando-se para fugir; visando garantir a ordem econômica, para evitar crimes contra a ordem tributária, sistema financeiro, etc.; se o indivíduo descumprir as medidas cautelares impostas anteriormente.³⁰

Ainda, que o réu tenha endereço fixo e esteja empregado, se houver algum desses fundamentos presente, não será possível evitar a decretação da prisão preventiva.³¹

O Código de Processo Penal, em seu artigo 313, prevê que é admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima acima de quatro anos; em caso de o acusado já ter sido condenado em outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, dentro do período de cinco anos para reincidência; sendo crime que envolve violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, pessoa enferma ou com deficiência, visando a garantia das medidas protetivas de urgência; e no caso de haver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou se esta não fornecer os elementos suficientes para esclarecê-la, devendo ser preso até sua identificação.³²

²⁹ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1054.

³⁰ Gonçalves, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 223.

³¹ Gonçalves, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 223.

³² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

No recebimento do auto de prisão em flagrante, o juiz tem três opções, que, independente da que seja escolhida, deve estar devidamente fundamentada. Pode, primeiramente, relaxar a prisão, no caso de esta ser ilegal e desobedeça às formalidades trazidas pela legislação, sem impedir eventual decretação de prisão preventiva, vez que o relaxamento se deve por haver nulidade no auto de prisão, mas sendo possível a prisão preventiva se presentes seus requisitos. Pode também converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, estando presentes os requisitos anteriormente citados e não sendo caso de aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão. Ainda, pode conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, entendendo não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, devendo impor, se for o caso, alguma das medidas cautelares diversas da prisão. Caso seja um crime pelo qual não haja cominação de pena privativa de liberdade, será incabível medida cautelar e prisão preventiva.³³

Por fim, cabe ressaltar que não há possibilidade de recurso contra a decisão que decretou a prisão preventiva, sendo, neste caso, hipótese de impetração de *habeas corpus*.³⁴

3 O EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ANTECIPAÇÃO INDEVIDA DO CUMPRIMENTO DA PENA

O legislador foi específico ao trazer para a Lei de Execução Penal, em seu artigo 3º, a disposição de que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”³⁵ Percebe-se, portanto, que ainda que se encontre recluso, tendo restrição em seu direito de liberdade, o preso mantém os direitos que não forem atingidos por essa restrição, tanto aqueles trazidos por

³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 354-355.

³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 354-355.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

legislação infraconstitucional, quanto os trazidos pela Constituição Federal de 1988.

O legislador especificou também que não é apenas ao preso condenado que se mantém os direitos, mas também ao preso provisório, aquele que ainda não foi julgado e se encontra preso de forma cautelar, conforme o artigo 42 da lei supracitada, que dispõe que ao preso provisório se garantem os direitos previstos na lei, bem como sua integridade física e moral.³⁶

Sendo assim, os direitos trazidos pela própria Lei de Execução Penal estão dispostos em seu artigo 41:³⁷

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de

³⁶ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

De forma exata, é compatível com a prisão provisória o disposto nos incisos I e II, excetuando-se que o trabalho ao preso provisório é facultativo, mas em caso de realizado, deve ser remunerado; nos incisos III e IV, considerando que o preso provisório pode acabar ficando recluso por tempo considerável, sendo devido a ele também o pecúlio; nos incisos V e VI, dependendo de onde estiver recolhido; nos incisos VII, VIII, IX, X, XI e XII, já que hoje se admite a execução provisória da pena; e, por fim, XIII, XIV e XV, de forma que o disposto no inciso XVI não é aplicável por não haver pena definitiva a ser cumprida ainda.³⁸

Ainda, em atenção ao artigo 3º anteriormente citado, são preservados os direitos constitucionais que seguem: direito à vida; à igualdade; à segurança; à propriedade; à liberdade de consciência; à liberdade de religião; direito de representação e petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou em caso de ilegalidade ou abuso de poder; direito de expedição de certidões requeridas às repartições públicas, necessárias à defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal; direito à integridade física e moral; direito à assistência judiciária, e, por fim, direito à indenização por erro judiciário.³⁹

Da mesma forma que se garantem os direitos constitucionais, não há relativização dos princípios constitucionais, devendo ser respeitados também em ocasião de prisão preventiva, pois servem ainda de embasamento a direitos fundamentais. Neste sentido, são princípios

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 66.

³⁹ AVENA, Norberto. **Execução penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 13.

relacionados à prisão preventiva o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio do devido processo legal, o princípio da presunção da inocência, o princípio da excepcionalidade; e o princípio da provisionalidade ou precariedade.⁴⁰

Ao objeto principal do estudo, qual seja o excesso de prazo na prisão preventiva, dois são os princípios que mais importam: princípio da presunção de inocência e princípio do devido processo legal, pois estes são os mais afetados na ocasião de excesso de prazo.⁴¹

Ao se falar de prazo da prisão preventiva, cumpre salientar que houve omissão do legislador, não havendo um período determinado, ou mesmo um limite. Esta situação, além de gerar insegurança jurídica e divergência na jurisprudência e doutrina, fere os princípios constitucionais citados anteriormente, ferindo também, conseqüentemente, os direitos fundamentais do preso.⁴²

Para uma breve análise trazemos um caso relacionado ao tema noticiado recentemente que foi a liberação de um homem após passar 16 anos na cadeia sem existir processo contra ele, ou seja, preso apenas preventivamente.⁴³

Sabe-se que a prisão preventiva, bem como as demais medidas cautelares, não tem condão de ser a aplicação de “justiça” ao caso concreto, mas sim de garantir que o processo não seja prejudicado por alguma ação do acusado, de forma que são meios de preservar o devido andamento do processo, tendo característica de instrumentalidade, devendo perdurar somente enquanto houver o aduzido “perigo” de prejuízo.⁴⁴

⁴⁰ MENEZES, Josefa do Espírito Santo. Princípios constitucionais da prisão preventiva. **Conteúdo Jurídico**, [s.l.], 01 abr. 2014. n.p. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38845/principios-constitucionais-da-prisao-preventiva>. Acesso em: 14 out. 2020.

⁴¹ MENEZES, Josefa do Espírito Santo. Princípios constitucionais da prisão preventiva. **Conteúdo Jurídico**, [s.l.], 01 abr. 2014. n.p. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38845/principios-constitucionais-da-prisao-preventiva>. Acesso em: 14 out. 2020.

⁴² DOS SANTOS, Jacqueline Brito. A prisão preventiva excesso de prazo e afronta a princípios constitucionais. **Conteúdo Jurídico**, [s.l.], 09 set. 2020. n.p. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55193/a-priso-preventiva-excesso-de-prazo-e-afronta-a-principios-constituicionais>. Acesso em: 14 out. 2020.

⁴³ <https://istoe.com.br/homem-e-liberado-apos-passar-16-anos-na-cadeia-sem-existir-processo-contra-ele>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 647.

À luz dos direitos fundamentais e do próprio objetivo da medida cautelar de prisão preventiva, é evidente que não há como o réu ficar preso por prazo indeterminado.⁴⁵

Neste sentido, os prazos estabelecidos em lei para o cumprimento dos atos processuais são: 10 dias para a conclusão do inquérito, ou 15 se o crime for de competência da Justiça Federal; 5 dias para o oferecimento de denúncia; 5 dias para o recebimento da denúncia, considerando que se trata de decisão simples interlocutória; 10 dias para a resposta escrita do réu, e, em caso de não apresentar resposta por um defensor constituído, mais 10 dias para defensor dativo nomeado oferecer resposta; 10 dias para o magistrado apreciar a resposta, havendo possibilidade de absolvição sumária; 60 dias para a audiência de oitiva de testemunhas, debates e sentença.⁴⁶

Deve haver a soma de 24 horas aos prazos apresentados, para cada andamento que será dado pelo cartório judicial, bem como prazo razoável ao oficial de justiça para que este cumpra o mandado de citação (ou seja, no mínimo 3 dias).⁴⁷

Os prazos totais somados, para serem considerados razoáveis, devem alcançar a máxima de 120 dias na esfera estadual e 125 dias na esfera federal, somando-se mais 15 dias em caso de prorrogação no prazo do inquérito com réu preso.⁴⁸

Com relação aos prazos anteriormente apresentados, iniciada a ação penal, a jurisprudência já firmou entendimento de que os prazos não devem ser contados isoladamente, mas sim considerados englobadamente, escoando-se somente se ultrapassado o tempo total da soma de todos, a contar da efetiva data da prisão.⁴⁹

⁴⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463.

⁴⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463.

⁴⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463.

⁴⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463.

⁴⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463.

Apesar de não serem considerados prazos fatais, visto que a jurisprudência atual entende haver diversos fatores que podem influenciar no prazo de permanência do réu preso, se forem ultrapassados sem a devida motivação e se mantendo o acusado preso, pode ser alegado constrangimento ilegal pelo excesso de prazo, caso em que se tem, como consequência, a revogação da prisão preventiva.⁵⁰

A revogação da prisão preventiva é prevista no artigo 316 do Código de Processo Penal, que dispõe que:

O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no decorrer da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.⁵¹

Apesar de a expressão “poderá” dar a impressão de que se trata de uma faculdade do juiz, é dever do juiz revogar o decreto de prisão se não houver mais motivo que a autorize, ou seja, não havendo mais perigo de prejuízo ao processo⁵².

Ressalta-se também que com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrimes), foi inserido um parágrafo único no artigo 316:

Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.⁵³

Trata-se de uma adição inédita, impondo a necessidade de reavaliar a prisão cautelar a cada 90 dias. Assim, a reanálise independe de requerimento das partes, sendo realizada de

⁵⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 463.

⁵¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

⁵² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 857.

⁵³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

ofício, e em caso de manutenção da prisão, a decisão deve trazer fundamentos que se originem de provas concretas.⁵⁴

Ainda com relação ao prazo, explica Rangel:⁵⁵

Verificando o juiz que o motivo que autorizou a prisão preventiva desapareceu, ou seja, o periculum in mora (periculum libertatis) (não obstante existir o fumus boni iuris – fumus commissi delicti –), deverá revogar o decreto de prisão. Entretanto, se, após a revogação, sobrevierem razões que justifiquem a prisão, poderá de novo decretá-la. Neste caso, verifica-se que a causa da revogação da prisão preventiva é o desaparecimento das razões que a justificaram, embora tenha sido decretada nos estritos limites do art. 312 do CPP. Trata-se de prisão legal por ordem judicial.

Se houver insatisfação por parte do Ministério Público com a revogação da prisão preventiva, poderá ser interposto o recurso em sentido estrito com fulcro no art. 581, V, do CPP.

A prisão preventiva não pode ser entendida como eventual reconhecimento de culpa, visto que sua motivação se embasa em perigo de prejuízo ao processo e não em culpabilidade, sendo, portanto, ilegal manter o réu preso sem haver motivação processual que justifique.⁵⁶

Sendo assim, não se pode entender a prisão preventiva como uma execução provisória de pena, mas sim como de natureza cautelar.⁵⁷ Esse entendimento demonstra que não pode ser utilizada esta medida cautelar como uma antecipação do cumprimento da pena, vez que o réu tem em seu favor a presunção de inocência.⁵⁸

Por fim, o Código de Processo Penal é enfático ao prever em seu artigo 313, §2º que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena” também não será admitida “como decorrência imediata de investigação criminal

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 697.

⁵⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 857.

⁵⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 791.

⁵⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 792.

⁵⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 863.

ou da apresentação ou recebimento de denúncia,⁵⁹ sendo, portanto, indevida essa utilização do instituto da prisão preventiva.

4 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

Visando complementar o trabalho, neste tópico serão analisados dois acórdãos, um do Supremo Tribunal Federal e outro do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar qual é o atual entendimento acerca do tema e se os Tribunais tendem a utilizar os mesmos argumentos. A intenção é também verificar se tais entendimentos são condizentes com o posicionamento doutrinário apresentado no decorrer do estudo.

4.1 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, ao verificar excesso, é unânime quanto a necessidade de afastar a prisão preventiva enquanto prisão automática. Portanto, o entendimento do STF é o de que configurado o excesso de prazo da custódia preventiva, impõe-se a devolução da liberdade ao acusado. Em julgamento de Habeas Corpus⁶⁰ de relatoria do ministro Marco Aurélio, os Ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes e Rosa Weber votaram por unanimidade no sentido de deferir a ordem, para afastar a prisão preventiva formalizada no

⁵⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

⁶⁰ PRISÃO PREVENTIVA – Imputação. Inexiste, no arcabouço jurídico, a prisão automática considerado o crime imputado. Prisão Preventiva – Prazo – Excesso. Configurado o excesso de prazo da custódia preventiva, impõe-se a devolução da liberdade ao acusado. Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu a ordem, para afastar a prisão preventiva formalizada no processo nº 1046108-69.2015.8.26.0576, da Terceira Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP, devendo ser advertido da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade, nos termos do voto do Relator. Falou o Dr. Anderson Segura Delpino pelo Paciente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso. Presidiu o julgamento. (HC 172321, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/10/2019, processo eletrônico DJe-275 DIVULG 11-12-2019 PUBLIC 12-12-2019) BRASIL. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417047/false>. Acesso em: 15 out. 2020.

processo nº 1046108-69.2015.8.26.0576, da Terceira Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP, devendo ser advertido da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade, nos termos do voto do Relator.

Como Relator, o Ministro Marco Aurélio trouxe em sua fundamentação a análise do princípio constitucional da não culpabilidade, levando à inversão da ordem do processo-crime, que direciona, a apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção. Deixando claro que a referência à gravidade da infração, sem a demonstração de elementos concretos, é insuficiente a respaldar o argumento alusivo à preservação da ordem pública.

Percebe-se que apesar de ser afastada a prisão preventiva, há a responsabilidade de o réu permanecer com endereço fixo indicado ao Juízo, não podendo se esquivar dos chamamentos judiciais, bem como deve informar se ocorrer qualquer alteração em sua situação. No mais, o STF é categórico e segue uma linha básica de argumentação.

4.2 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a prisão preventiva é compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade do acusado, mas desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado.

Em julgamento de Habeas Corpus,⁶¹ os Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antônio Saldanha

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 590.627 - BA (2020/0148457-7)**. *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Custódia preventiva. Arts. 312 E 315 DO CPP. Motivação idônea. Excesso de prazo para o encerramento do feito. Ilegalidade configurada. Resolução n. 62 do CNJ. Suficiência e adequação das cautelares diversas. Ordem concedida. [...]. Impetrante: Rafael Elbacha e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Min. Rogério

Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram no sentido de, por unanimidade, conceder o habeas corpus ao impetrante que cumpria prisão preventiva.

Em sua fundamentação o Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz apresenta o entendimento no sentido de que a motivação idônea para a prisão preventiva tenha que apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal e que prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado, como prevê o artigo 313, § 2º, Código de Processo Penal.

Vê-se, conforme os argumentos utilizados no Acórdão, que este corrobora com o entendimento apresentado no trabalho, trazendo uma argumentação embasada na legislação.

Pode ser visto no julgado alguns dos pontos apresentados nesta pesquisa, como a decretação da prisão preventiva não ensejar a presunção de culpabilidade; a decisão que decreta a prisão preventiva deve demonstrar devidamente a necessidade da medida; o excesso de prazo torna a medida injusta e desnecessária; e, por fim, o respeito aos princípios e direitos fundamentais constitucionais, nessa decisão exemplificados pelo entendimento da situação mundial com a pandemia do novo Corona vírus.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa, apresentaram-se os conceitos das prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, discorreu-se acerca das modalidades de

Schietti Cruz, 6 de outubro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001484577&dt_publicacao=14/10/2020. Acesso em: 15 out. 2020.

prisões cautelares, dando-se ênfase à prisão que mais interessa ao estudo, a prisão preventiva.

Verificou-se que a prisão preventiva se trata de modalidade de segregação provisória, com intuito de acautelar o inquérito policial ou processo penal, impedindo que o indivíduo prejudique a segurança social e a apuração criminal.

O estudo demonstrou, entretanto, que o instituto da prisão preventiva não pode ser utilizado livremente, devendo ter sua decretação devidamente motivada. Ainda, o agente, enquanto preso, mantém todos os direitos individuais que não forem atingidos pela privação da liberdade, bem como devem ser respeitados os princípios constitucionais, sendo de interesse da pesquisa o direito ao devido processo legal.

Pelos direitos e princípios fundamentais se garante que, apesar de o legislador ser omissor com relação ao prazo, a prisão preventiva deve ser utilizada somente enquanto houver perigo de o acusado causar algum prejuízo ao processo. Ultrapassando-se o limite razoável e não havendo a devida motivação para manter o acusado preso, deve haver a revogação da prisão preventiva.

Os Tribunais brasileiros, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal, entendem que o excesso de prazo na prisão preventiva torna a medida injusta e desnecessária, não alcançando seu fim social. Assim, deve haver a revogação da prisão, tendo-se o cuidado de se aplicar as medidas para que o acusado não utilize sua liberdade para voltar a delinquir.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 590.627 - BA (2020/0148457-7).** *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Custódia preventiva. Arts. 312 e 315 do CPP. Motivação idônea. Excesso de prazo para o encerramento do feito. Ilegalidade configurada. Resolução n. 62 do CNJ. Suficiência e adequação das cautelares diversas. Ordem concedida. [...]. Impetrante: Rafael Elbacha e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 6 de outubro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001484577&dt_publicacao=14/10/2020. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 172321/SP.** Prisão Preventiva – Imputação. Inexiste, no arcabouço jurídico, a prisão automática considerado o crime imputado. Prisão Preventiva – Prazo – Excesso. Configurado o excesso de prazo da custódia preventiva, impõe-se a devolução da liberdade ao acusado. [...]. Impetrante: Gisele de Oliveira Lima e outros. Autoridade coatora: Relator do HC n. 485.211 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417047/false>. Acesso em: 15 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CONTÉUDO JURÍDICO. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55193/a-priso-preventiva-excesso-de-prazo-e-afronta-a-principios-constitucionais>. Acesso em: 14 out. 2020.

FIDALGO, Marcelo. Prisão cautelar e prisão preventiva. **JusBrasil**, [s.l.], 11 jun. 2016, n. p. Disponível em: <https://marcelofidalgoneves.jusbrasil.com.br/artigos/348336409/prisa-o-cautelar-e-prisao-preventiva>. Acesso em: 12 out. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ISTO É. <https://istoe.com.br/homem-e-liberado-apos-passar-16-anos-na-cadeia-sem-existir-processo-contr-a-ele>. Acesso em: 10 abr. 2021.

LIMA, Jairo. A condução coercitiva do réu para participação e audiências e reconhecimento de pessoas. **Canal Ciências Criminais**, 4 jun. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-conducao-coercitiva-do-reu-para-participacao/>. Acesso em: 13 out. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENEZES, Josefa do Espírito Santo. Princípios constitucionais da prisão preventiva. **Conteúdo Jurídico**, [s.l.], 01 abr. 2014. n.p. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38845/principios-constitucionais-da-prisao-preventiva>. Acesso em: 14 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SANTOS, Jacqueline Brito dos. A prisão preventiva excesso de prazo e afronta a princípios constitucionais. **Conteúdo Jurídico**, [s./], 09 set. 2020. n. p.

O PAPEL DAS TESTEMUNHAS NA EXECUÇÃO DE CONTRATOS ELETRÔNICOS CONFORME O STJ E TJSC

THE ROLE OF WITNESSES IN THE EXECUTION OF ELETRONIC CONTRACTS ACCORDING TO STJ AND TJSC

**Bianca Pavan¹
Fernanda Ambros²**

Resumo: O presente estudo tem por escopo a análise do papel das testemunhas na execução autônoma de contratos eletrônicos, quando na qualidade de título executivo extrajudicial. Utilizou-se para investigação a abordagem qualitativa, o procedimento bibliográfico e de pesquisa de jurisprudência, e quanto ao nível de profundidade, a natureza exploratória. Os resultados foram obtidos a partir do estudo inicial dos contratos em geral e, em específico, dos contratos produzidos em meio eletrônico, sob a óptica da teoria geral dos contratos. Em seguida, avaliou-se a exequibilidade dos documentos particulares intitulados títulos executivos extrajudiciais na forma prevista no Código de Processo Civil para, ao final, se estudar, tomando por base os entendimentos jurisprudenciais hodiernos, a possibilidade de execução judicial dos documentos/contratos eletrônicos. Com a pesquisa, constatou-se que a modalidade de contratos eletrônicos, ainda que não expressamente previstos em lei, vem sendo cada vez mais aceito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a possibilidade sua execução na forma de título executivo extrajudicial. Dessa forma, conclui-se que dentro de tal espécie de contratos, é possível utilizar da flexibilização no tangente a exigência legal de assinatura por duas testemunhas em seu processo de execução, desde que haja assinatura digital de seus contratantes autenticadas por autoridades certificadoras.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: biancapavan@hotmail.com.

² Mestre em Direito pela Unesc. Pós Graduada em Direito e Processo Tributário pela Estácio de Sá e em Direito e Processo Penal pela Uniasselvi. Graduada em Direito pela Unisul. Professora do curso de Direito da FUCAP/UNIVINTE. Servidora da Justiça Federal da 4ª Região. E-mail fernandfucap@gmail.com.

Palavras-chave: Contratos eletrônicos. Execução de título executivo extrajudicial. Prova testemunhal.

Abstract: *The present study aims to analyze the role of witnesses in the autonomous execution of electronic contracts, when acting as an extrajudicial executive title. The qualitative approach, the bibliographic and jurisprudential research procedure were used for investigation, and in terms of depth, the exploratory nature. The results were obtained from the initial study of contracts in general and, in particular, contracts produced electronically, from the perspective of the general theory of contracts. Then, the feasibility of private documents entitled extrajudicial executive titles was assessed in the manner provided for in the Code of Civil Procedure to, at the end, study, based on the current jurisprudential understandings, the possibility of judicial execution of electronic documents/contracts. With the research, it was found that the modality of electronic contracts, although not expressly provided for by law, has been increasingly accepted in the Brazilian legal system, as well as the possibility of its execution in the form of an extrajudicial enforcement order. Thus, it is concluded that within such kind of contracts, it is possible to use flexibilization in tangent to the legal requirement of signature by two witnesses in their execution process, provided that there is a digital signature of their contractors authenticated by certifying authorities.*

Keywords: *Electronic contracts. Execution of extrajudicial enforcement order. Testimonial evidence.*

1 INTRODUÇÃO

Os meios eletrônicos, sabe-se, está cada vez mais presente no mundo. O que antes pode ter se iniciado sem grandes perspectivas, hoje, evidentemente, já tomou grandes proporções, de modo que se chegou a um ponto em que já é quase impossível viver sem aparelhos eletrônicos conectados via internet. Isso porque já se é permitido fazer, diga-se, quase que absolutamente tudo pelo meio digital.

Voltando-se, assim, a era digital, percebeu-se um crescente aumento da formulação de contratos realizados em formato eletrônico. De igual forma, viu-se que o Direito não evolui na mesma proporção que a sociedade. Dessa forma, dada tamanha motivação, no presente estudo, ter-se-á como enfoque os contratos produzidos eletronicamente.

Assim, no primeiro tópico, será estudado acerca da receptividade dos contratos eletrônicos no ordenamento jurídico brasileiro sob o prisma da teoria geral dos contratos. Por sua vez, no segundo tópico, tratar-se-á sobre a possibilidade de se tornar o contrato eletrônico um título executivo extrajudicial capaz de se qualificar como exequível judicialmente diante de inadimplência de algum de seus contratantes.

Por fim, no terceiro e último tópico do desenvolvimento, se estudará o tema principal desta pesquisa, qual seja o papel das testemunhas na execução dos contratos eletrônicos. Para tanto, far-se-á um delineamento do tema a partir da jurisprudência brasileira atual.

Por fim, a presente pesquisa se encerra com as considerações finais, com as reflexões acerca da pesquisa, em especial no tocante à possibilidade de execução dos contratos eletrônicos firmados sem a presença de testemunhas.

O método de abordagem utilizado é, predominantemente, o dedutivo, partido de dados gerais, adentrando na análise dos dispositivos vinculados aos contratos e aos dispositivos vinculados aos títulos executivos extrajudiciais.

Para se chegar ao objetivo deste trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautada na análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação vigente.

Passa-se, assim, à pesquisa.

2 NOVA ERA DIGITAL E OS CONTRATOS ATÍPICOS: BREVE ESTUDO SOB A ÓPTICA DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Para fins de início de estudo, assim como de entendimento do objeto da presente pesquisa, qual seja, o papel das testemunhas na execução dos contratos eletrônicos na forma de título executivo extrajudicial, mostra-se imprescindível, primeiramente, versar de forma sucinta acerca da teoria geral dos contratos, mediante análise de suas características, com maior enfoque na modalidade de contratos eletrônicos.

2.1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

A ideia de contratos remete aos primórdios antigos, desde que os indivíduos passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A sua necessidade mostra-se ainda mais importante no cenário hodierno, tanto que se imagina impossível fazer a desvinculação do contrato com a atual realidade global, uma vez que há uma premente necessidade em se atender aos interesses coletivos e individuais.³

Nessa acepção, tem-se que ao lado da propriedade, o contrato “se constitui em um dos pilares da concepção clássica do direito civil, fundada na autonomia privada.”⁴

Não obstante, a respeito de seu conceito, o Código Civil de 2002, assim como seu antecessor, não cuidou de defini-lo.⁵ Tal ato, no entanto, proporciona, ao contrário do que se pode pensar, uma “evolução conceitual a partir de constante releitura e reinterpretção história do conceito pela doutrina, adaptando-o aos valores fundantes do ordenamento.”⁶

³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: v. único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020a. p. 539.

⁴ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 2.

⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: v. único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020^a. p. 539.

⁶ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 3.

Nesse sentido, o doutrinador Tartuce conceitua contrato como sendo “um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres.”⁷ A partir dessa conceituação, pode-se dizer, trata-se o contrato de “instrumento fundamental do mundo negocial, da geração de recursos e da propulsão da economia.”⁸

Trazendo essa ideia de contratos para o ramo do Direito Civil, observa-se que foram incluídos como espécie do gênero negócio jurídico, tanto pela sua estruturação na manifestação de vontade das partes, como por sua função de regulação de interesses.⁹ O negócio jurídico, por sua vez, é uma espécie de ato jurídico, que significa aquilo que “é determinado pela vontade do homem, com o propósito de obter certos efeitos jurídicos restritamente à sua pessoa.”¹⁰

O enquadramento dos contratos como negócios jurídicos fica evidente na medida em que se entende que este é equivalente:

(...) a uma declaração de vontade de uma ou mais pessoas capazes, com um sentido ou objetivo determinado, visando a produção de efeitos jurídicos relativamente a terceiros, desde que lícitos e não ofendam a vontade declarada e o ordenamento jurídico.¹¹

Dito isso, uma vez exposto seu conceito doutrinário e natureza jurídica, não se observa como fator preponderante para este trabalho a exposição das mais diversas classificações contratuais. Contudo, faz imprescindível elucidar sumariamente os princípios gerais e basilares do direito contratual.

O princípio da autonomia privada, dentro da ideia de contratos, constitui-se na liberdade que a pessoa tem em

⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: v. único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020a. p. 539.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 6.

⁹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 4.

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3.

regular seus próprios interesses, porém, não de forma absoluta, uma vez que encontra limites nas normas de ordem pública. Por sua vez, o princípio da função social dos contratos prega pela proteção à parte mais vulnerável de uma relação contratual. Nessa acepção, tem-se que os contratos deverão ser interpretados conforme o contexto social em que se encontram inseridos, de modo a não produzir onerosidade excessiva a seus contratantes, bem como garantir a igualdade e equilíbrio entre ambos.¹²

Pelo princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), tem-se que aquilo que for estipulado pelas partes no contrato tem força de lei entre seus contratantes, os obrigando ao cumprimento do seu conteúdo. Há quem defenda, contudo, que se trata de princípio atualmente mitigado pelo princípio da função social do contrato, que busca segurança jurídica.¹³

Outro princípio importante é o da boa-fé objetiva, que obriga as partes “a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem” e isto deve se dar “de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado.”¹⁴ Por fim, menciona-se o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, que consiste na ideia de que o “negócio celebrado, em regra, somente atinge as partes contratantes, não prejudicando ou beneficiando terceiros estranhos a ele.”¹⁵

Sabe-se que os princípios são, de forma geral, “regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, aos contratos.”¹⁶ Entretanto, de forma mais específica, o contrato possui requisitos, que proporcionam verdadeiras condições para sua validade, quais sejam: (1) capacidade das partes; (2) objeto lícito, possível,

¹² TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 64-65.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 107-108.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 31.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 145.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies – vol. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 56.

determinado ou determinável; e (3) forma prescrita ou não defesa em lei. É a ordem contida no artigo 104 do Código Civil.¹⁷

No que tange ao requisito de capacidade das partes, explica Rizzardo:

[...] não permite a lei que participem da relação contratual os menores de dezesseis anos, devendo ser representados. Para certos atos ou a maneira de os exercer, quanto aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; aos ébrios e aos viciados em tóxicos; aos que, mesmo por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade, neles devendo ser incluídos os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e aos pródigos, estão autorizados a celebrarem contratos quando assistidos pelo representante legal [...].¹⁸

Em relação ao segundo requisito de validade do contrato, tem-se que inicialmente, o objeto deve ser lícito, isto é, de acordo com a moral, a ordem pública e os bons costumes. Ainda, deve ser possível, de modo que não pode ser estabelecida prestação impossível de se efetivar, seja por ser contrária às leis da natureza, ou ultrapassar as forças humanas. Por fim, há necessidade de ser determinado ou determinável, isto é, que possa ser identificado ou localizado.¹⁹

Referente ao último requisito ditado pelo artigo 104 do Código Civil, tem-se que este reúne tanto a ideia de que o contrato deve obedecer a forma prevista em lei, quando a determinada forma especial, assim como a ideia de que não pode a forma estar inclusa entre aquelas que a lei proíbe ou fulmina.²⁰

¹⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 10.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 11.

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 12.

Agrupando-se os requisitos acima expostos a conjugação de duas ou mais vontades coincidentes, nasce o contrato²¹.

Visto isso, tem-se que:

(...) o contrato, como qualquer negócio jurídico, possui um ciclo de existência: nasce do mútuo consentimento, sofre as vicissitudes de sua carreira jurídica e termina normalmente com o cumprimento das prestações.²²

Nesse prisma, a partir dos ensinamentos doutrinários, são quatro as formas básicas de extinção dos contratos, a saber: (1) extinção normal do contrato; (2) extinção por fatos anteriores à celebração; (3) extinção por fatos posteriores à celebração; e (4) extinção por morte.²³

Brevemente, pela primeira modalidade, o contrato se extingue de forma normal, isto é, pelo cumprimento da obrigação, conforme pactuado. Pela segunda forma, ou seja, nos casos de extinção do contrato por fatos anteriores à sua celebração, ocorrem determinadas circunstâncias que cominam com a invalidade contratual, ou ainda, se está diante da existência de cláusulas derivadas da autonomia privada, como a cláusula resolutiva expressa, diante de acontecimentos de evento futuro e incerto, e a cláusula de arrendimento.²⁴

Na terceira modalidade, é possível mencionar como exemplo a rescisão, como gênero, comportando as seguintes espécies: (a) resolução – extinção do contrato por seu descumprimento; e (b) resilição – dissolução por vontade de uma ou ambas as partes, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de direito protestativo, desde que admissível

²¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 170.

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 150 citado por TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 280.

²³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 282.

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 282-287.

por lei.²⁵ Por fim, encerrando as modalidades de extinção do contrato, a morte de qualquer dos contratantes se apresenta como a última forma listada passível de gerar fim ao pacto. Contudo, nesta última forma, tal extinção somente ocorrerá diante de obrigação personalíssima, em que a figura do contratante falecido se mostra indispensável para a continuação do contrato.²⁶

Até o momento, foi possível elucidar acerca do conceito de contratos, os princípios que os regem, assim como seus requisitos de validade e formas de constituição e extinção, dentro do aspecto da teoria geral dos contratos. Não tem como foco de estudo para esta pesquisa a elucidação de todos os contratos em espécies. No entanto, para melhor entendimento acerca do tema que norteia este trabalho, apresenta-se imprescindível a descrição relativa aos contratos eletrônicos, nova espécie em surgimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, no próximo tópico, serão expostas todas as características e entendimentos relativos aos contratos eletrônicos.

2.2 CONTRATOS ELETRÔNICOS

Certo é que os assuntos eletrônicos de ciência relacionada à rede virtual de computadores e, mais especificamente, o tema *internet*, são relativamente novos no âmbito jurídico, estando ainda em vias de formação. A via digital, contudo, vem repercutindo de forma direta na órbita civil, influenciando os contratos, o direito de propriedade, entre outros ramos do direito civil.²⁷

Dito isso, o que se vê atualmente é que a revolução digital propiciou no ordenamento jurídico o surgimento de transação dos denominados contratos eletrônicos, para fins de

²⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 287

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 310.

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 191.

aquisição e utilização de produtos ou serviços ofertados no mundo virtual.²⁸ Veja-se a explicação de Lôbo:

O meio eletrônico dos negócios jurídicos implica manifestações ou declarações de vontade, e até mesmo condutas negociais, inteiramente distintas das tradicionais declarações ou condutas hauridas entre pessoas presentes, ou entre pessoas distantes, ou da forma escrita. A cultura da escrita em suporte material, especialmente o papel, desenvolvida pela humanidade em milênios, adotada para a comprovação por excelência do contrato, vê-se substituída por atos, dados e informações que não se materializam em suportes tangíveis.²⁹

Barbagalo conceitua os contratos eletrônicos como “acordo entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguírem um vínculo jurídico”, sendo este “de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si.”³⁰ Nesse sentido, elucida Nader:

O que há de especial nos chamados contratos eletrônicos é tão somente o instrumento utilizado em sua formação: declaração de vontade expressa em rede de computadores.³¹

Sob este conceito, os contratos eletrônicos poderiam ser classificados sob três tipos, quais sejam os contratos interpessoais, intersistêmicos e interativos.³² Cumpre esclarecer:

No primeiro tipo as pessoas utilizam o meio eletrônico para veicular oferta e aceitação, através de mensagens eletrônicas. No segundo, os contratos são formados mediante troca de informações entre sistemas informatizados. No terceiro, há típicos contratos de adesão,

²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

²⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33-34.

³⁰ BARBAGALO, Érica Brandrini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 37.

³¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 3: contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 551

³² LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34-35.

tendo uma pessoa interessada de um laudo e sítio virtual do outro, muito utilizados para aquisição de bens e serviços oferecidos on-line, ou para reserva de hotéis, viagens, espetáculos.³³

Por certo, essa nova demanda social, “por ser importante para a dinâmica dos negócios e conforto dos contratantes, impõe uma rápida adaptação do ordenamento jurídico aos fatos sociais.”³⁴ Contudo, até pouco tempo, não se via nenhuma normativa específica sobre o comércio eletrônico.³⁵ Isso porque nem ao menos o Código Civil prevê tal modalidade de contratos. Quanto a essa ausência de previsão no código civilista, cabe transcrever importante crítica feita pelos doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho:

Afigura-se nos inconcebível que, em pleno século XXI, época em que vivemos uma verdadeira revolução tecnológica, iniciada especialmente após o esforço bélico do século passado, um código que pretende regular as relações privadas em geral, unificando as obrigações civis e comerciais, simplesmente haja ignorado as relações jurídicas travadas por meio da rede mundial de computadores.³⁶

Dessa forma, em não havendo normas específicas, Gagliano e Pamplona Filho entendem que deverão “ser aplicadas, por analogia, as regras constantes no próprio Código Civil, respeitada sempre a principiologia constitucional de proteção e defesa do consumidor.”³⁷

Pois bem, veja-se. Inicialmente, conforme prega o Código Civil, via de regra um contrato é formado entre pessoas presentes, de forma que sua realização entre ausentes se daria

³³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34-35.

³⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 550.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: parte geral: obrigações e contratos esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 837.

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 4: contratos**. 2. ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 127.

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 4: contratos**. 2. ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 128.

de forma excepcional.³⁸ Nessa linha de raciocínio, ao contrário do que se pode pensar, no âmbito dos contratos eletrônicos seria possível visualizar ambas as situações – aquele contrato celebrado via equipamento eletrônico de forma simultânea e concomitante – a proposta é remetida ao destinatário que, lê-a e ato contínuo, envia a aceitação ou rejeição, ou ainda, encaminha contraposta podendo ser considerado como entre presentes³⁹, e entre ausentes, exemplificando, poderia ser aquele em que o envio da mensagem eletrônica se dá via e-mail, em que existe um lapso tempo entre a emissão da oferta e sua respectiva resposta.⁴⁰

Independentemente de ser entre presentes ou ausentes, para Nader, “desde que haja meios seguros de comprovação da identidade das partes, bem como das cláusulas convencionadas, o acordo de vontades se impõe validamente no mundo jurídico.”⁴¹ Essa, na verdade, é a grande questão envolvendo os contratos eletrônicos, eis que sua segurança jurídica é incerta. Conforme explana Lôbo:

A segurança jurídica dos contratos é desafiada pelas incertezas quanto à autenticidade das manifestações de vontade, que podem ser alteradas, de modo acidental ou proposital, durante sua transmissão, que percorre vários pontos de conexão, ou podem ter sua recepção negada pelos destinatários, ou até mesmo negada por seus emissores, ou podem ser reconhecidas por outras pessoas não autorizadas.⁴²

Como forma de solução, “os países têm adotado leis que regulam a certificação digital”, o que ocorre por meio do credenciamento de “entidades públicas e privadas a atuarem como se fossem cartórios de notas, para fins de reconhecimento ou certificação das assinaturas eletrônicas

³⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécies**, v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. p. 194.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 203.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 4: contratos**. 2. ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 128.

⁴¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, vol. 3: contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 551.

⁴² LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 35.

[...].”⁴³ No Brasil, um início de solução pode ser verificado na Medida Provisória n. 2.200/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-BRASIL), disciplinando acerca da integridade, autenticidade e validade dos documentos eletrônicos. Destaca-se, ainda, a promulgação da Lei n. 12.965/2014 que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro princípios, garantias, direitos e deveres no uso da *internet* e suas aplicações, o que se constituiu como o “Marco Civil da Internet”.⁴⁴

O que se tem, dessa forma, é que para um contrato eletrônico valer juridicamente, haveria necessidade de ser devidamente ‘assinado’ dentro do ambiente digital. Isso porque a assinatura digital proporcionaria, na visão doutrinária, elevado grau de autenticidade, inclusive, se equivalendo a um documento de papel assinado por seus subscritores.⁴⁵

Assim, uma vez tendo sido exposto as características inerentes aos contratos eletrônicos, no próximo tópico adentrar-se-á no estudo sobre a possibilidade de execução dos contratos eletrônicos, como forma de proporcionar melhor entendimento quanto a parte final e principal deste trabalho.

3 A EXEQUIBILIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS NA FORMA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

O contrato, em sua forma mais original, introduz no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente às partes contratantes, “a convicção da certeza e da segurança de que as obrigações assumidas serão cumpridas” e, caso não forem, “de que poderão requerer judicialmente a execução forçada e a reparação pelas perdas e danos.”⁴⁶

Dessa forma, a possibilidade de execução das obrigações assumidas diante de um contrato derivado de

⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 3.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: parte geral: obrigações e contratos esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 837.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: parte geral: obrigações e contratos esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 840.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 15.

manifestação de vontade das partes mostra-se como um dos aspectos de maior relevância em relação ao tema ‘contratos’.⁴⁷

É sob este aspecto e perspectiva que a partir deste momento passar-se-á ao estudo acerca da possibilidade de se aplicar o instituto da execução aos contratos eletrônicos e de que forma tal procedimento poderia ser realizado perante o judiciário, dada a ausência de sua previsão legal expressa.

3.1 ASPECTOS GERAIS INERENTES A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Trata-se a execução de um:

(...) instrumento processual utilizado pelo credor para exigir o adimplemento forçado da obrigação definida no título judicial ou extrajudicial, em benefício deste e independentemente da vontade do devedor, e mesmo contra a sua vontade.⁴⁸

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma execução civil poderá se dar mediante duas formas, seja como:

(...) uma fase subsequente ao processo de conhecimento, na qual tenha sido proferida sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação, não cumprida voluntariamente; ou como processo autônomo, quando fundada em título executivo extrajudicial.⁴⁹

Cumprido, no entanto, salientar que o foco deste tópico se pautará na execução autônoma.

Como visto, a execução, quando autônoma, tem por base um título executivo, no caso, extrajudicial. Cabe elucidar acerca do conceito de título executivo em geral. Inicialmente, o que se tem é que o título executivo pode ser entendido tanto sob um aspecto documental como sob um aspecto relacionado

⁴⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antônio Alves de. **Fundamentos dos negócios e contratos digitais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 103.

⁴⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 582.

⁴⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius. **Direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 789.

ao ato ou fato jurídico que teria justificado sua formação. Isso significa que não deve ser visto somente sob um ou outro aspecto, mas sim como a reunião de ambos os fatores, para fins de forçar o cumprimento da obrigação contraída.⁵⁰

Sob este prisma, pode-se conceituar título executivo como “o documento previsto na lei como tal e que representa obrigação certa e líquida, a qual, uma vez inadimplida, possibilita o manejo da ação executiva.”⁵¹ São três, portanto, os requisitos de um título executivo: liquidez, certeza e exigibilidade. Será ‘líquido’ o título quando constar identificação precisa do objeto da execução, ‘certo’ quando inexistirem dúvidas acerca do ato motivador de sua confecção e de seus aspectos formais, e por fim, ‘exigível’ quando não estabelecer adimplemento condicionado.⁵²

O termo “título executivo” é gênero, do qual são espécies o título executivo judicial e o extrajudicial. O título extrajudicial possui todos os atributos do judicial, em especial, a exigência dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. Bem da verdade, não existem grandes diferenças apontáveis entre ambas as espécies. Sua principal diferença reside apenas na defesa promovida pelo devedor, eis que a lei admite ao devedor em ação de execução fundada em título extrajudicial suscitar toda e qualquer matéria que seja lícita deduzir como defesa em um processo de conhecimento, tendo em vista que prescinde de instauração desta fase.⁵³

Os títulos executivos extrajudiciais estão listados no artigo 784 do Código de Processo Civil, sendo assim denominados porque, como visto, “hauridos fora de qualquer processo jurisdicional”.⁵⁴ Entre tais títulos, destaca-se, vigora o princípio da tipicidade. Com base neste, não existe título executivo sem que haja lei anterior o definindo como tal. Isso, no entanto, não quer dizer que o rol previsto no Código Processual Civil brasileiro seja estritamente taxativo. Pelo

⁵⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 627.

⁵¹ DONIZETTI, Elpidio. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 920.

⁵² MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 629.

⁵³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 630.

⁵⁴ ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 950.

contrário, o próprio código admite a existência de outros títulos e criação de novos. O que se tem em mente com o princípio da tipicidade é proporcionar segurança jurídica aos títulos ali listados, de forma a permitir a execução forçada diante do contratante devedor.⁵⁵

Não convém aqui tecer considerações acerca das características de cada título extrajudicial contido no rol previsto no Código de Processo Civil, eis que desinteressa ao tema deste estudo. Faz imprescindível, no entanto, explanar acerca do título extrajudicial trazido pelo código processualista civil intitulado como “documento particular assinado pelo devedor e 2 (duas) testemunhas.”⁵⁶ Isso porque os contratos eletrônicos, objeto deste estudo, pode ser evidentemente caracterizado como um documento/instrumento particular.

Dessa forma, far-se-á tais esclarecimentos em conjunto no próximo tópico.

3.2 ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS COMO DOCUMENTO PARTICULAR EXTRAJUDICIAL E O PAPEL DAS TESTEMUNHAS PARA O ATO EXECUTIVO

Veja-se que o Código Civil de 2002, em seu artigo 221, ao contrário do que era previsto no código anterior (1916), deixou de exigir a presença de duas testemunhas para validação de instrumento particular feito e assinado pelas partes.⁵⁷ Nesse sentido, Zanetti esclarece:

Atento às mudanças das relações privadas atuais, com destaque para a área de contratos, o Código Civil de 2002, em seu artigo 221, deixou de exigir a assinatura de 2 (duas) testemunhas, bastando a assinatura do devedor e do

⁵⁵ ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 950.

⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

credor nos instrumentos particulares, ressalvando que nesta situação os efeitos da avença, bem como da cessão, não operariam perante terceiro, já que o devido registro público faz-se necessário. Da análise dos termos do artigo 221 do CC/2002 também se observa que a ausência de testemunhas não afeta os elementos de existência, validade ou eficácia do negócio jurídico, ao menos no que concerne aos atos privados de maneira geral, em que não há a exigência legal de forma solene. O instrumento particular assinado apenas pelas partes está previsto na norma civil (art.221 do CC/2002). Logo, quando há a declaração de vontade válida das partes, dotada de forma e conteúdo já se pode concluir por sua existência jurídica. [...]. Portanto, a norma direciona-se para atos particulares escritos, reconhecendo a idoneidade probatória em caráter geral dos instrumentos particulares assinados por particulares, válido e eficaz entre elas e que, dentro dos limites da autodeterminação e auto vinculação, torna o instrumento obrigatório [...].⁵⁸

Não obstante, o artigo 784, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015, conferiu obrigatoriedade da presença e assinatura de duas testemunhas para que um instrumento particular ganhe força executiva.⁵⁹

Do dispositivo supra, tem-se que somente será considerado título executivo judicial hábil a se permitir o ingresso de um processo de execução o documento particular que tenha sido assinado tanto pelo contratante devedor como por duas testemunhas. Mas porque será então, que em oposição ao previsto no Código Civil, o código processualista civil brasileiro amarraria a execução de documento particular a assinatura de duas testemunhas?

Nesse sentido, explica Bueno que a assinatura de testemunhas é imprescindível para que o documento particular adquira a qualidade de exequível. Isso porque se pressupõe

⁵⁸ ZANETTI, Andrea Cristina. Antinomias entre Código Civil e Novo Código de Processo Civil: análise do art. 221 do CC/2002 e o artigo 784 da Lei 13.105/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, p. 27-45, jan.-jun. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22096/16464>. Acesso em: 11 out. 2020. p. 34-35.

⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

que as testemunhas “possam atestar, se for o caso, a real intenção do devedor em assumir aquela qualidade ou, mais amplamente, sua capacidade civil para assumir o débito.”⁶⁰

Em compartida, acerca da referida previsão, Sá demonstra um entendimento mais flexível. Para o autor, não obstante o inciso exija a assinatura por duas testemunhas, não haveria tal necessidade quando o documento tiver previsão na lei como título executivo, uma vez que as testemunhas, para ele, teriam como papel o de atribuir eficácia de título apenas aos documentos que a lei não prevê como tal.⁶¹

Independentemente de qual entendimento se opte por acolher no interior, é certo que o inciso disposto no Código de Processo Civil deixa claro a necessidade de duas testemunhas no ato da assinatura para todo e qualquer documento particular formulado com a intenção de valer como título executivo extrajudicial.

Contudo, cumpra-se salientar que já existe certa flexibilidade quanto ao tema. O Superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimento no sentido de que a ausência de testemunhas no ato de formação do documento particular não retira sua força executória, uma vez que as assinaturas poderiam ser feitas em momento posterior.⁶² Veja-se que o Tribunal não entendeu pela desnecessidade da assinatura de duas testemunhas, apenas admitiu ser possível que estas se deem posteriormente a celebração do instrumento particular.

Diante do exposto até o momento, independentemente de entendimento externos, fica claro que as testemunhas proporcionam segurança jurídica ao documento particular

⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: v. único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 642.

⁶¹ SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1059.

⁶² Nesse sentido é o julgado do STJ: “Processo civil e Direito Civil – Recurso Especial – Omissão no julgado recorrido – Inexistência – Embargos à Execução – Documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas (art. 585, II, do CPC) – Dispensa da presença destas ao ato de formação do título executivo extrajudicial – alegação de testemunhas interessas no negócio jurídico – impossibilidade de análise nesta seara – Súmula nº 7 desta Corte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 541.267/RJ**. Relator: Min. Jorge Scartezini. Data da publicação, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7188295/recurso-especial-resp-541267-rj-2003-0093310-8/inteiro-teor-12929944?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 out. 2020).

firmado, uma vez que confirmam a intenção das partes. Poder-se-ia, assim, constatar, desde logo, que para os contratos eletrônicos adquirirem o caráter de exequíveis em juízo, haveria necessidade, de igual forma, da assinatura de duas testemunhas. Entretanto, realmente haveria a referida necessidade diante da natureza do contrato eletrônico para sua execução? Certamente, é a grande questão.

É certo que ao longo do tempo, dada toda a novidade em volta dos contratos eletrônicos, as questões acerca da possibilidade de sua execução como título executivo extrajudicial sempre levantaram debates jurisprudenciais. Dentre todas as questões, por certo, a de maior proporção é se há ou não a necessidade de assinatura por duas testemunhas em contratos particulares celebrados no formato digital.

Como visto anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça já possuía entendimento no sentido de que a assinatura de duas testemunhas para fins de execução de documento particular poderia ser reproduzida em momento posterior à celebração deste, porém não havia mencionado sua desnecessidade. Muito menos se pensara no assunto ‘testemunhas’ no que tange aos contratos eletrônicos.

Certamente, os contratos eletrônicos não se mostravam como foco de discussão até pouco tempo atrás. Já se admitiu, no entanto, que o mundo digital vem se introduzindo no dia-a-dia das pessoas desde muito tempo, porém, ao que tudo indica, teria ganhado maior proporção nos últimos anos.

Pensando nisso, e atento à evolução das relações privadas contratuais, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2018, admitiu a possibilidade de se dispensar a assinatura de testemunhas em circunstâncias peculiares. No entendimento do referido Tribunal, ainda que os contratos eletrônicos não estejam previstos em lei ou sejam taxados como títulos executivos extrajudiciais, a assinatura digital teria o prisma de certificar, por intermédio de terceiro desinteressado, que, no caso, seria a autoridade certificadora, que o usuário da assinatura a utilizara para firmar o documento eletrônico, bem como de garantir que os dados do documento assinado seriam enviados de forma sigilosa. Sendo assim, em face da

possibilidade de autenticidade, seria possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos.⁶³

O argumento do Superior Tribunal de Justiça, nesse caso, “diz respeito às mudanças da sociedade, à nova realidade comercial e à evolução tecnológica. Ademais, a exigência de duas testemunhas poderia se tornar inviável em contrato no ambiente virtual.”⁶⁴

Cumprido esclarecer que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não é vinculante, uma vez que não foi proferida em sede de recursos repetitivos. Dessa forma, as instâncias inferiores podem ou não decidir nessa mesma linha de pensamento, conforme entendimentos próprios.⁶⁵

Não obstante, no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua vez, já era assim que vinha sendo decidido, isto é, desde que o título executivo extrajudicial contivesse assinatura digital autenticada e certificada, seria possível constatar sua força executiva.⁶⁶

Malgrado, em recente julgamento, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina demonstrou oposição ao reconhecimento da eficácia executiva de contrato eletrônico. No presente caso, não teria sido constatada assinatura eletrônica certificada por

⁶³ Colhe-se da ementa do julgado “Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Execução de título extrajudicial. Executividade de contrato eletrônico de mútuo assinado digitalmente (criptografia assimétrica) em conformidade com a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira. Taxatividade dos títulos executivos. Possibilidade, em face das peculiaridades da constituição do crédito, de ser excepcionado o disposto no art. 585, inciso II, do CPC/73 (art. 784, inciso III, do CPC/2015). Quando a existência e a higidez do negócio puderem ser verificadas de outras formas, que não mediante testemunhas, reconhecendo-se executividade ao contrato eletrônico”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.495.920/DF**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data da publicação, 15 de maio de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923192/recurso-especial-resp-1495920-df-2014-0295300-9/inteiro-teor-595923202>. Acesso em: 10 out. 2020).

⁶⁴ SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1059-1060.

⁶⁵ PINHEIRO, Patrícia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antônio Alves de. **Fundamentos dos negócios e contratos digitais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 108.

⁶⁶ Nesse ponto, pode-se citar o seguinte julgado: “Apelação Cível. Embargos à Execução. Sentença de parcial procedência. Insurgência de ambos os litigantes. [...] Contrato de câmbio acompanhado do instrumento de protesto. Título executivo extrajudicial. Suposta ausência de assinatura digital. Validade da manifestação do consentimento [...]”. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Câmara de Direito Comercial). **Apelação Cível n. 0319061-15.2017.8.24.0038**. Relator: Des. Guilherme Nunes Born. Data da publicação, 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566686448/apelacao-civel-ac-3190611520178240038-joinville-0319061-1520178240038>. Acesso em: 11 out. 2020).

entidade autônoma. Diante desta situação, o egrégio Tribunal, entendeu pela imprescindibilidade da assinatura de duas testemunhas, por disposição expressa do artigo 784, inciso III, do Código de Processo Civil. Apurou-se, no entanto, certa flexibilidade nessa exigência, uma vez que o próprio Tribunal admitiu que esta poderia ter se dado igualmente por meio digital, desde que validadas por alguma das Autoridades Certificadoras.⁶⁷

O que se extrai de todos os julgados acima é que há a possibilidade de se excluir a necessidade de assinatura de duas testemunhas, desde que os contratos eletrônicos estejam assinados pelos contratantes via assinaturas digitais autenticadas por autoridades certificadoras. Porém, como já dito, dada a ausência de caráter vinculante do entendimento já preferido pelo Superior Tribunal de Justiça, poderão haver decisões em sentido contrário, isto é, em que haveria necessidade de das testemunhas assinarem referido documento para que este possa valer como título executivo extrajudicial.

Nada impede, contudo, que na eventualidade de desconstituição de documento eletrônico como título executivo extrajudicial com força executória, se valha de um processo de conhecimento clássico, levando-o à cobrança pelo rito ordinário para se buscar a validade do negócio jurídico produzido.⁶⁸

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa, foi possível se inferir que os contratos eletrônicos vêm sendo admitidos no ordenamento

⁶⁷ Da decisão extrai-se: “Apelação Cível. Execução de título extrajudicial. Contrato de prestação de serviços educacionais. [...]. Pacto firmado entre as partes por meio eletrônico. Ausência de assinatura da aluna e de duas testemunhas que derrui a certeza do título. [...]. Mera entrega de chave de acesso ao sistema da credora que não afasta a necessidade de aposição das assinaturas, mesmo que digitais [...]” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (6. Câmara de Direito Comercial), **Apelação Cível n. 0300440-22.2015.8.24.0011**. Relator: Des. Stanley Braga. Data da publicação, 2 de abril de 2019. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/693910580/apelacao-civel-ac-3004402220158240011-brusque-0300440-2220158240011>. Acesso em: 11 out. 2020).

⁶⁸ PINHEIRO, Patrícia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antônio Alves de. **Fundamentos dos negócios e contratos digitais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 111.

jurídico brasileiro, em que pese não exista previsão legal específica disciplinando-os. Isso se deu, porque, como visto, a quantidade de operações eletrônicas cresce freneticamente ao redor do mundo.

Dentro desse contexto, viu-se que fora criado no Brasil a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-BRASIL), que possibilitou a criação de assinatura digital autenticadas por autoridades certificadoras, que garantem a validade e integridades daquelas.

A partir dessa criação, o próprio Superior Tribunal de Justiça, recentemente, admitiu seu uso para fins de se considerar como exequível um contrato eletrônico, conferindo a este o *status* de título executivo extrajudicial na modalidade de documento particular, ainda que ausente assinatura de duas testemunhas. Frisa-se que até pouco tempo, não se pensava na dispensa de tais assinaturas para fins de validação de um instrumento particular como exequível no âmbito do Direito Processual Civil.

Dessa forma, pelo presente estudo, ainda que não exista previsão legal específica acerca dos contratos eletrônicos, muito menos de sua execução judicial, se conclui que o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência já admitem sua existência e validade, bem como ser possível a flexibilização da exigência da assinatura por duas testemunhas na execução de instrumento particular, no caso em específico, dos contratos eletrônicos, porém, desde que haja assinatura digital de seus contratantes autenticadas por autoridades certificadoras.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARBAGALO, Érica Brandrini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406_compilada.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 541.267/RJ.** Relator: Min. Jorge Scartezzini. Data da publicação, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7188295/recurso-especial-resp-541267-rj-2003-0093310-8/inteiro-teor-12929944?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.495.920/DF.** Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data da publicação, 15 de maio de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923192/recurso-especial-resp-1495920-df-2014-0295300-9/inteiro-teor-595923202>. Acesso em: 10 out. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil:** v. único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 4:** contratos. 2. ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil:** parte geral: obrigações e contratos esquematizado. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinícius. **Direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, vol. 3**: contratos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antônio Alves de. **Fundamentos dos negócios e contratos digitais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Câmara de Direito Comercial). **Apelação Cível n. 0319061-15.2017.8.24.0038**. Relator: Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial. Data da publicação, 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566686448/apelacao-civel-ac-3190611520178240038-joinville-0319061-1520178240038>. Acesso em: 11 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (6. Câmara de Direito Comercial). **Apelação Cível n. 0300440-22.2015.8.24.0011**. Relator: Des. Stanley Braga. Data da publicação, 2 de abril de 2019. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/693910580/apelacao-civel-ac->

3004402220158240011-brusque-0300440-2220158240011.
Acesso em: 11 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécies – v. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020a.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ZANETTI, Andrea Cristina. Antinomias entre código civil e novo código de processo civil: análise do art. 221 do CC/2002 e o artigo 784 da Lei 13.105/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, p. 27-45, jan.-jun. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22096/16464>. Acesso em: 11 out. 2020.

A OCORRÊNCIA DE SUICÍDIO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

THE OCCURRENCE OF SUICIDE IN THE TERM OF THE LIFE INSURANCE CONTRACT IN THE INTERPRETATION OF ARTICLE 798 OF THE CIVIL CODE OF 2002

**Katia Gabriela Rigotti Damiani Florentino¹
Claudinéia Onofre de Assunção Mota²**

Resumo: O presente artigo tem como objeto analisar os reflexos jurídicos da ocorrência do suicídio nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida. Para tanto foi utilizado o método de abordagem dedutivo e para coleta de dados foram utilizadas as pesquisas bibliográfica, documental, com análise de algumas decisões jurisprudenciais, e entrevista escrita com a psicóloga Mirian Gorete Ribeiro sobre a causalidade do suicídio. O item 1 introduz o presente trabalho. O item 2 apresenta os princípios do mutualismo e da boa-fé e conceitua o contrato de seguro, com características e natureza jurídica. Ainda, discorre sobre as espécies de seguro, especialmente de dano e de seguro de pessoas. Destaca a importância da interpretação das relações negociais. Pontua sobre o suicídio, mormente por se tratar de ato extremo que causa diversas consequências. Ressalta o seguro de vida e a interpretação do artigo 798 do Código Civil de 2002. Avalia decisões relacionadas aos direitos dos beneficiários do segurado no caso de morte por suicídio. O item 3 apresenta as considerações finais com a conclusão da pesquisa, a partir da qual é possível identificar que, no caso de suicídio durante os dois primeiros anos de vigência de um contrato de seguro de vida, com base no artigo 798 do Código Civil de 2002, o

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP/Univinte. E-mail: rigottik2@gmail.com.

² Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional. Pós-graduada em Direito Civil. Docente da Disciplina de Direito Civil III, FUCAP. Palestrante Semana Acadêmica 2019 – FUCAP “Direito Sistêmico”. E-mail: prof.claudineiao@fucap.edu.br.

entendimento jurisprudencial aponta a aplicação do critério objetivo do dispositivo acima citado, porém com o pagamento de reserva técnica pela seguradora.

Palavras-chave: Contrato. Seguro de vida. Suicídio.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the legal repercussions of the occurrence of suicide in the first two years of the life insurance contract. For this purposes, the method of deductive approach was used and for data collection, bibliographic, documentary research was used, with analysis of some jurisprudential decisions, and written interview with psychologist Mirian Gorete Ribeiro about the causality of suicide. Item 1 introduces this work. Item 2 presents the principles of mutualism and good faith and conceptualizes the insurance contract, with characteristics and legal nature. It also discusses the species of insurance, especially of damage and insurance of people. It highlights the importance of interpreting business relations. It points out about suicide, most noisia because it is an extreme act that causes several consequences. It highlights life insurance and the interpretation of Article 798 of the Civil Code of 2002. It assesses decisions related to the rights of the beneficiaries of the insured in the event of death by suicide. Item 3 presents the final considerations with the conclusion of the research, from which it is possible to identify that, in the case of suicide during the first two years of a life insurance contract, based on Article 798 of the Civil Code of 2002, the jurisprudential understanding points to the application of the objective criterion of the above-mentioned device , but with the payment of a technical reserve by the insurer.*

Keywords: Contract. Life insurance. Suicide.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil prevê uma série de contratos, de modo a contemplar diversas negociações cotidianas. Entre as espécies, tem-se o contrato de seguro, que é típico, com previsão a partir do artigo 757 do Código Civil 2002, fundamentado no elemento risco.

Contrato de seguro é aquele negócio jurídico entre o segurador e o segurado, onde o segurador se obriga mediante o pagamento do prêmio a garantir interesse legítimo do segurado.

Neste caminhar, há princípios que regulam o contrato de seguro de vida por suicídio, quais sejam, especialmente, o princípio da boa-fé e o princípio do mutualismo. Caracteriza-se por bilateral, oneroso, consensual e aleatório.

E a hermenêutica contratual é de suma importância, já que busca compreender a vontade dos contratantes, advinda de uma postura digna e transparente.

Especificamente, considerando o contrato de seguro de vida, a previsão legislativa do artigo 798 do Código Civil 2002 aponta para exoneração da seguradora no pagamento da indenização na hipótese de suicídio nos primeiros dois anos de vigência do contrato.

Concernente ao suicídio, tema ainda tabu, percebe-se que há vários fatores que culminam no ceifar da vida de forma suicida, e identificá-los é tarefa árdua ou mesmo impossível. Neste aspecto, foi realizada a entrevista com a Sra. Mirian Gorete Ribeiro, Mestre em Psicologia, atualmente atuando como Psicóloga Clínica, professora de cursos de Graduação e Pós-Graduação e supervisora de estágios.

Contextualizado, analisa-se algumas decisões jurisprudenciais acerca da interpretação ao artigo 798 do Código Civil 2002, que, em tese, impede o pagamento aos beneficiários da indenização prevista em contrato celebrado pelo segurado/falecido, quando o evento morte for o suicídio nos dois primeiros anos do contrato, ou da sua recondução, depois de suspenso.

Apresenta-se, ainda, a boa-fé do segurado na realização do contrato de seguro de vida como tema de reflexão na ocorrência de suicídio.

Percebe-se a existência de deliberações que resguardam o direito dos beneficiários, mesmo que não contemplando a totalidade da indenização.

A metodologia aplicada foi o método dedutivo e para a coleta de dados foram utilizadas as pesquisas bibliográfica, documental e entrevista escrita.

2 O CONTRATO DE SEGURO DE VIDA E A OCORRÊNCIA DO SUICÍDIO

Tratar do contrato de seguro é relacioná-lo aos riscos que envolvem o cotidiano, e, especificamente, ao risco de morte.

Portanto, a vida é o ponto focal do contrato de seguro a ser apresentado no presente trabalho, mormente o direito de indenização aos beneficiários ou a exoneração da seguradora na responsabilização quando a vida do segurado encerrar por suicídio nos primeiros dois anos de vigência do pacto.

2.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTRATO DE SEGURO

Inicialmente, não obstante a existência de diversos princípios, há dois fundamentais que regem o contrato de seguro, quais sejam, o princípio do mutualismo e o princípio da boa-fé.

Quanto ao mutualismo, leciona Venosa:

[...] só se torna possível [o seguro] quando o custeio é dividido entre muitas pessoas, por número amplo de segurados. Embora o contrato de seguro seja negócio jurídico isolado e autônomo entre segurador e segurado, somente se torna viável se existe base mutuária para custeá-lo, e um amplo número de segurados. [...] O mutualismo constitui a base do seguro. Há, portanto, técnica sofisticada e especializada na constituição das várias modalidades de seguro, que se não for eficiente, pode fazer soçobrar a empresa seguradora, jogando por terra o importante sentido social do instituto, razão pela qual há a intensa fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (Susep) em toda a movimentação financeira do segurador. Todavia, esse mecanismo técnico é externo ao contrato examinado do ponto de vista jurídico, como ato negocial isolado e autônomo. Para o jurista e para o consumidor, portanto, importa sempre considerar o

contrato de seguro de per si. Cabe à seguradora estruturar-se para atender à finalidade social a que se propôs. Quanto maior o desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade, maior será o campo de atuação do segurador. Há até os que sustentam que, em futuro próximo, toda atividade humana será segurada, em prol de uma garantia de ressarcimento geral de prejuízos. [...].³

E, Gagliano e Pamplona Filho acrescentam: “Já o *mutualismo* requer, desde já, esclarecimento de nossa parte, para facilitar a compreensão conceitual do seguro. O objeto desse contrato é, como já comentado, o *risco transferido ao segurador*, com o propósito de resguardar interesse legítimo do segurado.⁴ (Grifos do autor)

Com a mesma importância, é de se falar na boa-fé objetiva, da qual se extrai o dever de agir das partes com correção e honestidade.

Destaca-se:

O princípio da boa-fé traduz uma regra impositiva de eticidade na relação negocial derivada do contrato de Seguro. E isso significa não apenas que as partes devem conduzir-se de maneira leal, mas, também, que ao intérprete impõe-se, na análise das cláusulas contratuais, o dever de extrair as conclusões mais condizentes com este princípio.⁵

No contrato de seguro, inclusive, a boa-fé alcança patamar especial, conforme se percebe no artigo 765 do Código Civil⁶, exigindo dos contratantes uma postura digna e transparente, haja vista que lida com a transferência de riscos de uma parte para a seguradora.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. v. 3. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 339.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos em espécie. v. 4. t. 2.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 500.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONAFILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos em espécie. v. 4. t. 2.10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 500.

⁶ Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 25 out. 2020.

Diniz afirma que “Tanto o segurado como o segurador deverão agir com probidade e lealdade, guardando, na conclusão e na execução do contrato, a mais restrita boa-fé e veracidade.”⁷

Como se percebe, os princípios são basilares para a interpretação contratual, especialmente sua relevância ao se tratar de contrato de seguro, o qual se instrumentaliza, na esmagadora maioria das vezes, por meio de adesão, de modo que aqueles visam coibir abusividades.

2.2 DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS, CLASSIFICAÇÃO E ESPÉCIES DO CONTRATO DE SEGURO

A respeito, oportuno pontuar que são inúmeros os contratos celebrados na atualidade, dos quais, o contrato de seguro encontra amparo a partir do artigo 757 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.⁸

Em linhas gerais, o contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido as suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico, mormente os fatos humanos que o Código Civil considera geradores de obrigações que são os contratos, as declarações unilaterais de vontade, os atos ilícitos, dolosos e culposos.⁹

Fernandes afirma que:

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 558.

⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais.v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

Dentro da teoria do direito civil, o contrato é uma modalidade de fato jurídico, especificamente um negócio jurídico, em que as manifestações de vontade de pessoas físicas e/ ou jurídicas se conciliam com o fim de produzirem resultados jurídicos, sob os ditames do direito das obrigações, dentro dos limites da lei, coadunando com o projeto constitucional, sob os auspícios da boa-fé objetiva, atrelada a uma função social.¹⁰

Por sua vez, segundo Gonçalves, “Considera-se o contrato de Seguro aquele pelo qual uma das partes, denominada segurador, se obriga, mediante o recebimento de um “prêmio”, a “garantir interesse legítimo” da outra, intitulada segurado, “relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (C.C. art. 757).¹¹ (Grifos do autor)

E o contrato de seguro de vida, tema do presente trabalho:

[...] é o mais importante seguro de pessoas. Na sua constituição, a duração da vida humana atua como parâmetro para o cálculo do prêmio devido ao segurador, que se obriga a pagar o beneficiário um capital ou uma renda, por morte do segurado ou para a hipótese de sobreviver por um prazo determinado.¹²

Desta feita, é possível concluir que o contrato de seguro revela-se na assunção de obrigações pelos contraentes, no qual o risco é o elemento principal, este que ditará o valor do prêmio, bem como o eventual pagamento de indenização.

Ressalta-se que:

Quanto à sua natureza jurídica, o contrato de seguro é um contrato bilateral, pois apresenta direitos e deveres proporcionais, de modo a estar presente o *sinagma*. Constitui um contrato oneroso pela presença de remuneração, denominada *prêmio*, a ser pago pelo segurado ao segurador. O contrato é consensual, pois tem

¹⁰ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil**: contratos. Rio Grande do Sul: Educ, 2011. p. 18.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Ribeiro. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 502.

¹² GONÇALVES, Carlos Ribeiro. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 520.

aperfeiçoamento com a manifestação de vontade das partes. Constitui um típico contrato aleatório, pois o *risco* é fator determinante do negócio em decorrência da possibilidade de ocorrência do *sinistro*, evento futuro e incerto com o qual o contrato mantém relação.¹³ (Grifos do autor)

Gonçalves acrescenta:

Trata-se também de contrato *oneroso* porque ambos os contratantes obtêm proveito, ao qual corresponde um sacrifício. A vantagem para o segurado está na garantia contra os efeitos dos riscos previstos no contrato, à qual corresponde a obrigação de pagar o prêmio; para o segurador, no recebimento do prêmio logo de início, assumindo, em contrapartida, a obrigação de pagar a indenização em caso de ocorrência de sinistro.¹⁴ (Grifos do autor)

Sem dúvidas, é o risco o elemento principal do contrato de Seguro, o qual poderá não ocorrer e, assim, não haverá indenização, embora tenha havido pagamento do prêmio.

Destaca-se, como já foi dito, o risco é diferenciador no contrato de seguro, a ponto de descaracterizá-lo, caso a coisa ou interesse não estiver sujeito a nenhuma área submetida a ele. É o elemento fundamental.¹⁵

Gagliano e Pamplona Filho lecionam que, especialmente no atual cenário urbano, o perigo acompanha em todos os momentos, em casa, no elevador, na rua, utilizando ônibus, navio ou avião.¹⁶

Neste caminho, extrai-se do Código Civil de 2002 algumas espécies de seguro, tais como seguro de coisas, seguro de responsabilidade civil e o seguro de pessoas, como o seguro de vida.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012. p. 566.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 502-504.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 506.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos. v. 4. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 497-498.

O seguro de dano encontra amparo a partir do artigo 778 do Código Civil¹⁷. O seguro de responsabilidade civil tem correspondência no artigo 787 do Código Civil¹⁸ e artigo 788, do mesmo Código¹⁹.

Acerca do seguro de dano, Gonçalves leciona que:

O contrato de seguro não se destina à obtenção de um lucro. Ao celebrá-lo o *segurado* procura cobrir-se de eventuais prejuízos decorrentes de um sinistro, não podendo visar nenhum proveito. [...].²⁰ (Grifos do autor)

Gagliano e Pamplona Filho escrevem que:

Uma das facetas do seguro de danos é o de responsabilidade civil.

Trata-se, hoje, de uma das formas mais comuns de seguro, por meio da qual o segurado visa a obter cobertura em face de eventuais danos que culposamente venha a causar a terceiros. Em outras palavras: pretende-se, por meio deste seguro, transferir ao segurador a responsabilidade civil do segurado pelo ilícito causado.²¹

E o seguro de pessoa, a partir do artigo 789 Código Civil²². Neste ponto, o seguro de pessoa apresenta o seguro de vida, o qual tem previsão legislativa para a hipótese de suicídio nos primeiros dois anos de vigência do contrato, ou da sua

¹⁷ Art. 778. Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber. BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁸ Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁹ Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v. 3. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 517.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos em espécie**. v. 4. t. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 564.

²² Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores. BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

recondução, residindo, assim, a problemática a ser estudada, ainda que de forma não exauriente.

Sobre o seguro de pessoa, Diniz apresenta:

Nosso Código Civil permite que a pessoa humana seja objeto de seguro contra riscos de morte, sobrevida após certo prazo, comprometimento de saúde, incapacidade, invalidez ou de acidentes [...].²³

Assim sendo, situa-se no seguro de pessoa, modalidade seguro de vida, quando, então, o risco de morte é o objeto da cautela buscada pelo segurado.

2.3 FORMAS DE INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO

A hermenêutica contratual tem atuação imprescindível nos negócios jurídicos, buscando identificar a vontade contratada. Da mesma forma, interpretar os dispositivos legais é matéria essencial, a fim de atribuir os efeitos jurídicos devidos aqueles.

Diniz leciona:

As funções da interpretação são: a) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; b) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; e c) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir.²⁴

Há técnicas que auxiliam no processo interpretativo, consoante ensinam Gagliano e Pamplona Filho:

Várias técnicas coexistem para auxiliar o aplicador do direito na sua árdua (e, muitas vezes, solitária) tarefa de interpretar, sendo os métodos mais conhecidos os seguintes:

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 573.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 63.

- a) *Literal*: também conhecido como interpretação *gramatical*, consiste no exame de cada termo utilizado na norma, isolada ou sintaticamente, de acordo com as regras do vernáculo. O seu desenvolvimento deveu-se, historicamente, à Escola Exegese.
- b) *Lógico*: utilização de raciocínios lógicos (dedutivos ou indutivos) para a análise metódica da norma em toda a sua extensão, desvendando seu sentido e alcance.
- c) *Sistemático*: análise da norma a partir do ordenamento jurídico de que é parte, relacionando-a com todas as outras com o mesmo objeto, direta ou indiretamente.
- d) *Históricos*, verificando as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe antecederam, bem como o próprio processo legislativo correspondente
- e) *Finalístico* ou *teleológico*: análise da norma tomando como parâmetro a sua finalidade declarada, adaptando-a às novas exigências sociais.²⁵ (Grifos do autor)

Oportuno, ainda, destacar que o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõe que o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais.²⁶

E o Código Civil de 2002 estabelece dispositivos relacionados à matéria da interpretação dos contratos, no seu artigo 112²⁷, declara que “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Já o artigo 113 do Código Civil,²⁸ caput, estabelece que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Para Gonçalves:

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. v. 1. 14. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

²⁶ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

²⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

²⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

[...] Deve o intérprete presumir que os contratantes procedem com lealdade e que tanto a proposta como a aceitação foram formuladas dentro do que podiam e deviam eles entender razoável, segundo a regra da boa-fé.²⁹

Acrescentam Gagliano e Pamplona Filho, sobre a importância da boa-fé objetiva na interpretação:

O aplicador do direito tem, na boa-fé objetiva, um referencial hermenêutico dos mais seguros, para que possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil.³⁰

Desta feita, a interpretação é atuação exigida dos aplicadores da lei, especialmente para a atribuição de efeitos aos contratos, pautada na boa-fé objetiva dos contratantes.

2.4 O SUÍCIDIO

Neste tocante, identificar com precisão os fatores que culminam no ceifar da vida de forma suicida é tarefa árdua ou mesmo impossível. Aliás, a digressão a respeito é um tabu.

Porém, trata-se de ato extremo e que causa diversas consequências, advindo, não raras vezes, de sofrimento extremo.

Com propriedade, Falcão e Ramos escreveram:

O comportamento de finalizar a própria vida, ou o suicídio, encontra-se presente na história da humanidade e é reconhecido desde a Antiguidade. É marcado tanto pelo que se convencionou chamar, no meio médico, de fenômeno subnotificado, quanto, nas ciências sociais, de tabu. A subnotificação se relaciona com o *status* de tabu, que tanto limita o falar sobre o suicídio como o registro formal nos prontuários médicos e atestados de óbito. O tabu é fruto da história de penalização e condenação que cerca o suicídio ao longo dos tempos, nos sentidos tanto político-jurídico, quanto filosófico-moral-religioso. A

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 341.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. v. 4: t. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 109.

compreensão científica de sua ocorrência ainda apresenta desafios devido à complexidade das variáveis psicológicas, ambientais, sociais e médicas envolvidas na determinação desse fenômeno.³¹ (Grifos do autor)

Acerca deste ponto, em entrevista escrita, por meio de perguntas livremente formuladas pela acadêmica, sob orientação docente, à Sra. Mirian Gorete Ribeiro, Mestre em Psicologia na área de concentração: Processos Psicossociais, Saúde e Desenvolvimento Psicológico, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Psicologia pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2000), que atualmente atua como Psicóloga Clínica, Professora de cursos de Graduação e pós-graduação, e Supervisora de Estágios,³² pode-se destacar:

[...] 1 – É possível identificar o perfil de alguém com tendência suicida?

Sim! A partir da fala do paciente e de uma avaliação e escuta psicológica qualificada e ética, é possível que um profissional capacitado identifique se existe algum tipo de pensamento de morte, assim como, o tipo de pensamento. [...]. Assim como, identificar os fatores de risco envolvidos e no caso de tentativas prévias, e a intencionalidade do ato vinculada à letalidade do ato.

2 – Qual a distinção principal entre suicídio voluntário e suicídio involuntário?

[...]. No qual o primeiro envolve uma premeditação, implicando ai uma intenção, e o segundo não envolve uma intenção propriamente de morte e sim um desejo de cessar o sofrimento. Porém, na Psicologia é difícil fazer essa diferenciação, uma vez que, entende-se que haverá o sofrimento e um desejo de parar de sofrer, em ambas as situações, podendo haver planejamento ou não, sendo um ato impulsivo.

3 – A pessoa que comete suicídio, possivelmente, apresenta algum transtorno mental ou psicológico?

³¹ FALCÃO, Eliane Brígida Morais; RAMOS, Isadora Ramos Barbosa. Suicídio: um tema pouco conhecido na formação médica, **Revista Brasileira de Educação Médica**, Scielo, 2011. Disponível: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022011000400010. Acesso em: 30 set. 2020.

³² SEGURO DE VIDA: interpretação do art. 798, do Código Civil. Entrevistadora: Kátia Gabriela Rigotti Damiani Florentino. Entrevistada: Mirian Gorete Ribeiro. Tubarão, 9 set. 2020.

[...] Porém estudos mostram que 30% dos casos podem estar relacionados com transtorno depressivo, algum sofrimento psíquico agravado, uso de substâncias químicas. Sempre importante frisar que as causas são multifatoriais, pois envolve um sujeito biopsicossocial que se movimenta no mundo de maneira subjetiva.

4 – Quais são as causas mais comuns para a ocorrência de suicídio?

Não é possível pensar na problemática sob o viés da unicausalidade. As demandas são multicausais. Entre os fatores de risco envolvidos, estudos científicos apontam que podem sim estar relacionado com a presença de algum transtorno psíquico, sofrimentos psíquicos agravados, uso de substâncias químicas. Mas também podem estar associados com os fatores precipitantes, que são situações da vida diária que podem levar a pessoa a perder o sentido da vida, como por exemplo, a perda do emprego, fim de relacionamento, ausência de uma rede social de apoio, entre outros.

[...] 5 – O suicídio pode ser provocado por uma depressão ou uma repentina mudança negativa na vida?

Sim! A questão aqui é o Também Pode, pois, as causas são multifatoriais. Pode estar associado a um transtorno depressivo, mas também pode ter relação com fatores de risco precipitantes, que são aquelas situações da vida cotidiana que podem levar a perda do sentido da vida, além de ausência de rede social de apoio. [...].

De modo a exemplificar, constata-se que, em Informativo Epidemiológico divulgado em março de 2019, Santa Catarina alcança o percentual de 23% das mortes por suicídio no país, realçando a realidade de uma sociedade em sofrimento.³³

A Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS, sobre o suicídio, escreveu que a cada ano cerca de 800 mil pessoas ceifam a própria vida e foi a segunda causa de morte entre os jovens de 15 a 29 anos em todo o mundo no ano de

³³ [...] As taxas de morte por suicídio no Estado apresentam variações significativas em todas elas, assim como no restante do Brasil, sendo a região do Alto Uruguai Catarinense a de maior taxa de mortalidade, constituída por quinze municípios, a maioria tipicamente rural e a média populacional é de apenas 8.097 habitantes. Suicídio, março de 2019, **Barriga Verde**: informativo epidemiológico, ano XV. Disponível em: <http://www.dive.sc.gov.br/barrigaverde/pdf/BarrigaVerde%20Suicidio.pdf>. Acesso: 4 nov. 2020.

2016.³⁴

Percebe-se, com objetividade, que a ocorrência de suicídio é multicausal, não sendo possível elencar quais fatores motivam, pois, até mesmo, algo repentino poderá ser o elemento faltante para que a vida seja encerrada de forma suicida.

2.5 O CONTRATO DE SEGURO DE VIDA: INTEPRETAÇÃO DO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Neste sentido, o contrato de seguro encontra-se, como já dito anteriormente, no seguro de pessoa, previsto no Código Civil, de modo que o risco de morte é o elemento fundamental.

Diz o artigo 797 do Código Civil de 2002:

No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro. Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada.³⁵

E, merece atenção, o disposto no artigo 798 do Código Civil de 2002:

Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.³⁶

³⁴ Suicídio, 2020, **OPAS**. Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topicos/suicidio>. Acesso: 16 abr. 2021.

³⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30set. 2020.

³⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 25 out. 2020.

Como se vislumbra, a legislação civilista vigente impôs um lapso de tempo – critério objetivo - como pressuposto de viabilidade do pagamento do seguro em razão do suicídio.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n. 610, pontuou que:

(...) o suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada.³⁷

A Súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça afirma que teria cobertura em caso de suicídio não premeditado.³⁸

Acerca da premeditação, a Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal revela, “salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro.”³⁹

Percebe-se, desta forma, que subsiste controvérsia na interpretação ao disposto no artigo 798 do Código Civil 2002, especialmente com base na boa-fé, mormente considerando a necessidade ou não de comprovação da premeditação do suicídio.

Quanto ao posicionamento da jurisprudência, da Apelação Cível nº 0000876-44.2018.8.24.0045, da relatoria do Desembargador André Luiz Dacol, julgada em 10 de setembro de 2019, colhe-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DO SEGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA. SINISTRO OCORRIDO DENTRO DO PRAZO DE CARÊNCIA (DOIS ANOS). PREMEDITAÇÃO IRRELEVANTE. APLICABILIDADE DO CRITÉRIO

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n 610**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_610_2018_segunda_secao.pdf. Acesso em 01 set. 2020.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 61**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_61_2018_segunda_secao.pdf. Acesso em 01 set. 2020.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula n. 105**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>. Acesso em 01 set. 2020.

OBJETIVO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELA SÚMULA N. 610 DO STJ. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA NÃO CONFIGURADA, RESSALVADO O DIREITO AO RESSARCIMENTO DA RESERVA TÉCNICA JÁ FORMADA. EXEGESE DO ART.797, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. [...] Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial, entendendo ser legítima a recusa de pagamento do seguro de vida decorrente de suicídio, eis que ocorrido dentro do prazo de carência. [...] Para que os beneficiários tenham direito ao capital estipulado hipótese de suicídio do segurado, necessário observar o critério objetivo temporal previsto no art. 798 do Código Civil [...]. Dessa forma, o suicídio do segurado ocorrido durante o período decadência exige a seguradora do pagamento do capital segurado beneficiários, sendo desnecessária a demonstração inequívoca da premeditação por parte do segurado.⁴⁰

Como se vislumbra, no referido acórdão, o Desembargador André Luiz Dacol, numa interpretação literal do dispositivo legal – artigo 798 do Código Civil -, entendeu pela observância do lapso temporal e, uma vez que o suicídio ocorreu dentro deste, não houve reconhecimento ao direito de indenização.

Aliás, pelo acórdão em destaque, as Súmulas 105 do Supremo Tribunal Federal e 61 do Superior Tribunal de Justiça são inaplicáveis “[...] porquanto editadas com base no CC/1916, não havendo necessidade de verificar se o sinistro foi premeditado ou não, ou se voluntário ou involuntário”.⁴¹

⁴⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0000876-44.2018.8.24.0045.** Apelação Cível. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio do segurado. Sentença de improcedência. Recurso da parte autora. Sinistro ocorrido dentro do prazo de carência (dois anos). Premeditação irrelevante. Aplicabilidade do critério objetivo temporal previsto no Art. 798 do código civil. Entendimento pacificado pela súmula n. 610 do STJ. Obrigação indenizatória não configurada, ressalvado o direito ao ressarcimento da reserva técnica já formada. Exegese do art.797, parágrafo único, do código civil. Reconhecimento de ofício. Recurso desprovido. Apelante: Rita de Cássia Medeiros Martins e Apelado: Caixa Seguradora S/A. Relator: Des. André Luiz Dacol. Florianópolis, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em 29 de out. de 2020.

⁴¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0000876-44.2018.8.24.0045.** Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio do segurado. Sentença de

Porém, com propriedade e equidade, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça concernente ao capital pago pelo seguro de vida celebrado pelo falecido:

[...] De outro vértice, nos termos do parágrafo único do art. 797 do Código Civil, curial observar o direito do beneficiário à devolução do valor reserva técnica. Com efeito, registro que a determinação de ressarcimento da reserva técnica não configura julgamento *ultra* ou *extra petita*, porquanto o comando é mera consequência do provimento judicial aplicado. [...] No ponto, então, efetua-se a devida adequação da decisão de primeiro grau para, de ofício, ressaltar o direito do beneficiário ao ressarcimento do valor da reserva técnica formada, cujo montante deverá ser apurado mediante liquidação de sentença. [...].⁴² (Grifos do autor)

Assim, não obstante a aplicação do artigo 798 do Código Civil, à seguradora foi atribuída a obrigação de ressarcir o valor da reserva técnica, de modo a evitar enriquecimento indevido, num juízo de ponderação e proporcionalidade.

Interessante referência o acórdão exarado na Apelação Cível nº 0303232-19.2015.8.24.0020, da relatoria do Desembargador André Luiz Dacol, julgada em 24 de setembro de 2019:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C

improcedência. Recurso da parte autora. Sinistro ocorrido dentro do prazo de carência (dois anos). Premeditação irrelevante. Aplicabilidade do critério objetivo temporal previsto no Art. 798 do código civil. Entendimento pacificado pela súmula n. 610 do STJ. Obrigação indenizatória não configurada, ressalvado o direito ao ressarcimento da reserva técnica já formada. Exegese do Art. 797, parágrafo único, do código civil. Reconhecimento de ofício. Recurso desprovido. Apelante: Rita de Cássia Medeiros Martins e Apelado: Caixa Seguradora S/A. Relator: Des. André Luiz Dacol. Florianópolis, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em: 29 de out. de 2020.

⁴² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0000876-44.2018.8.24.0045**. Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio do segurado. Sentença de improcedência. Recurso da parte autora. Sinistro ocorrido dentro do prazo de carência (dois anos). Premeditação irrelevante. Aplicabilidade do critério objetivo temporal previsto no Art. 798 do código civil. Entendimento pacificado pela súmula n. 610 do STJ. Obrigação indenizatória não configurada, ressalvado o direito ao ressarcimento da reserva técnica já formada. Exegese do Art. 797, parágrafo único, do código civil. Reconhecimento de ofício. Recurso desprovido. Apelante: Rita de Cássia Medeiros Martins e Apelado: Caixa Seguradora S/A. Relator: Des. André Luiz Dacol. Florianópolis, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em: 29 de out. de 2020.

COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DO SEGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA. SINISTRO OCORRIDO DENTRO DO PRAZO DE CARÊNCIA (DOIS ANOS). PREMEDITAÇÃO IRRELEVANTE. APLICABILIDADE DO CRITÉRIO OBJETIVO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELA SÚMULA N. 610 DO STJ. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA NÃO CONFIGURADA, RESSALVADO O DIREITO AO RESSARCIMENTO DA RESERVA TÉCNICA JÁ FORMADA. EXEGESE DO ART. 797, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. [...]. Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial, entendendo ser legítima a recusa de pagamento do seguro de vida decorrente de suicídio, eis que ocorrido dentro do prazo de carência. [...] Para que os beneficiários tenham direito ao capital estipulado na hipótese de suicídio do segurado, necessário observar o critério objetivo temporal previsto no art. 798 do Código Civil. [...] Dessa forma, o suicídio do segurado ocorrido durante o período de carência exime a seguradora do pagamento do capital segurado aos beneficiários, sendo desnecessária a demonstração inequívoca da premeditação por parte do segurado.

Portanto, o apelo da parte autora não comporta provimento. De outro vértice, nos termos do parágrafo único do art. 797 do Código Civil, curial observar o direito dos beneficiários à devolução do valor da reserva técnica.⁴³

E, da Apelação Cível nº 0300975-63.2015.8.24.0006, sob a relatoria do Desembargador Jorge Luís Costa Beber, julgada em 3 de outubro de 2019, extrai-se:

⁴³ SANTA CATARINA. Tribunal de justiça. **Apelação cível n. 0303232-19.2015.8.24.0020.** Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c cobrança. Seguro de vida. Suicídio do segurado. Sentença de improcedência. Recurso da parte autora. Sinistro ocorrido dentro do prazo de carência (dois anos). Premeditação irrelevante. Aplicabilidade do critério objetivo temporal previsto no Art. 798 do código civil. Entendimento pacificado pela súmula n. 610 do STJ. Obrigação indenizatória não configurada, ressalvado o direito ao ressarcimento da reserva técnica já formada. Exegese do Art. 797, parágrafo único, do código civil. Reconhecimento de ofício. recurso desprovido. Apelante: L. F. R. G e Apelado: Caixa Seguradora S/A. Relator: Des. André Luiz Dacol. Florianópolis, 24 de setembro de 2019. Disponível em: http://busca.tjc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em: 29 de out. de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO COMETIDO NOS DOIS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA SEGURADORA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE FIRMOU CRITÉRIO OBJETIVO PARA DETERMINAR A EXISTÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL, DISPENSANDO A ANÁLISE DE EVENTUAL PREMEDITAÇÃO. POSICIONAMENTO CRISTALIZADO NO VERBETÉ SUMULAR N. 610. MORTE DA SEGURADA QUE, NO CASO, OCORREU NO PRIMEIRO BIÊNIO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE COBERTURA, RESSALVADO O DIREITO À DEVOLUÇÃO DA RESERVA TÉCNICA. SENTENÇA REFORMADA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Nos termos da Súmula 610 do STJ, "o suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada". [...]

A discussão travada nos autos envolve o exame da exclusão da indenização para hipótese de óbito decorrente de suicídio, ocorrido nos dois primeiros anos de vigência inicial do contrato, tema abordado pelo artigo 798 do Código Civil. [...] A apelante defende que a lei não faz qualquer ressalva acerca da premeditação ou não do ato, bastando, para a incidência da exclusão, que o evento tenha ocorrido nos dois primeiros anos de vigência do pacto, o que se verifica na hipótese sob estudo.

De fato, a redação do artigo em comento não traz qualquer ressalva à premeditação ou não do segurado. O Código Civil vigente impôs um lapso de tempo, como pressuposto de viabilidade do pagamento do seguro para hipótese de suicídio, circunstância que, por força da objetividade da norma, torna desprovida qualquer discussão em torno da premeditação do óbito pelo contratante da apólice. Não nego que, em julgados anteriores, assentei entendimento no sentido de que, mesmo que o art. 798 do Código Civil não dispusesse a respeito daquilo que se convencionou intitular de suicídio voluntário ou suicídio inconsciente, a melhor exegese da citada norma seria aquela que leva em consideração a prova da prévia intenção do contratante do seguro quanto ao cometimento do suicídio, praticado dentro do biênio estabelecido como lapso temporal de carência. Sucede que a Corte da Cidadania pacificou o entendimento no sentido de que não há cobertura para o suicídio ocorrido

nos dois primeiros anos de vigência do contrato, conforme verbete sumular n. 610 [...] Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para julgar parcialmente procedente o pedido veiculado na inicial, afastando a indenização, porém assegurando aos beneficiários o direito de receberem a devolução da reserva técnica formada.⁴⁴

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apontando parâmetros para o ressarcimento de reserva técnica:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. PERÍODO DE CARÊNCIA. COBERTURA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DA RESERVA TÉCNICA. 1. Descabe o pagamento da indenização securitária, pois verificado que o suicídio do segurado ocorreu dentro do prazo de carência de dois anos previsto nos contratos de seguro e autorizado pelos arts. 797, caput, e 798, do Código Civil. Inaplicabilidade das Súmulas 105, do STF e 61 do STJ, pois editadas quando vigente o Código Civil de 1916, sendo desnecessário verificar se o suicídio foi voluntário ou involuntário ou se premeditado ou não. 2. No entanto, sob pena de enriquecimento ilícito, é devido o ressarcimento à parte autora do montante formado a título de reserva técnica, nos termos do parágrafo único do art. 797 do Código Civil. Concessão de ofício. O valor da reserva técnica deverá ser apurado mediante liquidação de sentença, sendo que na eventual impossibilidade de apuração, a seguradora deverá restituir o valor dos prêmios pagos, corrigidos monetariamente pelo IGP-M, desde cada desembolso. APELO DESPROVIDO, COM DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO.⁴⁵

⁴⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0300975-63.2015.8.24.0006.** Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência do contrato. Sentença de procedência. Recurso da seguradora. Superior tribunal de justiça que firmou critério objetivo para determinar a existência de cobertura contratual, dispensando a análise de eventual premeditação. Posicionamento cristalizado no verbete sumular n. 610. Morte da segurada que, no caso, ocorreu no primeiro biênio de vigência do contrato. Ausência de cobertura, ressalvado o direito à devolução da reserva técnica. Sentença reformada. Redistribuição dos ônus sucumbenciais. Recurso conhecido e provido. Apelante: Companhia de Seguros Aliança da Bahia e Apelado: Espólio Ivo Corrêa e outros. Relator: Des. Jorge Luís Costa Beber. Florianópolis, 3 de outubro de 2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca/Form.do#resultado_ancora. Acesso em: 29 de out. de 2020.

⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70083537340.** Apelação cível. Seguro de vida. Suicídio. Período de carência. Cobertura indevida. Devolução da reserva técnica. Apelante: Alcenir de Jesus dos Santos. Apelado: Icatu Hartford Seguros AS. Relator: Des. Isabel Dias Almeida, 15 de abril de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_com_pleta. Acesso em: 4 nov. 2020.

Como se vê, a jurisprudência atual aponta pela análise apenas do critério objetivo do artigo 798 do Código Civil de 2002, sem analisar as condições em que ocorreu o suicídio, com premeditação ou não, como ocorria anteriormente.

Entretanto, há decisões que, de certa forma, resguardam o direito dos beneficiários, não recebendo a indenização, mas a reserva técnica formada, o valor pago como capital.

O critério objetivo traz segurança jurídica, porém, não se descarta eventual desequilíbrio contratual ou injustiça, pois há muitas causas para a ocorrência do suicídio, conforme se constata pela entrevista com a psicóloga Sra. Mirian Gorete Ribeiro, mencionada ao longo do presente artigo.

Gagliano e Pamplona Filho escrevem:

Trata-se de uma espécie peculiar de “prazo de carência” que busca dissuadir o segurado da idéia de pactuar o seguro como um dos elementos justificadores do seu suicídio. [...] Estabelecer um prazo fixo, determinado, pode significar, em alguns casos, injustiça manifesta, em virtude daqueles que, não premeditando nada, ceifam a própria vida em momento de descontrole, dentro ainda do prazo de dois anos.⁴⁶

Sendo assim, reconhece-se a importância na interpretação do artigo 798 do Código Civil 2002, especialmente para que os beneficiários não tenham indevidamente seus direitos negados. Numa interpretação literal do dispositivo, apenas o critério objetivo deve ser observado, porém, com base na boa-fé inerente aos contratos não é desarrazoado refletir sobre os direitos daqueles.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que a problemática objeto do presente artigo merece ponderação.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. v. 4. t. 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 538.

O contrato de seguro reflete a assunção de obrigações pelos contraentes, no qual o risco é o elemento principal, este que ditará o valor do prêmio, bem como o eventual pagamento de indenização.

Há princípios que o norteia, principalmente, o contrato de seguro o qual se instrumentaliza na maioria das vezes por meio de adesão de modo que visam coibir abusividades. Destaca-se o mutualismo e a boa-fé como fundantes para a realização de contrato securitário.

Assim, referido contrato tem como elemento fundamental o risco. E o risco morte justifica o contrato de seguro de vida. Quanto a este, importante a previsão do artigo 798 do Código Civil de 2002, no caso de morte por suicídio, no qual não se percebe qualquer ressalva acerca da premeditação ou não do ato-critério subjetivo.

Assim, vislumbra-se que o legislador prevê um critério objetivo como pressuposto de viabilidade do pagamento do seguro em razão do suicídio, qual seja, dois anos da vigência inicial do contrato ou da sua recondução.

As decisões analisadas e destacadas no presente artigo apontam para a necessidade interpretação ao disposto no art. 798 do Código Civil 2002, quando, então, embora não seja possível o pagamento da indenização prevista, aos beneficiários é reconhecido direito proporcional.

Não se exclui, porém, a necessidade de uma reflexão aprofundada com base na boa-fé, incompatível com o presente trabalho, haja vista que o suicídio decorre de diversos fatores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406_compilada.htm Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 61.**
Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_61_2018_segunda_secao.pdf.
Acesso em 01 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula n. 105.**
Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>. Acesso em 01 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 610.**
Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_610_2018_segunda_secao.pdf.
Acesso em 01 set. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. v.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FALCÃO, Eliane Brígida Moraes; RAMOS, Isadora Ramos Barbosa. Suicídio: um tema pouco conhecido na formação médica, **Revista Brasileira de Educação Médica**, Scielo, 2011. Disponível: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022011000400010. Acesso em: 30 set. 2020.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil:** contratos. Caxias do Sul, RS: Educus, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** contratos. v. 4. t. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos. v 4, t. 1.13.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos em espécie. v. 4. t. 2.10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Ribeiro. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Ribeiro. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Ribeiro. **Direito civil brasileiro**: parte geral. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70083537340**. Apelação Cível. Seguro de vida. Suicídio. Período de carência. Cobertura indevida. Devolução da reserva técnica. Relator: Des. Isabel Dias Almeida, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em 29 de out. de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 4 nov. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0000876-44.2018.8.24.0045**. Apelação Cível. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio do segurado. Sentença de improcedência. Recurso da parte autora. Sinistro ocorrido dentro do prazo de carência (dois anos). Premeditação irrelevante. Aplicabilidade do critério objetivo temporal previsto no Art. 798 do Código Civil. Entendimento pacificado pela súmula n. 610 do STJ. Obrigação indenizatória não configurada, ressalvado o direito ao ressarcimento da reserva técnica já formada. Exegese do Art.797, parágrafo único, do Código Civil. Reconhecimento de ofício. Recurso desprovido.

Relator: Des. André Luiz Dacol. Florianópolis, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/consulta-tj>. Acesso em 29 de out. de 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0300975-63.2015.8.24.0006**. Apelação Cível. Ação de cobrança. Seguro de vida. Suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência do contrato. Sentença de procedência. Recurso da seguradora. Superior Tribunal de Justiça que firmou critério objetivo para determinar a existência de cobertura contratual, dispensando a análise de eventual premeditação. Posicionamento cristalizado no verbete sumular n. 610. Morte da segurada que, no caso, ocorreu no primeiro biênio de vigência do contrato. Ausência de cobertura, ressalvado o direito à devolução da reserva técnica. Sentença reformada. Redistribuição dos ônus sucumbenciais. Recurso conhecido e provido. Relator: Des. Jorge Luís Costa Beber. Florianópolis, 3 de outubro de 2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em 29 de out. de 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0303232-19.2015.8.24.0020**. Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c cobrança. Seguro de vida. Suicídio do segurado. Sentença de improcedência. Recurso da parte autora. Sinistro ocorrido dentro do prazo de carência (dois anos). Premeditação irrelevante. Aplicabilidade do critério objetivo temporal previsto no Art. 798 do Código Civil. Entendimento pacificado pela súmula n. 610 do STJ. Obrigação indenizatória não configurada, ressalvado o direito ao ressarcimento da reserva técnica já formada. Exegese do art. 797, parágrafo único, do Código Civil. Reconhecimento de ofício. Recurso desprovido. Relator: Des. André Luiz Dacol. Florianópolis, 24 de setembro de 2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em 29 de out. de 2020.

SEGURO DE VIDA: interpretação do Art. 798, do Código Civil.
Entrevistadora: Kátia Gabriela Rigotti Damiani Florentino.
Entrevistada: Mirian Gorete Ribeiro. Tubarão, 9 set. 2020.

SUICÍDIO, março de 2019, **Barriga Verde**: informativo epidemiológico, ano XV. Disponível em: <http://www.dive.sc.gov.br/barrigaverde/pdf/BarrigaVerde%20Suicidio.pdf>. Acesso: 4 nov. 2020.

SUICÍDIO, 2020, **OPAS**. Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topicos/suicidio>. Acesso: 16 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. v. 3. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OS ASPECTOS LEGAIS DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS NO ÂMBITO VIRTUAL

THE LEGAL ASPECTS OF INFILTRATION OF POLICE AGENTS ON THE VIRTUAL ENVIRONMENT

Larissa Borges Cardoso¹
Cleiton Luiz Neves de Oliveira²

Resumo: Dentre os meios especiais de prova, admitidos pela nova Lei, destaca-se infiltração policial de agentes, e no presente artigo será analisado de forma geral os determinados assuntos relacionados a esse tipo de infiltração no ambiente virtual, como meio de investigação, para obtenção de provas nos delitos relacionados a crimes organizados. Dando ênfase na possibilidade da responsabilização penal do agente e da utilização da prova obtida pelo agente infiltrado para fins de condenação, mencionando para tanto conceitos e teorias de vários juristas com a finalidade de mostrar que poderá servir de fundamento para uma futura condenação, desde que não seja usado de maneira ilícita, podendo vir o agente a responder criminalmente. Tratará também das espécies de infiltração, e da inovação da Lei 12.850/13, trazida pela lei 13.964/19, dentro do pacote Anti Crime. Não podendo infringir as normas da Constituição Federal e os devidos artigos dentro do Código Penal e Processual Penal.

Palavras-chave: Infiltração policial. Provas. Agentes. Organização criminosa. Meios de prova.

Abstract: *Among the special means of evidence, admitted by the new Law, is police infiltration of agents, and in this article we will analyze in a general way the certain issues related to this type of infiltration in the virtual environment, as a means of investigation, to obtain evidence in crimes related to organized*

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: larissazimba98@hotmail.com.

² Especialista em Direito Penal, em Direito Processual Penal e em Direito Processual Civil. Assessor Jurídico da Magistratura no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Professor de Direito Penal e Prática Penal na FUCAP Univinte. E-mail: cleiton.luiz@live.com.

crime. Emphasizing the possibility of criminal liability of the agent and the use of evidence obtained by the infiltrated agent for condemnation purposes, mentioning concepts and theories of various jurists in order to show that it may serve as a basis for future condemnation, provided it is not used in an illicit manner, and the agent may come to answer criminally. It will also deal with the kind of infiltration, and the innovation of Law 12,850/13, brought by Law 13,964/19, within the Anti-Crime package. It may not violate the rules of the Federal Constitution and the due articles within the Criminal Code and Criminal Procedure.

Keywords: *Police infiltration. Evidence. Agents. Criminal organization. Evidence.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo irá abordar de modo crítico a infiltração policial dentro das organizações criminosas no âmbito virtual. Será dividido em quatro temas: o primeiro a respeito da possibilidade da utilização das provas que foram adquiridas com a infiltração policial; o segundo irá tratar sobre os tipos de infiltração, *Light Cover* e *Deep Cover*, conforme preceitua o artigo 10, §3, da Lei de Organizações Criminosas; o terceiro acerca dos danos causados, com o avanço da tecnologia dentro das organizações criminosas; o quarto será em relação à responsabilidade penal do agente infiltrado tal como reza a Lei n. 12.850/2013; e, por último, a propósito das inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019.

O presente trabalho pretende mostrar que o assunto comentado é eficaz se utilizado de maneira correta como meio de prova e, conseqüentemente, para uma fundamentação penal, desde que utilizado em conjunto com os outros meios também já existentes.

A infiltração policial está prevista no artigo 10 da Lei n. 12.850/13:

Art. 10. A Infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação pelo delegado ou requerido pelo Ministério

Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicita no curso de inquérito policial, será precedida de circunstância, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabeleceria seus limites.³

O agente infiltrado é membro policial que irá ocultar a sua verdadeira identidade para adentrar no “mundo” das organizações criminosas, ganhando a confiança dos verdadeiros integrantes, com o objetivo de descobrir e conquistar provas das atividades delituosas praticadas. O agente é devidamente selecionado e deve ser muito bem treinado, inclusive no campo psicológico, para a realização da difícil tarefa.

Com a nova norma o legislador acabou por não conceituar a infiltração policial e não estipular as formas de realização, deixando nas mãos do juízo competente os limites das ações do infiltrado.

Assim, Silva apresenta algumas características básicas para se concretizar a infiltração:

Apresenta, segundo a doutrina, três características básicas: a) a dissimulação, ou seja, a ocultação da condição de agente e de suas verdadeiras intenções; b) o engano, sendo que toda operação de infiltração se apoia em uma encenação ou permite o agente obter a confiança do suspeito; c) e finalmente a intenção, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.⁴

Dentre os fatores favoráveis à infiltração, possível desde logo destacar a possibilidade de revelação e prova a respeito de atos criminosos que mui dificilmente seriam revelados, incluindo planos para a execução de crimes e muitos outros mecanismos utilizados pelos membros da organização criminosa, como motivo para justificar, legalmente, a infiltração policial.

³ BRASIL. **Lei n. 12.850 de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais**, da Lei 12.850/14. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.

2 DA POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA PROVA OBTIDA PELO AGENTE INFILTRADO PARA FINS DE CONDENAÇÃO

Possível dizer, *ab initio*, que a prova está sempre ligada à busca pela veracidade dos fatos alegados pelas partes, no afã de se descobrir o real.

De acordo com o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Nesse último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.⁵

Certo afirmar que a finalidade da prova em matéria penal é convencer o magistrado sobre a verdade de determinados acontecimentos, para que assim possa ocorrer a condenação ou absolvição do réu com a decisão final a respeito do fato jurídico que lhe é imputado.

As provas obtidas por meio da infiltração de agentes poderão servir como fundamento para uma condenação criminal. O magistrado impõe os limites e é – ou deveria ser – absolutamente tudo praticado, desde o treinamento até a aproximação da organização criminosa, com os cuidados necessários ao delicado ato. Há que se ter sigilo e, acima de tudo, respeito às normas constitucionais e processuais.

A infiltração policial no âmbito virtual é uma importante medida para combate a crimes organizados, sendo usada, em caráter excepcional, quando as outras formas de obtenção probatória se mostrarem insuficientes.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 91.

Considerando que a coleta ocorre na fase de investigação, ou seja, durante o inquérito policial, o conteúdo probatório produzido pela infiltração, para embasar uma condenação, deve estar sempre ligado a provas outras. É que julgado não poderá fundamentar sua decisão unicamente nas provas obtidas por meio de infiltração policial, conforme dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.⁶

Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei 12.850/13, a infiltração do agente, a ser deferida ou não pela autoridade judiciária, depende da existência de indícios de infração penal ligada a organizações criminosas e da impossibilidade de se obter a prova mediante meios outros, d'onde se pode concluir que a infiltração é, por todos os riscos que carrega, exceção à atividade investigativa.

Como esclarece Rafael Pacheco:

O fato é que, se as dúvidas referentes ao uso da infiltração policial forem maiores do que as certezas, se nenhum relato concreto tiver sido feito pela autoridade policial, se nenhuma descrição tiver sido feita dos contatos estabelecidos, se nenhuma indicação tiver sido fornecida pela instância de controle formal, enfim, se não houver elementos nos autos que permitam estabelecer a existência de orientação judiciária na aferição das vantagens e desvantagens de uma intervenção dessa natureza, não haverá como conceder valor probatório ao feito. Mas, em sentido contrário, no caso de o agente infiltrado atuar com plena observância das garantias legalmente estabelecidas, sua atuação será válida e as provas derivadas também gozarão de validade, pois a licitude dessas provas decorre

⁶ BRASIL. **Lei n. 12.850 de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

da expressa disposição legal que autoriza a infiltração como meio de investigação⁷.

O meio de prova é eficiente se empregado de forma adequada, também para fins de uma sentença penal condenatória, sendo usado junto com outros meios que levam à decisão final. Na Lei n. 12.850/2013, constam os meios de provas na fase de investigação, podendo se estender na fase judicial:

Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.⁸ (Grifou-se)

No Habeas Corpus n. 147.837, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concluiu, por unanimidade, que um agente policial que participou de reuniões de grupos “*blackblocs*” no Rio de Janeiro em 2013 se infiltrou sem autorização judicial.⁹ O Supremo,

⁷ PACHECO, Rafael. **Crime organizado**. Medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2011. Acesso em: 13 nov. 2020.

⁸ BRASIL. **Lei n. 12.850 de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 147837**. Recurso Ordinário. Habeas Corpus. Associação criminosa (Art. 288, parágrafo único, do CP). Trancamento da ação penal.

portanto, decidiu que o depoimento do agente e as demais provas obtidas durante a infiltração deveriam ser anulados.

De acordo com o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator, o policial foi designado inicialmente para cumprir ação de inteligência, que seria apenas para coletar informações para atuação durante os Jogos Olímpicos de 2016 no Rio de Janeiro. Entretanto, tal ação se alterou e evoluiu para infiltração sem a devida autorização judicial prévia.

Ação de inteligência tem função preventiva. “Não podem ser usadas as informações do oficial de inteligência no processo criminal”, disse o ministro Gilmar Mendes, ressaltando que a condenação da advogada Eloisa e dos demais acusados foi baseada nos dados do policial militar.¹⁰

O voto do Ministro Edson Fachin foi convergente, resumindo que não haveria problema em o agente se infiltrar para obter as informações necessárias, porém, não é possível reconhecer o depoimento do agente infiltrado como prova processual sem que prévia autorização judicial obtivesse.

A Ministra Carmen Lúcia também acompanhou o entendimento dos colegas, explicando que não se questionou “a necessidade legítima da atuação do policial para coleta de informações e garantia de segurança”, mas que para a infiltração “seria imprescindível a autorização judicial, pois o judiciário faz a fiscalização e o controle”.

O depoimento do policial envolvido nos fatos foi considerado inválido e a sentença foi anulada, sob acórdão assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

Medida excepcional. Ausência de justa causa não demonstrada. Tese de existência de agente infiltrado sem autorização judicial. Não configuração. Agente policial a serviço da Força Nacional. Coleta de informações em manifestações populares. Local público. Prova testemunhal. Licitude. Parte: Eloisa Samy Santiago, Impetrante: Ordem Dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/09/2019, Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173462/habeas-corporus-hc-147837-rj-rio-de-janeiro-0010323-8220171000000/inteiro-teor-768173469>. Acesso em: 13. nov. 2020.

¹⁰ GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/09/2019, processo eletrônico DJe-205DIVU LG20-09-2019PUBLIC 23-09-2019.

NÃO DEMONSTRADA. TESE DE EXISTÊNCIA DE AGENTE INFILTRADO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGENTE POLICIAL A SERVIÇO DA FORÇA NACIONAL. COLETA DE INFORMAÇÕES EM MANIFESTAÇÕES POPULARES. LOCAL PÚBLICO. PROVA TESTEMUNHAL. LICITUDE. 1. O trancamento de ação penal pela via eleita é cabível apenas quando manifesta a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria, o que não é o caso dos presentes autos. 2. Do acórdão recorrido pode-se concluir que a situação descrita nos autos não trata de obtenção de prova produzida mediante a infiltração de agente policial, conforme previsto na Lei nº 12.850/2013, tendo a decisão impugnada deixado claro que o referido agente não atuou no intuito de investigar a suposta existência da organização criminosa em questão, tampouco se fez passar por um dos seus membros para o fim de com eles interagir, mas, sim, no exercício da função para a qual foi legitimamente designado, agente de inteligência da Força Nacional, coletou informações sem nenhuma vinculação a uma organização criminosa específica e, nessa condição, prestou seu depoimento nos autos da ação penal. HABEAS CORPUS Nº 147.837/RJ 2 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA 3. Ultrapassar as conclusões do acórdão recorrido e acolher a tese da defesa de que a atuação da testemunha Maurício teria sido de um agente policial infiltrado, demandaria ampla incursão no contexto fático-probatório dos autos, o que não é compatível com a via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. 4. Recurso ordinário desprovido.

Como concluiu Gabriela Coelho:

O Poder Judiciário é o guardião último dos direitos e garantias fundamentais. E aqui ficou claramente caracterizada essa hipótese. Um agente policial infiltrou-se em organização determinada sem autorização judicial. Portanto provas e depoimentos colhidos devem ser declarados ilícitos.¹¹

¹¹ Gabriela Coelho, **CONJUR**. Disponível em: 2019-fev-26/stf-anula-provas-colhidas-pm-infiltrado-manifestacoes. Acesso em: 10 out. 2020.

3 DO *LIGHT COVER* E *DODEEP COVER*

Frente ao artigo 10, §3, da Lei de Organizações Criminosas, a doutrina traz duas modalidades de infiltração de agentes, ambas com duração de seis meses, com possibilidade de renovações.

No *Light Cover*, que significa “infiltração leve” em tradução livre, o engajamento por parte do agente é menor e tem como duração máxima seis meses. O agente infiltrado mantém sua identidade e seu lugar na estrutura policial, não havendo o contato contínuo com o meio criminoso, podendo estabelecer uma única transação ou somente um encontro para obter informações.

De acordo Isabel Oneto, o *Light Cover* ainda pode ser subdividido em seis subespécies:

A *decoyoperation* (ou *operationleurre*), na qual o agente assume o papel de vítima em potencial, para que outros policiais possam efetuar a prisão no momento em que o infiltrado for atacado pelo investigado; a *pseudo-achat*, na qual o policial apresenta-se como comprador dos produtos ilícitos; a *pseudo-vente*, onde o agente demonstra ser vendedor de tais produtos; o *flash-roll*, em que o infiltrado exhibe quantia de dinheiro a fim de convencer os vendedores da mercadoria ilícita a “fechar negócio”; a *livrais on surveillé*, ou entrega vigiada, que consiste em vigiar o transporte, em determinado território, de mercadoria ilícita, retardando-se a interpelação dos investigados a fim de deter os responsáveis por ela e; *livrais on controle* é, semelhante à *livrais on surveillé*, mas na qual os próprios policiais transportam a mercadoria, responsabilizando-se pela entrega.¹²

O *Deep Cover*, que quer dizer “ação profunda” em tradução também livre, dura mais de seis meses e nesse nível é exigida a total imersão na estrutura da organização criminosa. Nesta fase o agente irá adentrar totalmente no meio criminoso,

¹² ONETO, Isabel. **O Agente infiltrado**: contribuindo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 82-83.

adotando identidades falsas, por exemplo, e não tendo mais contato regular com a família ou amigos pessoais.

O *Deep Cover*, segundo Isabel Oneto, também pode ser subdividido:

(...) pode-se dividir as operações deep cover, genericamente, em: stingoperation, na qual um agente, sob falsa identidade, monta uma empresa ou um estabelecimento comercial, alardeado que compra mercadoria ilícita ou roubada, com o objetivo de atrair para ele os investigados; honey-potoperation, em que o infiltrado abre um bar ou outro comércio, com a intenção de o transformar em um centro de encontros da criminalidade organizada; buy-bustoperation técnica de infiltração na qual o agente, aos poucos, adquire pequenas quantidades de drogas ou outros produtos ilícitos, sem que seu fornecedor seja detido, para assim efetuar sua inserção no meio criminoso e efetua a prisão do investigado apenas no momento em que efetua a compra de uma quantidade maior de produtos ilegais; e finalmente, a infiltration de réseaux ou de groupes, operação de infiltração mais ou menos longa de caráter genérico, em que o agente se infiltra no meio criminoso para assim recolher informações e provas sobre a preparação de crimes ou sua consumação.¹³

Nos termos do artigo 190-A, inciso III, da Lei 13.441/17, a infiltração virtual poderá ocorrer no prazo de noventa dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não extrapole setecentos e vinte dias, sendo explanada a real necessidade, a critério do Poder Judiciário.

4 DO AVANÇO TECNOLÓGICO DENTRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Com a chegada das novas tecnologias, um dos maiores desafios é a adequação da aplicação das normas penais a novos crimes praticados pelo ambiente virtual ou até mesmo no

¹³ ONETO, Isabel. **O agente infiltrado**: contribuindo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 83-84.

impedimento das facilidades virtuais no desempenho de tipos penais já previstos.

É nítido que o avanço tecnológico acabou facilitando a prática de atos ilícitos por meio da internet nos cenários virtuais. Os dados compartilhados nas redes sobem cada vez mais, fazendo com que os crimes se mostram mais frequente cometidos pelos meios digitais.

A Lei n. 12.737/12 tratou de tipificar criminalmente delitos informáticos, estabelecendo punição para determinados casos práticos, tal como a invasão de dispositivos mediante violação de mecanismos de segurança.

O grande avanço na tecnologia, no entanto, exigiu não menos avanço das funções virtuais de defesa. Com o crescimento das redes sociais e outras diversas formas de comunicação e exposição, a ação de certos grupos dedicados ao mal e não raras vezes muito bem preparados, especialmente no campo tecnológico, mirou o escorregadio “mundo” virtual, dificultando a ação policial do Estado.

5 DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

A Lei n. 12.850/2013, no artigo 10, disciplina os limites da atuação do infiltrado de maneira a não deixar claras as condutas:

Art.10. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexistente conduta diversa.¹⁴

O parágrafo único do artigo 10 aborda a causa de exclusão de culpabilidade por inexistência de conduta diversa, ou seja, para obter sucesso em sua infiltração, o agente terá que ganhar a confiança dos criminosos, e para isso

¹⁴ CURIA, Luiz Roberto, CÉSPEDES, Livia, ROCHA, Fabiana Dias da *Vade Mecum Saraiva*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1972.

não poderá se negar a participar dos atos, sendo que sem a sua participação também não ganhara a plena confiança dos mesmos, e não haveria resultado em seu objetivo.

Deste modo, irá ser excluída a culpabilidade apenas do agente infiltrado desde que, tenha sido impelido a praticar o crime dentro da organização e não excedendo os limites propostos.

Ainda o artigo 13 da Lei 12.850/2013, alega que o agente é responsável pelos excessos que praticar na infiltração, porém é majorada a opinião de que o agente infiltrado não será punido pelos crimes praticados enquanto estiver dentro da infiltração.

Portanto, se houver excesso em sua conduta o agente será penalizado, não ser quando tiver que agir para garantir o sucesso nas investigações:

Afinal, é certo que o agente, durante a infiltração, pode-se ver compelido, em maior ou menor grau, a cometer um ilícito, quer seja para demonstrar sua fidelidade e integração à organização criminosa, quer seja para preservar seus próprios bens jurídicos (incluindo vida, integridade física ou outros) e até mesmo para simplesmente preservar a idoneidade do seu disfarce.¹⁵

Ricardo Antônio Andreucci ainda afirma:

Aliás, a própria autorização judicial para a realização da infiltração indica que o fato continua típico e só é afastada a responsabilidade diante da existência daquela, exatamente porque delimita as possibilidades de atuação do agente¹⁶.

A responsabilidade penal do agente infiltrado é um assunto muito delicado para o legislador. O ordenamento jurídico se preocupou em não dar um “passe livre” ao agente para que o mesmo cometesse qualquer tipo de delito sem ter

¹⁵ PACHECO, Rafael. **Crime organizado**. p. 126.

¹⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Infiltração policial**: possibilidade. p. A24.

que responder por ele, lidando com inúmeras restrições atribuídas pelos legisladores para a sua utilização, sendo indispensável uma análise criteriosa acerca da sua real necessidade de aplicação

Resumidamente:

(...) a punibilidade do agente que atua de forma infiltrada é uma das questões mais angustiantes do direito penal contemporâneo, pois para a total integração do agente numa organização criminosa, a hipótese de praticar alguns crimes não pode ser descartada.¹⁷

6 DA INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 13.964/19

A recente Lei n. 13.964/19, chamada de “Pacote Anticrime”, trouxe uma verdadeira reforma e, de certo modo, melhorias ao ordenamento jurídico nacional, como nos artigos 10-A a 10-D da Lei n. 12.850/13:

Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos aos requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido

¹⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13 / Eduardo Araújo da Silva. São Paulo: Atlas, 2014.

atribuído no momento da conexão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverá ser registrado, gravados, armazenados e apresentados ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º É nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-D. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no caput deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)¹⁸.

A referida lei trouxe inovações a respeito da infiltração de agentes policiais, dando ênfase à infiltração virtual realizada pela internet.

Também no meio virtual, necessário frisar, a infiltração exigirá prévia autorização judicial e o envio dos relatórios de rotina elaborados pelo infiltrado.

Para segurança do policial e, possivelmente, para sucesso da empreitada investigativa, será possível o uso de nome falso no ambiente virtual durante a infiltração, não sendo criminalmente responsabilizado por tal ato.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo permitiu verificar que a infiltração está dentro de diversos meios e encontra justa base legal, mostrando que os agentes colocam sua vida e de suas famílias em “risco” para desempenho do papel investigativo com máxima eficiência.

O estudo também mostrou que a infiltração policial deve seguir as normas legislativas dentro da ética, da moralidade e, principalmente, da legalidade. Os agentes poderão, por exemplo, ter conhecimento a respeito de membros até então desconhecidos e verificar o *modus operandi* da organização, descobrindo rotas, locais e objetivos, informações que não

¹⁸ BRASIL. Lei n. 12.850 de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 nov. 2020

chegariam com tanta completude aos delegados e juízes. Os agentes devem respeitar todos os limites da obtenção probatória, não podendo praticar nenhum tipo de excesso capaz de fazê-los responder criminalmente.

O uso da prova colhida pelo infiltrado servirá perfeitamente como base para uma condenação penal, desde que esteja na linha de outros elementos probatórios e não haja ilegalidade na respectiva captação.

Devem ser respeitados todos os requisitos legais para evitar a ilicitude da prova e, por consequência, o risco de uma futura nulidade no processo. Num caso concreto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, como visto, as provas obtidas foram declaradas nulas porquanto o policial não tinha autorização judicial para atuar como infiltrado.

Viu-se também que a Lei n. 13.964/19, batizada de "Pacote Anticrime", foi responsável pela criação do chamado "policial infiltrado virtual", que está agora disciplinado pelo artigo 10-A da Lei n. 12.850/13, revelando-se de singular importância a infiltração para descoberta e apuração dos crimes cibernéticos, praticados num ambiente cada vez mais presente na vida das pessoas e que por vezes é utilizado para esconder o lastro deixado pela atividade criminosa.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Infiltração policial**. Op. cit., p. A24. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 912.865**. Sindicato de Hotéis Bares e Restaurantes de Brasília – SINDHOBAR. Tributário. Processo Civil. ICMS. ISS. Gorjetas. Incidência. Compensação. Acórdão. Omissão. Possibilidade de Integração. Art. 108 do CTN. Nulidade

declarada [...]. Relator: Min. Eliana Calmon, 14 de abril de 2009. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 12 de agosto de 2013**, Diário Oficial da União de 05 de agosto de 2013, Brasília. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.737/12**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12850/13 de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019**, Diário Oficial da União de 05 de agosto de 2013, Brasília. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2020.

CARLOS, André. FRIEDE, Reis. **Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. Acesso em: 17 nov. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO Ronaldo Batista, **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13), 3. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015. p. 17.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade Mecum Saraiva**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1972.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Gabriela. **CONJUR**. Disponível em: 2019-fev-26/stf-anula-provas-colhidas-pm-infiltrado-manifestacoes. Acesso em: 15 out. 2020.

JOHN, Lucas, **O agente infiltrado à luz do direito processual penal brasileiro**. Monografia (graduação em direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. p. 26-27.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado). São Paulo. 2010.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**. p. 75.

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado: contribuindo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 83-84.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2011.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**. p. 126.

SANTOS, Luciano Garcia. **JUS**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72000/a-infiltracao-policial-em-organizacoes-criminosas-como-meio-de-prova/4>. Acesso em: 08 out. 2020.

SANCHES, Henrique Gonçalves. **Canal ciências criminais**. Disponível em: canalcienciascriminais.com.br/agente-infiltrado-agente-de-inteligencia/. Acesso em: 10 out. 2020.

SANNINI NETO, Francisco. **Infiltração virtual de agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes>. Acesso em: 17 nov. 2020.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei no 12.850**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 120.

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER QUANDO AUSENTE PROVA TESTEMUNHAL

ANALYSIS OF CATARINIAN JURISPRUDENCE IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN WHEN ABSENT TESTIMONIAL EVIDENCE

**Diego Stapassoli Nunes¹
Gilse Pickler Bratti²**

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar as decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido de identificar a tendência das condenações nos casos de violência doméstica contra a mulher quando não há testemunha presencial do fato criminoso. A partir desse contexto, por meio de pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foram encontrados 93 processos julgados pelo citado Tribunal no período compreendido entre 01/01/2020 e 31/08/2020. Para o tratamento dos dados, foram analisados os processos coerentes com a temática, e após destacados os dados relevantes, foram organizados em uma tabela desenvolvida para esse fim e finalmente transcritos em forma de gráficos para melhor compreensão. Os resultados indicam que os crimes e contravenções mais comuns nesse contexto são: lesão corporal em 50% dos casos, seguido da ameaça em 36%, vias de fato em 6% dos casos. Já os demais, descumprimento de medida protetiva, constrangimento ilegal, estupro e perturbação da tranquilidade, com 2% cada. Verifica-se, além disso, que os meios de prova utilizados para a condenação foram: 39% dos casos a sentença foi proferida com base na palavra da vítima aliada ao laudo pericial; 37% dos casos baseou-se unicamente na palavra da vítima; 13% na palavra da vítima associada ao laudo pericial e ao depoimento

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: stapassoli@hotmail.com.

² Especialista em Direito Processual Penal. Assistente de Promotoria no Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Professora das disciplinas de Direito Penal I e Direito Processual Penal II na FUCAP-Univinte. E-mail: gilse_bratti@hotmail.com.

policial; nos demais casos, 8% quando a palavra da vítima estava associada apenas ao depoimento policial e por fim, 3% quando houve a confissão do autor. O estudo revelou que quando se trata de violência doméstica contra a mulher, a posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é uniforme no sentido de dar uma valoração significativa para a palavra da vítima, reconhecendo a importância da sua voz. Concluiu-se que, à exceção de dois casos, todos os processos analisados pelo TJSC no período mencionado, enaltecem a importância da palavra de vítima, uma vez que quase na sua totalidade esse tipo de crime ocorre somente na presença da vítima e do autor. Importante destacar que sempre que possível, para uma decisão mais acertada, há a associação da palavra da vítima com o laudo pericial, além de levar em conta todo o contexto probatório do caso. Dessa forma, fica evidente o quanto valiosa é a palavra da mulher nos casos de violência doméstica.

Palavras-chave: Violência doméstica. Testemunha. Vítima. Depoimento.

Abstract: *The present work aims to analyze the decisions of the Santa Catarina's Court of Justice in order to identify the trend of condemnations in cases of domestic violence against women when there is no witness in person of the criminal fact. From this context, through a survey carried out on the website of the Santa Catarina's Court of Justice, 93 cases were found judged by the said Court in the period between 01/01/2020 and 08/31/2020. For the treatment of the data, the processes consistent with the theme were analyzed, and after highlighting the relevant data, they were organized in a table developed for this purpose and finally transcribed in the form of graphics for better understanding. The results indicate that the most common crimes and misdemeanors in this context are: bodily injury in 50% of the cases, followed by the threat in 36%, in fact in 6% of the cases. The others, non-compliance with protective measures, illegal constraint, rape and disturbance of tranquility, with 2% each. In addition, it appears that the means of evidence used for the conviction were: 39% of the cases the sentence was handed down based on the victim's word combined with the*

expert report; 37% of the cases were based solely on the victim's word; 13% at the word of the victim associated with the expert report and police testimony; in the other cases, 8% when the victim's word was associated only with police testimony and finally, 3% when the author confessed. The study revealed that when it comes to domestic violence against women, the position of the Santa Catarina Court of Justice is uniform in the sense of giving a significant value to the victim's word, recognizing the importance of her voice. It was concluded that, with the exception of two cases, all the processes analyzed by the TJSC in the mentioned period, highlighted the importance of the word victim, since almost entirely this type of crime occurs only in the presence of the victim and the perpetrator. It is important to highlight that whenever possible, for a more correct decision, there is the association of the victim's word with the expert report, in addition to taking into account the entire evidential context of the case. Thus, it is evident how valuable the woman's word is in cases of domestic violence.

Keywords: Domestic violence. Deposition. Victim. Witness.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objeto sintetizar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), nos casos envolvendo violência doméstica contra a mulher, ou seja, aqueles crimes que incidem na Lei nº 11.340/06³, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, em especial, aqueles casos em que não há presença de testemunhas no evento criminoso.

O tema em questão é de grande relevância para a sociedade, pois se trata de um crime onde o silêncio da vítima, na maioria dos casos, faz com que o agressor seja invisível para a justiça. Portanto, cabe realçar a importância de cada vez mais discutir o tema, pois essa espécie de crime reflete tanto no físico quanto no psicológico da vítima, deixando marcas, por

³ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

vezes, irreversíveis. Assim, mesmo que indiretamente, tornam-se um problema de saúde pública, pois as vítimas necessitarão de assistência do Estado para os seus tratamentos.

Desta forma, busca-se identificar qual a valoração que o TJSC dá para a palavra da vítima no processo penal envolvendo citados crimes, uma vez que na maioria dos casos se encontram na cena do crime somente ela e o autor.

Para tanto, serão apresentados os principais princípios norteadores do processo penal que se relacionam ao tema. Na sequência, serão abordados alguns meios de provas admitidos no processo penal, demonstrando a importância de cada um deles para a elucidação da verdade e conseqüentemente para uma decisão bem acertada.

Por fim, será realizada uma pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre o tema. Para tanto, serão utilizadas as palavras-chaves “violência doméstica” e “depoimento da vítima” e posteriormente serão analisadas decisões que tiverem como suporte a palavra da vítima, a fim de, como já dito, avaliar o tratamento dado a este tipo de prova.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Para a aplicação do Direito penal objetivo é imprescindível a atuação do Estado para a aplicação das normas. Ele é a única entidade dotada de poder soberano e titular exclusivo do direito de punir, destinado à coletividade como um todo e não dirigido àquela ou a esta pessoa.

Dessa forma, o processo penal deve-se submeter ao direito constitucional onde se encontram definidas as garantias constitucionais, e ainda, importantes também são os princípios do processo penal inseridos na Constituição da República.

Assim, antes de passarmos ao estudo dos julgados sobre o tema principal do presente trabalho, torna-se atrativo discutir-se alguns conceitos intimamente relacionados ao objetivo geral deste estudo, como os princípios que norteiam o processo penal, tendo em vista que se consideram por princípios, o conjunto de normas que devem ser seguidas por

todos os cidadãos, pois estes norteiam as leis e conduzem a um comportamento aceitável perante a sociedade.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Trata-se de um dos principais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, positivados no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, com o texto “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”⁴

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci esclarece:

O princípio da legalidade advém da Magna Carta (ano de 1215), com a finalidade de coibir os abusos do soberano. Estabelece somente constituir delito a conduta consagrada pela lei da terra (*by the law of the land*), vale dizer, os costumes, tão importantes para o direito consuetudinário. Com o passar do tempo a expressão transmutou-se para o devido processo legal (*due process of law*), porém seu significado não se alterou. Aliás, ampliou-se para abranger, além da vedação de punição sem prévia lei, outros princípios fundamentais, como a presunção de inocência, ampla defesa, o contraditório, dentre outros preceitos, enfim, sem os quais a justiça não atingiria seu status de dignidade e imparcialidade.⁵

De outro modo, tem-se o princípio da legalidade como uma garantia constitucional, pois decorre desse princípio a proteção de toda a sociedade contra possíveis arbítrios executados pelo Estado. Desta forma, desde que não seja proibido por lei, qualquer indivíduo tem total liberdade de realizar qualquer ato que bem entender.

Em outras palavras, uma pessoa só está obrigada a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de lei, conforme descreve Meirelles:

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal parte geral: esquemas & sistemas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.⁶

Portanto, ainda que não haja hierarquia entre os princípios, revela-se evidente tratar-se de um dos princípios mais importantes a serem seguidos no direito brasileiro, pois é por meio da sua observância que se impõem os limites de convivência em sociedade.

2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU *IN DUBIO PRO REO*

A presunção de inocência é uma garantia assegurada pela Constituição Federal de 1988, disposta no inciso LVII do artigo 5º, que estabelece que "[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."⁷

Neste contexto, a presunção referida tem por finalidade assegurar que o autor do crime seja considerado inocente até que o contrário seja provado, por todos os meios previstos em lei.

Nas palavras de Gomes Filho:

[...] a denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados; fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal as atividades estatais concernentes à repressão criminal.⁸

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37.

Ainda, no entendimento de Rangel,⁹ este princípio é utilizado sempre que o juiz, após analisar todo o processo, não estiver totalmente convencido de que ali há provas suficientes de autoria por parte do acusado.

Dessa forma, sempre que paira tal dúvida, o magistrado se vê obrigado a absolver o autor, dando a ele o benefício da dúvida.

Em outras palavras, a garantia da liberdade do acusado deve sempre prevalecer sobre a ambição do Estado em punilo, em consonância com o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, que assim descreve: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação”.¹⁰

2.3 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

A garantia de se ter uma justiça mais célere está evidenciada na redação do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a saber, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”¹¹

Neste prisma, se faz totalmente necessário que a justiça não tarde em dar uma resposta nos casos de violência doméstica, uma vez que essa morosidade pode vir a se materializar em fatalidade para a vítima.

Tal celeridade fica evidente também ao se analisar a Lei nº 13.894/2019, que alterou a Lei Maria da Pena (Lei nº 11.340/06¹²), sendo um dos pontos alterados justamente a

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 35.

¹⁰ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 19 ago. 2020.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

¹² BRASIL. **Lei n. 13.894, de 29 de outubro de 2019**. Altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Pena). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13894.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

agilidade do processo de separação de casais em casos de violência doméstica, em uma tentativa de dar a oportunidade da vítima de se livrar mais rapidamente de seu agressor.

2.4 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

A busca pela verdade real trata-se de um princípio muito importante no processo penal, pois faz com que o juiz deixe a sua posição de espectador, onde analisa somente o que chega a seu conhecimento, e não se contente com a suposta verdade que é trazida aos autos pelas partes.

Assim, o juiz pode valer-se da segunda parte do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, que disciplina: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”¹³

Portanto na busca pela verdade real, o juiz, a sua vontade, pode determinar a realização de diligências, tantas quantas forem necessárias, a fim de se aproximar o máximo possível da verdadeira realidade dos fatos, para então proferir uma decisão justa.

Sobre o assunto, ensina o professor Guilherme de Souza Nucci:

Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.¹⁴

¹³ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal.** São Paulo: RT. 1997. p. 65.

Além disso, os indivíduos envolvidos no processo possuem a autonomia de trazerem aos autos a verdade do que ocorreu. Por outro lado, tornam-se responsáveis pelas suas versões, podendo ser responsabilizados por eventuais tentativas de influenciar na verdade real dos fatos, seja para beneficiar ou prejudicar qualquer uma das partes.

3 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS PROVAS ADMITIDAS EM PROCESSO PENAL

Conforme demonstra Nery Junior,¹⁵ prova são meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico. Ou seja, todos aqueles meios pelos quais se comprovam, ou não, as informações contidas no processo, auxiliando o juiz em seu convencimento e decisão.

Neste tópico serão brevemente abordados os meios de prova que mais se alinham ao tema em questão, demonstrando a importância de cada um para a elucidação da verdade e, conseqüentemente, para uma decisão bem acertada do processo.

3.1 DEPOIMENTO PESSOAL

Para Nucci,¹⁶ o depoimento pessoal é um meio de prova pelo qual o juiz interroga a parte com a finalidade de elucidar a verdade dos fatos e a versão da vítima.

Neste sentido, o depoimento pessoal da vítima figura em uma linha muito tênue, uma vez que ela faz parte do fato criminoso e há uma grande probabilidade de sua palavra estar contaminada em razão de seu interesse pessoal,

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 631.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 76.

possivelmente para prejudicar o réu ou, em menor incidência, para beneficia-lo.

Dessa forma, Almeida salienta:

Com efeito, de regra, os delitos praticados mediante violência de gênero são levados a cabo no interior do ambiente residencial, de coabitação entre agente e vítima, de tal arte que, não raras as vezes, também se classificam como “clandestinos”, pois não há presença de testemunhas da agressão praticada contra a mulher, cabendo ao juiz, portanto, valer-se apenas da palavra da vítima para eventual condenação penal, contanto que esta se mostre segura e coerente, não se depreendendo motivos no processo para que se pudesse suspeitar de que teria razões a ofendida para deliberadamente imputar acusação falsa contra o acusado.¹⁷

Da mesma forma, para Nucci:

[...] a palavra isolada da vítima, sem testemunha a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução.¹⁸

É neste sentido que será analisada, no decorrer do presente trabalho, a importância da palavra da vítima como único meio de prova nos crimes que envolvam violência doméstica, já que muitas vezes, há a presença apenas da vítima e de seu agressor no local dos fatos.

3.2 PROVA TESTEMUNHAL

Entende-se como prova testemunhal aquela obtida por meio do relato, propriamente dito, prestado em juízo, daquelas pessoas que sabem de algo relevante ou presenciaram o fato criminoso analisado, auxiliando o juízo para o julgamento. Nas

¹⁷ ALMEIDA, Bruno Barcellos de. **A valoração da palavra isolada da vítima no processo penal brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-158/a-valoracao-da-palavra-isolada-da-vitima-no-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁸ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 457.

palavras de Capez,¹⁹ consiste ainda, em uma reprodução oral do que se encontra na memória daqueles que, não sendo parte, presenciaram ou tiveram notícia dos fatos da demanda.

Esta modalidade de prova por vezes é vista com ressalvas, pois, acredita-se que questões emocionais e psicológicas, e até mesmo, a própria capacidade de memorizar os fatos, são muito instáveis e suscetíveis a fatores externos que podem exercer grandes influências no momento de depor em juízo.

Nesse prisma, Lopes Junior e Di Gesu explicam que:

[...] o delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor.²⁰

Na tentativa de minimizar esses possíveis desvios da verdade, nosso ordenamento jurídico dá ao juiz o direito de gozar do livre convencimento ao conduzir o depoimento.

Ainda, cabe salientar que em muitas situações há dificuldade na colheita de provas testemunhais, principalmente nos crimes que envolvam violência doméstica, tendo em vista o receio das pessoas em testemunharem sobre determinado fato e se envolverem na relação do casal.

Portanto, para Giglio e Correia:

A prova testemunhal é valorada de acordo com a qualidade do depoimento prestado em juízo e deverá sempre ser observado o princípio da razoabilidade. O grau de instrução da testemunha, a segurança com que depõe, os pormenores aparentemente sem importância com os quais reveste os fatos são fatores que valorizam o depoimento.²¹

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 268.

²⁰ LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 175, jun. 2007. p. 2.

²¹ GIGLIO, Vagner D.; CORREIA, Claudio Giglio Vetri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 246.

3.3 PROVA PERICIAL

Em determinadas situações, faz-se necessário que o juiz tenha o auxílio de uma pessoa com conhecimento técnico e específico que irá elaborar um laudo e emitir um juízo de valoração sobre determinada situação, para que se possa chegar ao mais próximo possível da verdade dos fatos de forma imparcial, sendo uma alternativa imprescindível ao juiz, uma vez que é humanamente impossível dominar todas as áreas de conhecimento.

De acordo com os ensinamentos de Capez:

O termo 'perícia', originário do latim *peritia* (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotado de formação e conhecimento técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde de causa.²²

Nos casos que envolvam crimes que deixam vestígios, como nos casos de lesão corporal no âmbito da violência doméstica, a prova se dá por meio do exame de corpo de delito feito por um médico perito do Instituto Médico Legal. Com a realização do exame, o perito é capaz de identificar lesões nas vítimas e determinar se são provenientes da violência em questão, dando ainda mais subsídios para uma sentença acertada.

Cabe lembrar que o *caput* do artigo 158 do Código de Processo Penal torna indispensável a realização de perícia quando a infração deixar vestígios, não podendo supri-la a confissão do acusado. Entretanto, o artigo 167 do mesmo diploma legal afirma que não sendo possível a realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.²³

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 413.

²³ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

Interessante ressaltar que com a entrada em vigor da Lei nº 13.721/18²⁴, que alterou o artigo 158 do Código de Processo Penal, passou-se a dar mais celeridade aos exames de corpo de delito, estipulando prioridade quando se tratar de crime que envolva violência doméstica.

Ainda, recentemente, por meio da edição da Lei nº 13.964/19²⁵, entrou em vigor a cadeia de custódia, que incluiu os artigos 158-A e seguintes no Código de Processo Penal. Tal cadeia visa a coleta, guarda e manutenção dos vestígios do crime, garantindo a integridade da prova, deixando livre de contaminação. Dessa forma, pretende-se criar uma documentação cronológica das evidências do crime, com a finalidade de garantir a idoneidade e rastreabilidade dos vestígios para preservar a confiabilidade e transparência até que o processo seja concluído.

3.4 PROVA DOCUMENTAL

Dispõe o artigo 232 do Código de Processo Penal que se “consideram documentos qualquer escrito, instrumento ou papéis, públicos ou particulares,”²⁶ reconhecendo, em seu parágrafo único, o mesmo tratamento às fotografias dos documentos desde que devidamente autenticadas.

Vale destacar que essa definição vem sendo flexibilizada devido à atualidade tecnológica, pois também passam a ser aceitos nesse contexto qualquer objeto que possa vir a servir de comprovação de um ato ou fato relevante ao contexto, como fotos, desenhos, planilhas, e-mails, mensagens de aplicativos, dentre outro. Portanto, desde que se consiga comprovar a realidade de um fato, será aceito como

²⁴ BRASIL. **Lei nº 13.721, de 2 de outubro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13721.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L_13964.htm. Acesso em 20 ago. 2020.

²⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

prova, na medida em que que possa ser documentado nos autos.

Por fim, salienta-se que a prova documental muitas vezes é analisada em associação com outras espécies de provas, sendo a carga probatória de cada uma analisada pelo juiz no caso concreto.

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A violência doméstica contra a mulher é um problema social que remete há muito tempo. Ao longo dos anos a história revela o quão difícil é a vida da mulher, sempre tendo que, infelizmente, batalhar com intensidade maior do que os homens para conseguir conquistar seu espaço no meio social.

Para Dias:

A cultura da violência doméstica decorre das desigualdades no exercício do poder, levando assim uma relação de “dominante e dominado”, que apesar de se obter avanços na equiparação entre homens e mulheres, a ideologia patriarcal ainda vigora, e a desigualdade sociocultural é uma das principais razões da discriminação feminina.²⁷

Muitas conquistas já ocorreram para que conseguissem ter mais liberdade, porém, mesmo com esta nova realidade, ainda são muito elevados os casos de violência contra a mulher.

Vale lembrar que em nosso país a grande maioria das famílias tem como base estrutural o patriarcado, onde o homem tem o papel dominante sobre as mulheres. Desta forma, na maioria dos casos, o autor da violência se sente dono da vítima, pois entende que tem o poder sobre a família e sobre ela.

Na tentativa de frear a violência contra a mulher, em 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.340/06,²⁸ popularmente

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da penha na Justiça**: LEI 11.340/2006, da efetividade da lei de combate à violência doméstica familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15.

²⁸ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos que visam prevenir e coibir a violência doméstica, contando com proteção legal, de caráter repressivo e, ainda, preventivo e assistencial.

Sobre os objetivos da referida lei, ressalta Souza:

[...] as medidas preconizadas na Lei Maria da Penha constituem políticas e ações afirmativas no sentido de possibilitar que em relação à questão da violência, as mulheres alcancem o respeito a sua dignidade enquanto seres humanos, bem como a almejada igualdade de condições em relação aos homens, estando, portanto, em plena consonância com os ideais insertos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (art.1º, inc. III; art 5º, incs. I e III e art. 226, § 8º).²⁹

A violência doméstica pode surgir de diversas formas, desde ameaças ou agressões físicas, passando por abusos sexuais e, muitas vezes, acabando em feminicídio. Seja qual for a forma de forma de violência, o agressor age por puro menosprezo ao gênero da vítima ou sentimento de propriedade sobre ela.

Na tentativa de blindar ainda mais a vítima, prevenindo e coibindo qualquer forma de violência, a lei em questão inova ao prever medidas protetivas que visam proteger, principalmente, a mulher vítima de violência doméstica, além de seus familiares próximos.

Segundo a Lei Maria da Penha, no seu artigo 5º, considera-se violência doméstica contra a mulher:

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

²⁹ SOUSA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 38

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.³⁰

Com a vigência da Lei nº 11.340/06, iniciou-se grande discussão quanto à natureza da ação penal incidente nos crimes de lesão corporal de natureza leve cometidos contra a mulher no ambiente doméstico, pois o seu artigo 41 remete a seguinte redação: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”³¹

Assim, o entendimento quanto ao tipo de ação deveria passar a ser pública incondicionada e não mais pública condicionada como prevê a Lei nº 9.099/95 citada. Devido à falta de uniformidade quanto ao direcionamento do tipo de ação a ser aplicada nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4.424/DF,³² decidiu que ações que envolvam crime de lesão corporal no âmbito da violência doméstica devem ser consideradas públicas incondicionadas à representação, indiferente do grau da lesão sofrida.

Com esta decisão, a Suprema Corte visa ainda mais proteger a mulher do seu agressor, pois na maioria dos casos o autor coabita com a vítima, o que a impossibilitava de manter a representação, ficando o agressor muitas vezes impune.

³⁰ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

³¹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI nº 4.424-DF. Plenário do Supremo Tribunal Federal, Brasília-DF, 01 de agosto de 2014. Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Em outras palavras, entende-se que tal decisão permitiu que a mulher sintasse-se mais segura, pois com a ação sendo condicionada à representação da vítima, muitas mulheres acabavam por desistir de dar prosseguimento ao procedimento policial, possivelmente por pressão ou novas ameaças de seus agressores, ou ainda, por se sentirem dependentes financeiramente deles, não desejando seus afastamentos do lar em eventual caso de prisão.

Ainda, vale lembrar que a grande maioria dos casos de violência doméstica ocorrem dentro das próprias residências ou em situações onde a vítima e o autor se encontram sozinhos, sem testemunhas presenciais que possam servir de prova para o processo crime, sendo a palavra da vítima a única prova do fato criminoso.

Assim, tendo em vista a gravidade dos crimes relacionados à violência doméstica contra as mulheres, facilmente constatados pelo número crescente de vítimas, verificou-se a necessidade de entender em qual sentido estão rumando as decisões do TJSC e qual a efetiva valoração que a palavra da vítima tem neste contexto.

Dito isto, passaremos a análise das recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça Catarinense acerca do tema.

5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA NOS CASOS EM QUE NÃO HÁ TESTEMUNHAS PRESENCIAIS NOS CRIMES ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Aqui serão estudadas as jurisprudências sobre o tema em questão e analisada a importância e o valor que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina atribui, por meio de suas decisões, para a palavra das vítimas de violência doméstica.

5.1 METODOLOGIA DA PESQUISA

Para a análise dos dados, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina,

no dia 31 de agosto de 2020, utilizando-se como intervalo temporal o período compreendido entre 1º de janeiro de 2020 e 31 de agosto de 2020.

Para refinar a busca, utilizou-se um filtro com as palavras-chave “violência doméstica” e “depoimento da vítima” simultaneamente, sendo coletadas apenas as apelações criminais. Como resultado, obteve-se um total de 93 jurisprudências.

Após examinar as jurisprudências, buscou-se quantificar os elementos que possuem relação direta com o tema proposto e assim, eliminou-se aquelas que continham depoimentos de testemunhas ou informantes. Por outro lado, mantiveram-se aquelas que continham, além da palavra da vítima, a associação a um laudo pericial ou a um depoimento policial. Este último foi mantido por entender-se que o depoimento do policial é acerca do que presenciou na chegada ao local do fato e não sobre o fato em si, já que não estava presente no local no momento exato do crime.

Por fim, após feito todo o esclarecimento necessário para alinhar a pesquisa com o objetivo do estudo, chegou-se a um resultado de 38 jurisprudências a serem estudadas.

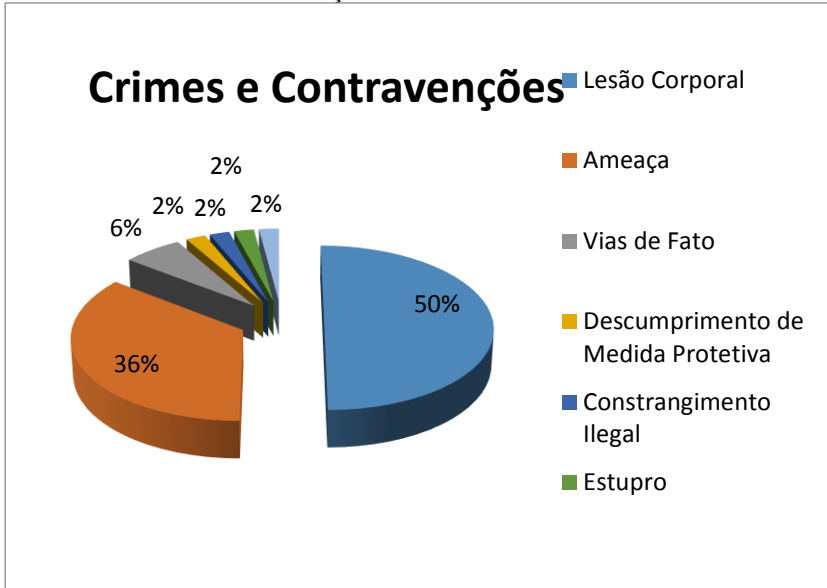
5.2 ANÁLISE DOS DADOS

Com base na metodologia utilizada e na pesquisa realizada, elaboraram-se os gráficos a seguir.

5.2.1 Crimes e contravenções

Como se trata de um tema sensível é pertinente observar quais os crimes e contravenções que mais incidiram no lapso temporal estudado. Assim sendo, o gráfico 1 apresenta os crimes e contravenções que estiveram associados à violência doméstica nas jurisprudências analisadas.

Gráfico 1 - Crimes e contravenções.



Fonte: Elaborado pelo autor, 2020.

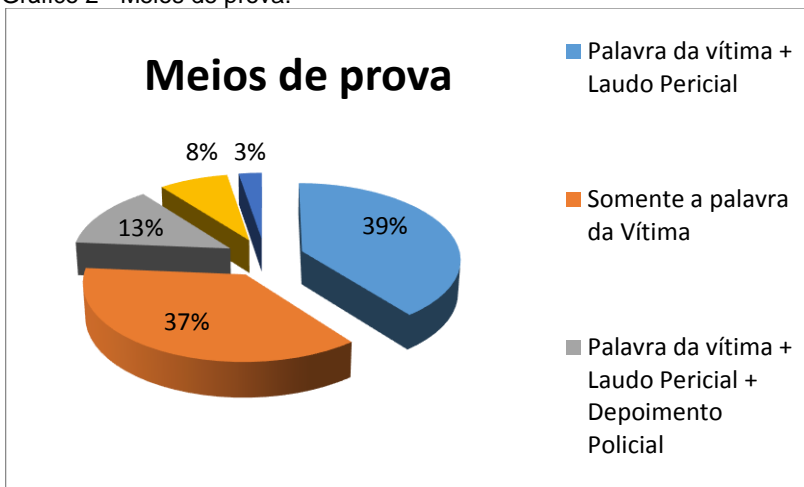
Nota-se que o crime que mais incide no âmbito da violência doméstica é a lesão corporal, em 50% (24) dos casos, seguido da ameaça, em 36% (17) dos casos. Por fim, o descumprimento de medida protetiva, constrangimento ilegal e estupro com 2% (1) cada.

No caso das contravenções penais, conforme aponta o mesmo gráfico, da totalidade da pesquisa, apareceram somente duas delas, a saber, a vias de fato em 6% (3) dos casos, seguida de perturbação da tranquilidade em 2% (1) do casos.

Cabe salientar que na análise dos crimes e contravenções, o total de incidência não relaciona-se com o total de jurisprudências estudadas, pois, por vezes, em um caso há mais de um crime ou contravenção.

5.2.3 Meios de prova

Gráfico 2 - Meios de prova.



Fonte: Elaborado pelo autor, 2020.

Neste ponto, o gráfico 2 revela o objetivo principal da pesquisa. Repara-se que em 39% (15) dos casos estudados a sentença foi proferida com base na palavra da vítima associada a um laudo pericial. Já em 37% (14) dos casos a sentença foi baseada unicamente na palavra da vítima. Vale atentar para o fato de que esses números refletem os crimes apontados no gráfico 1, a saber, lesão corporal e ameaça, onde o primeiro é comprovado com o laudo e o segundo, por óbvio, somente se comprova com a palavra da vítima.

Ainda, verificou-se que em 13% (5) dos casos, houve a presença da palavra da vítima associada ao laudo pericial e ao depoimento policial. Nos demais casos, 8% (3), a prova do crime foi a palavra da vítima associada apenas ao depoimento policial, que frisa-se, na maioria das vezes não presencia o fato criminoso, e 3% (1) quando houve a confissão do autor.

Analisando-se os desfechos de cada processo em debate, tem-se um total de 71% (27) dos recursos desprovidos. Importante citar que destes desprovidos, 92,6% (25) deles foram interpostos pela defesa que pleiteou a reforma da

condenação de primeiro grau, e somente 7,4% (2) foram interpostos pela acusação.

Nesse ponto, interessante destacar que os dois recursos interpostos pela acusação, foram desprovidos pelo TJSC por divergências entre a palavra da vítima e o laudo pericial, onde o laudo demonstrava indícios de crime e a vítima sustentava uma versão distinta daquela que prestou no início do processo.

Quanto aos recursos parcialmente providos, todos foram interpostos pela defesa e totalizaram 21% (8). A parcialidade do provimento foi em razão apenas da reanálise da dosimetria da pena.

Por último, 8% (3) dos recursos foram providos e todos foram interpostos pela acusação que buscava a reforma da sentença absolutória proferida em primeiro grau. A fundamentação para o provimento dos recursos foi justamente a presença da palavra da vítima aliada ao laudo pericial ou ao depoimento policial, provas consideradas suficientes para a condenação.

Como visto, portanto, no direito penal não existe um sistema tarifado de provas, ou seja, não há hierarquia entre as provas, entretanto, nos crimes envolvendo violência doméstica, a palavra da vítima possui sim uma relevância maior em relação às demais prova, como o interrogatório, por exemplo, sendo fato que para o Tribunal de Justiça Catarinense há possibilidade de condenação do réu com base unicamente na palavra da vítima, tendo em vista que a prática destes crimes muitas vezes ocorre às escondidas, na residência do autor e vítima, sem a presença de testemunhas.

Entretanto, importante ressaltar que nos crimes que deixam vestígios, como a lesão corporal, por exemplo, a palavra da vítima deve corroborar com o laudo pericial elaborado por perito, não bastando a palavra da vítima como prova isolada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a valoração que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina concede para a palavra da mulher, vítima de violência doméstica, sobretudo nos casos onde não há presença de testemunhas no momento do crime.

Toda a averiguação foi feita com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Para que a pesquisa fosse a mais fiel possível com o objetivo, foram feitos alguns filtros, descartando dados que não corroboravam com o tema, deixando de influenciar no resultado.

Para melhor compreensão, por meio de gráficos, demonstrou-se os principais meios de prova que embasam uma eventual condenação nos casos de violência doméstica. Dentre eles, com papel de importante destaque, a palavra da vítima, seja ela acolhida como única fonte de prova ou ainda associado a outros meios de prova.

Assim, torna-se evidente o relevante valor que a palavra da vítima tem para o TJSC em casos de violência doméstica. Esta importância ficou demonstrada em 37% (14) dos casos em que a sentença foi baseada unicamente na palavra da vítima e ainda, em 8% (3) em que o meio de prova foi a palavra da vítima associada apenas ao depoimento policial, onde esse, na maioria da vezes não presencia o fato criminoso.

Nos demais casos analisados, 55% (21), também foi possível notar a força da palavra da vítima, porém, corroborada a um laudo pericial ou a confissão do autor.

A importância dada ao testemunho da vítima é em decorrência de se tratar de um crime com algumas particularidades, dentre elas a forma como é cometido. Ou seja, na sua grande maioria estão presentes somente a vítima e o autor, não existindo outra forma de provar o fato criminoso senão a palavra da vítima.

Portanto conclui-se que para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a palavra da vítima é essencial para a formação de convicção suficiente para a condenação do acusado. Em

outras palavras, quando se trata de crimes no âmbito da violência doméstica, somente a palavra da vítima pode ser prova suficiente para a condenação do réu.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Barcellos de. **A valoração da palavra isolada da vítima no processo penal brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-158/a-valoracao-da-palavra-isolada-da-vitima-no-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.721, de 2 de outubro de 2018.** Altera o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13721.htm. Acesso em; 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.894, de 29 de outubro de 2019.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13894.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI n. 4.424-DF.** Plenário do Supremo Tribunal Federal, Brasília-DF, 01 de agosto de 2014. Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal.** Salvador: JusPodivm, 2016. p. 606.

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

GIGLIO, Vagner D.; CORREIA, Claudio Giglio Vetri. **Direito processual do trabalho.** 16. ed. São Paulo: saraiva, 2007.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 175, jun. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal parte geral: esquemas & sistemas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: RT. 1997.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUSA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2007.

A EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS

THE EFFECTIVENESS OF MEDIATION AND CONCILIATION AS AN EXTRA-JUDICIAL SETTLEMENT OF DISPUTES

Yuri Goulart Martins Medeiros¹
Maria Helena Backes²

Resumo: O presente trabalho aborda a possibilidade de administrar os conflitos através da utilização de métodos alternativos à sentença unilateral do magistrado, como a mediação, conciliação e arbitragem, com ênfase no acesso efetivo à justiça. Serão analisados os institutos da mediação, conciliação e arbitragem e como eles são tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro, tecendo algumas ponderações positivas, bem como dados do Conselho Nacional de Justiça e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos da Comarca de Tubarão/SC. A abordagem utilizada no presente estudo será realizada através do método dedutivo, o qual compreende a pesquisa bibliográfica, tendo como base a bibliografia disponível, artigos científicos e a legislação nacional.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Métodos consensuais de resolução de conflitos. Mediação. Conciliação. Arbitragem.

Abstract: *The present work addresses the possibility of managing conflicts through the use of alternative methods to the unilateral judgment of the magistrate, such as mediation, conciliation and arbitration, with emphasis on effective access to justice. The institutions of mediation, conciliation and arbitration will be analyzed and they are treated in the Brazilian Legal Order, giving some positive considerations, as well as*

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: yurigmmedeiros@gmail.com.

² Advogada. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Capes 6). Professora acadêmica nas áreas de Direito e Processo Civil. E-mail: profmariahelenabackes@gmail.com

data from the National Council of Justice and the Judicial Center for Conflict Resolution of the District of Tubarão/SC. The approach used in this study will be carried out through the deductive method, which comprises the bibliographic research, based on the available bibliography, scientific articles and national legislation.

Keywords: *Access to justice. Consensual methods of conflict resolution. Mediation. Conciliation. Arbitration.*

1 INTRODUÇÃO

O Acesso à Justiça é um princípio constitucional fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.³ Trata-se não somente do direito de pleitear mediante o Estado solução para conflitos, mas, acesso a um processo justo, efetivo e com razoável duração.

Com tal ideal, depreende-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva pressupõe um procedimento capaz de viabilizar a realização do direito material reivindicado e apto para pacificar controvérsias.

Um dos maiores óbices para o efetivo Acesso à Justiça é a lentidão da máquina judiciária, bem como as elevadas custas judiciais e ainda o próprio Sistema Brasileiro de Justiça.

Com as crescentes mudanças no cenário social, foram maiores as dificuldades encontradas pelo Estado para se adaptar e garantir tal direito. Como será abordado, iniciou-se uma busca por uma prestação jurisdicional mais célere, efetiva e pouco dispendiosa.

Na presente pesquisa, será abordado que tal prestação jurisdicional, se dá por meio da utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos, como a conciliação, arbitragem e mediação.

Referidos métodos, estimulam a pacificação social sem depender da intervenção única do Poder Judiciário. Proporcionam economia financeira tanto às partes, com as

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

custas processuais e honorários advocatícios, quanto aos cofres públicos, em razão dos gastos que envolvem a tramitação de um processo.⁴

Tais institutos são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e a sua apropriada disciplina nos programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.⁵

Ao final, será demonstrado por meio de gráficos, dados do Conselho Nacional de Justiça, obtidos da página oficial da Internet do CNJ. Ainda, dados concedidos pelo CEJUSC (Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania) da Comarca de Tubarão/SC.

2 ACESSO À JUSTIÇA

A Carta Magna Brasileira, reza no seu inciso XXXV do Artigo 5º, que o princípio constitucional do Acesso à Justiça é um direito fundamental.⁶ Mas como se dá a perfectibilização desse direito no Ordenamento Jurídico Brasileiro? Conforme Cappelletti e Garth, o Acesso à Justiça é o “sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios⁷ do Estado.”⁸ Havendo a promoção do Acesso à Justiça a toda sociedade, o sistema produzirá resultados que sejam individual e socialmente justos.⁹

Quando trata-se de acesso efetivo à justiça, disponível a todos, refere-se a completa “igualdade de armas” para travar a luta a qual reivindica-se o direito. Ocorre, contudo, que essa realidade perfeita é um tanto quanto utópica, como a vista por Rafael Hitlodeu na ilha de Utopia, o qual descreveu-a como

⁴ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao>. Acesso em: 1 jun. 2020.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Movimento pela conciliação**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em: 1 jun. 2020.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

⁷ Ou proteção.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

tendo “espetáculo de instituições e costumes,” sendo esse um “novo mundo.”¹⁰

2.1 AS “ONDAS RENOVATÓRIAS” DO ACESSO À JUSTIÇA

Por esse motivo, assaz importante é, mencionar e discorrer acerca das “ondas renovatórias de acesso à justiça,” elencadas por Cappelletti e Garth em sua obra “Acesso à Justiça,” na qual os autores fazem um estudo de direito comparado de como o Acesso à Justiça fora tratado em diversos países da Europa, e impactam positivamente para a resolução de conflitos.

A primeira “onda renovatória” que os autores identificaram, foi em meados de 1960, e visava a prestação de auxílio jurídico aos menos favorecidos economicamente na sociedade.¹¹ Atualmente, esse assunto é tratado na Constituição Federal¹², art. 5º, LXXIV e art. 134, sendo este último, acerca da Defensoria Pública, e o primeiro, acerca da gratuidade de justiça a quem comprová-la a necessidade.

Nesse sentido, o Código de processo Civil¹³, em seus arts. 98 e seguintes, definem gratuidade de justiça como sendo a dispensa dos pagamentos de taxas, custas e demais despesas processuais. Assegurando o direito da isenção das custas processuais.

A segunda “onda” é identificada na década de 1980, e diz respeito aos direitos difusos e coletivos em juízo, que necessitam de um representante para defendê-los, diferentemente dos direitos individuais.¹⁴ Aqui, mencionando o Ministério Público e as entidades de classe a título de exemplificação. Nesse mesmo estudo, auferiu-se que até mesmo o procedimento e estrutura do processo devem ser

¹⁰ MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Lafonte, 2017, p. 46.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31-48.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

¹³ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-66.

diferenciados para propiciar o devido acesso à justiça, quando a tutela em questão tratar de direitos coletivos.

A Ação Coletiva, por exemplo, versa sobre direitos difusos e coletivos na qual o autor defende a tutela de toda uma comunidade. O Código de Defesa do Consumidor, no art. 82, elenca os legitimados para propor a Ação Coletiva:

- I - o Ministério Público,
- II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
- IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.¹⁵

Ainda, há a utilização da Ação Civil Pública¹⁶ quando uma empresa ou pessoa física, seja particular ou funcionário público, viola o patrimônio público, o meio-ambiente, o patrimônio histórico ou qualquer um dos direitos difusos ou coletivos. O cidadão, associações e o Estado podem valer-se desse meio para exigir e garantir a punição do responsável e a reparação do dano causado.

Na terceira “onda renovatória”, Cappelletti e Garth trazem algo totalmente diferente das duas primeiras. A referida onda “inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*” (grifo do autor). Ela centra sua atenção no “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.”¹⁷

Nesta última, a renovação objetiva uma prestação jurisdicional mais célere e mais efetiva. Porém, não é algo

¹⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078/compilado.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67-68.

longe, impalpável ou até mesmo utópico. Ela verifica-se através de reformas no procedimento.

No contexto fático, esta “onda”, é encontrada, por exemplo, na antecipação de tutela do procedimento comum cível, o que antes da implementação deste fator no ordenamento jurídico, que ocorreu em 1994, se alcançava somente em procedimentos específicos, como ações possessórias.¹⁸

Um outro exemplo efetivo deste terceiro ponto, foi a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, através da Lei 9.099/95, visando a celeridade e a facilitação no Acesso à Justiça.¹⁹

2.2 PREJUDICIAIS DO ACESSO À JUSTIÇA

O Acesso à Justiça sofre prejudiciais, tais como algumas elencadas por Cappelletti e Garth: as custas judiciais e o tempo da demanda.²⁰ Algo que inviabiliza tal direito é ainda o próprio Sistema Brasileiro de Justiça.

Com a ascensão do sistema capitalista que engloba a sociedade, instituiu-se um modelo pelo qual uma parte da população é privilegiada em detrimento da outra. De forma assertiva, Boaventura de Souza Santos afirma:

Quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão, menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.²¹

¹⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Ondas renovatórias do acesso à justiça e as "tábuas de maré" do sistema jurídico.** Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-25/tribuna-defensoria-ondas-renovatorias-acesso-justica-tabuas-mare>. Acesso em: 10 out 2020.

¹⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Ondas renovatórias do acesso à justiça e as "tábuas de maré" do sistema jurídico.** Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-25/tribuna-defensoria-ondas-renovatorias-acesso-justica-tabuas-mare>. Acesso em: 10 out 2020.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15-20.

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 170.

Acerca do tema, deve-se encará-lo como o problema-base, que desencadeia todas as demais prejudiciais, haja vista todo processo ter seus gastos (desde as custas processuais aos honorários advocatícios), o que se torna um óbice aos menos favorecidos economicamente quando têm a necessidade de recorrerem ao auxílio do Poder Judiciário.

Abordando o tempo da demanda, o art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal estabelece que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”²² Ocorre, contudo, conforme estudo realizado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina²³, compreendendo os processos que tramitaram na esfera cível entre os anos de 2018 e 2019, o período mínimo para que uma demanda tenha a sua sentença é de 1.352 dias, o que dá, em média, três anos e oito meses por processo na Justiça Comum. E na fase de execução, o número dobra, cerca de seis anos e nove meses.²⁴

Tal situação pode gerar graves problemas às partes, bem como à sociedade como um todo. Com a morosidade processual, acarretam-se danos econômicos, imobilizando bens, favorecendo a insolvência e ainda acentuando a discriminação entre aqueles que têm a oportunidade de esperar (os que têm poder aquisitivo elevado) e os que esperando, têm tudo a perder.²⁵

O Sistema Brasileiro de Justiça não condiz com a realidade a qual está inserido. Pois apresenta um modelo sistemático que produz resultados que não conseguem acompanhar os desdobramentos da sociedade.²⁶ Acerca do Sistema Brasileiro de Justiça, José Murilo Carvalho aborda:

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

²³ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa-/duracao-de-processo-e-tres-vezes-menor-nos-juizados-especiais-do-que-na-justica-comum?inheritRedirect=true>. Acesso em: 10 set. 2020.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020, p. 178.

²⁵ NETO, Elias Marques Medeiros. **O tempo e o processo - Um convite à eficiência**. Direito Net. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1489/O-tempo-e-o-processo-Um-convite-a-eficiencia>. Acesso em: 16 set 2020.

²⁶ GONÇALVES, Gracy Lima. DA CRUZ, Luana Quental Leônidas. **Os obstáculos para o acesso à justiça e os meios alternativos para a resolução dos conflitos**. Jus Navigandi. Disponível em:

Uma vez instaurado o processo, há o problema da demora. Os tribunais estão sempre sobrecarregados de processos, tanto nas varas cíveis como nas criminais. Uma causa leva anos para ser decidida. [...] Entende-se, então, a descrença da população na justiça e o sentimento de que ela funciona apenas para os ricos, ou antes, de que ela não funciona, pois os ricos não são punidos e os pobres não são protegidos. A parcela da população que pode contar com a proteção da lei é pequena, mesmo nos grandes centros. Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe, os privilegiados, os "doutores", que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. Os "doutores" são invariavelmente brancos, ricos, bem vestidos, com formação universitária. São empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais e urbanos, políticos, profissionais liberais, altos funcionários. Frequentemente, mantêm vínculos importantes nos negócios, no governo, no próprio Judiciário. Esses vínculos permitem que a lei só funcione em seu benefício. [...] Ao lado dessa elite privilegiada, existe uma grande massa de "cidadãos simples", de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. Podem ser brancos, pardos ou negros, têm educação fundamental completa e o segundo grau, em parte ou todo. Essas pessoas nem sempre têm noção exata de seus direitos, e quando a têm carecem dos meios necessários para os fazer valer, como o acesso aos órgãos e autoridades competentes, e os recursos para custear demandas judiciais. Frequentemente, ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados. [...] Para eles, existem os códigos civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta. Finalmente, há os "elementos" do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos,

ou com educação fundamental incompleta. Esses "elementos" são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência lhes ensinou que ele quase sempre resulta em prejuízo próprio. Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade. [...] Para eles vale apenas o Código Penal.²⁷

Não há dúvidas de que, para certos indivíduos desfavorecidos economicamente, a segurança à tutela dos seus direitos pode tornar-se uma promessa vazia e sem significado se o ordenamento não dispuser instrumentos que possibilitem a defesa de seus direitos.²⁸

O direito do Acesso à Justiça só será concretizado se a justiça estiver ao alcance de todos, sem óbices de natureza econômica que impeçam o exercício do direito fundamental à tutela efetiva e adequada por qualquer cidadão.²⁹

Neste ínterim, é importante destacar que todo o discurso envolvendo os custos do processo é insuficiente para a efetivação de um Acesso à Justiça pleno. É necessário, em complemento, introduzir técnicas de gerenciamento de processos e promover também alternativas não judiciais de resolução de conflitos que permitam uma entrega mais barata e eficiente do serviço de justiça.³⁰

²⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: O longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 204-205. Disponível em: <https://necad.paginas.ufsc.br/files/2012/07/CARVALHO-Jos%C3%A9-Murilo-de.-Cidadania-no-Brasil1.pdf>. Acesso em: 18 set 2020.

²⁸ ABREU, Rafael. **O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC**. RKL Advocacia. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/o-problema-dos-custos-do-processo-e-sua-regulamentacao-pelo-novo-cpc/>. Acesso em: 11 out. 2020.

²⁹ ABREU, Rafael. **O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC**. RKL Advocacia. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/o-problema-dos-custos-do-processo-e-sua-regulamentacao-pelo-novo-cpc/>. Acesso em: 11 out. 2020.

³⁰ ABREU, Rafael. **O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC**. RKL Advocacia. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/o-problema-dos-custos-do-processo-e-sua-regulamentacao-pelo-novo-cpc/>. Acesso em: 11 out. 2020.

3 FORMAS DE RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS

Como consequência natural da “terceira onda renovatória”, diversos instrumentos de pleno acesso à justiça e de participação da sociedade foram criados, visando a ampliação dos mecanismos de acesso à justiça, não apenas pela via judicial, mas com a implementação de políticas públicas de incentivo a conciliação, arbitragem e mediação como métodos efetivos para resolução de conflitos.

3.1 DO CONTEXTO HISTÓRICO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, registra, em seu preâmbulo, a justiça entre os valores supremos da sociedade, fundando-se na harmonia social e na solução pacífica de conflitos as diretrizes de nosso sistema, bem como previu a criação dos Juizados Especiais, os quais seriam competentes para conciliar em causas de menor complexidade.

A Lei n. 8.952/1994³¹, nos Arts. 125 e 331, alterou o CPC/73 para incluir a conciliação entre os deveres do Juiz e inseri-la como uma das finalidades da audiência preliminar.

O art. 2º da Lei n. 9.099/1995³² transformou o espírito dos Juizados em princípios e com um processo simplificado, célere, que dispensa o advogado (até 20 salários mínimos), sem custas, exceto se houver recurso, prioriza a conciliação como o melhor meio para solucionar as controvérsias.

Em 2004, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, iniciou-se um processo de consolidação das políticas públicas voltadas para a resolução de conflitos, e que, em 2010,

³¹ BRASIL. **Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

³² BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

culminou com a aprovação da Resolução nº 125³³, instituindo a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Considerando o direito de Acesso à Justiça como uma ordem jurídica justa e com soluções efetivas, estimulando a conciliação, a mediação e arbitragem como instrumentos de pacificação social, aptos a reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses.

Conforme a concepção atual, a conciliação, a mediação e a arbitragem integram, em conjunto com a jurisdição, um modelo que é chamado de Justiça Multiportas. A ideia deste conceito é que a atividade jurisdicional estatal não é a única nem a principal opção das partes para colocarem fim ao litígio, existindo outras possibilidades de pacificação social. Assim, para cada tipo de litígio existe uma forma mais adequada de solução. A jurisdição estatal é apenas mais uma dessas opções.³⁴

A partir da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça iniciou-se a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas, para ser um local de resolução de disputas.³⁵ Leonardo Carneiro da Cunha, resume de forma assertiva: “Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado.”³⁶

A Lei da Mediação³⁷ representa o marco legal do instituto, regulamentando minuciosamente o meio consensual

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125, de 29 nov. 2010**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 16 out 2020.

³⁴ FECEMA. **Justiça multiportas**: conciliação, mediação e arbitragem. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/arquivos/3167>. Acesso em: 13 nov. 2020.

³⁵ FECEMA. **Justiça multiportas**: conciliação, mediação e arbitragem. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/arquivos/3167>. Acesso em: 13 nov. 2020.

³⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 637.

³⁷ BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da

e disciplinando o procedimento de mediação entre particulares, a prática da mediação judicial e da mediação extrajudicial, além de prever o uso desse método consensual de resolução de conflitos por parte da Administração Pública.³⁸

Ainda, no ano de 2015, alterou-se o instituto da arbitragem³⁹, que pode solucionar questões relativas a direitos que tenham valor econômico e que possam ser comercializados ou transacionados livremente por seus donos. Problemas advindos de contratos em geral (inclusive de sociedade) ou casos que envolvam a responsabilidade civil, como acidentes, podem ser solucionados através da arbitragem.⁴⁰

O Código de Processo Civil, por sua vez, nos arts. 3º, 165 e seguintes, valoriza o papel da mediação e da conciliação dentro da atividade jurisdicional, prevendo-as como instrumentos de pacificação do litígio e que deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.⁴¹

Referido instituto, tornou-se tão importante que, após o recebimento e acolhimento da petição inicial, o Juiz deve designar audiência de conciliação ou de mediação, mesmo se uma das partes demonstrar desinteresse. Visando uma forma de solucionar conflitos de forma rápida e eficaz, fazendo com que não haja aglomeração de processos no Judiciário. E ainda, sendo mais possível chegar a uma solução que agrada, ainda que parcialmente, a ambos, enquanto a decisão unilateral do juízo pode beneficiar somente um dos lados.⁴²

administração pública. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

³⁸ MIGALHAS. **Lei de mediação completa 2 anos**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/261033/lei-de-mediacao-completa-2-anos>. Acesso em: 30 out. 2020.

³⁹ BRASIL. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13129.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

⁴⁰ AVALLONE, Erica. **O que você precisa saber sobre arbitragem**. JusBrasil. Disponível em: <https://ericaavallone.jusbrasil.com.br/artigos/307533197/o-que-voce-precisa-saber-sobre-arbitragem>. Acesso em: 30 out 2020.

⁴¹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

⁴² SOUZA, Thiago dos Santos. **Audiência de conciliação: novo CPC**. JusBrasil. Disponível em: <https://thisouza.jusbrasil.com.br/artigos/699558803/audiencia-de-conciliacao-novo-cpc>. Acesso em: 30 out 2020.

3.2 DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Por muitos anos, os princípios mencionados acima, quais sejam, a conciliação, mediação e arbitragem, foram interpretados de forma restritiva: os processos judiciais poderiam ser resolvidos somente pela heterocomposição, ou seja, sentença do magistrado.

Juntamente com os grandes avanços na legislação, criaram-se métodos que fogem da chamada “cultura da sentença”, como por exemplo, a conciliação, mediação e arbitragem buscando a autocomposição.

Roberto Portugal Bacellar, define a conciliação da seguinte forma:

É o processo técnico, desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que um terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a partir da lide, que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial.⁴³

Na conciliação, o facilitador (o terceiro imparcial) da conversa, interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito, conforme dispõe o art. 165, § 2º do Código de Processo Civil.⁴⁴

A escolha do referido método se dá conforme o tipo de conflito. Para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, aconselha-se o uso da conciliação; para conflitos subjetivos, nos quais exista relação entre os envolvidos ou desejo de que tal relacionamento perdure, indica-se a mediação, conforme será abordado. Entretanto, muitas vezes, somente durante o procedimento, é identificado o meio mais adequado.⁴⁵

⁴³ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**: coleção saberes do direito. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Qual a diferença entre conciliação e mediação?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/qual-a-diferenca-entre-conciliacao-e-mediacao/#:~:text=Na%20concilia%C3%A7%C3%A3o%2C%20o%20terceiro%20facilitador,elas%20mesmas%20proponham%20solu%C3%A7%C3%B5es%20>(art. Acesso em: 18 out. 2020).

Já a mediação, pode ser definida da seguinte forma, conforme o Conselho Nacional de Justiça:

Mediação é uma conversa/negociação intermediada por alguém imparcial que favorece e organiza a comunicação entre os envolvidos no conflito. De acordo com o Código de Processo Civil⁴⁶, o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que possam, por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º).⁴⁷

A mediação facilita, e muitas vezes reconstrói, o diálogo entre as partes, para que elas mesmas proponham soluções. E seu “objetivo de construção de acordo, serve à comunicação das partes em que a eficácia de resultados exige a devida negociação e, sobretudo, privilegie o bom senso”⁴⁸. Principalmente em processos da área de Família, se consegue reestabelecer vínculos familiares perdidos há muito tempo, e que não houvera oportunidade de diálogo anteriormente.

Isso porque, o mediador consegue:

(...) constituir um procedimento baseado num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia e do direito.⁴⁹

E é, também, como tal, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador, que busca, por meio da restauração do diálogo, trazer às partes uma reflexão acerca da demanda, e por consequência, a solução do conflito.

⁴⁶ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O que é mediação?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/>. Acesso em: 19 out 2020.

⁴⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 10.

⁴⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 59.

Dentre os métodos consensuais de solução de conflitos, há ainda a arbitragem. Carlos Eduardo Vasconcelos, de forma didática, leciona:

Trata-se de instituto com duas naturezas jurídicas que se completam: a contratual e a jurisdicional. Pelo contrato as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, sujeita, no entanto, a princípios de ordem pública, como os da independência, da imparcialidade, do “livre” convencimento do árbitro, do contraditório e da igualdade.⁵⁰

No instituto da arbitragem,⁵¹ vê-se a aplicação da autonomia da vontade das partes, em que assumem uma cláusula contratual de compromisso, antes mesmo da judicialização do conflito, ou até mesmo quando há o conflito judicial entre os litigantes.

Uma das grandes vantagens é que há a possibilidade de escolher árbitros especialistas na matéria em discussão. Esse método possibilita soluções rápidas, que contemplam o dinamismo da vida moderna.⁵² Geralmente a arbitragem se dá através de pessoa jurídica constituída para esse fim, e é chamada de “câmara de arbitragem”.

Essa câmara funciona como um pequeno juízo, possuindo regulamento próprio ao qual as partes estarão submetidas. Possuem, também, secretaria, sistema de intimação e sala de audiências.⁵³

4 A EFETIVIDADE DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A seguir, será demonstrado por meio de gráfico os resultados obtidos das conciliações e mediações pelo CNJ, em

⁵⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 63.

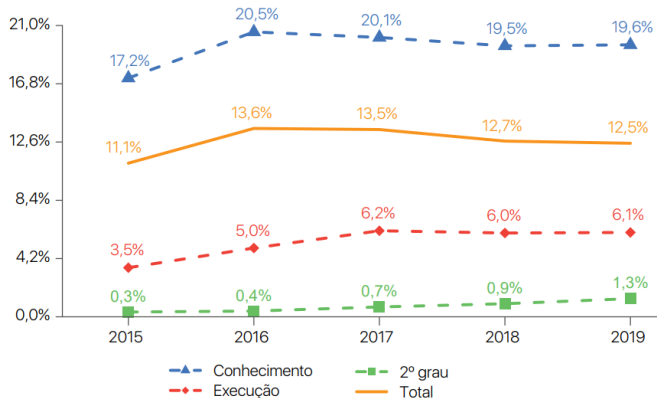
⁵¹ BRASIL. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

⁵² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 64.

⁵³ TAVARES, Paulo Vitor de Sousa. **Arbitragem no Brasil**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/arbitragem-no-brasil/>. Acesso em: 21 out. 2020.

âmbito nacional.⁵⁴

Gráfico 1 - resultados obtidos das conciliações e mediações pelo CNJ.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.

No gráfico, identifica-se o percentual de sentenças homologatórias de acordo, comparativamente ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. Em 2019, 12,5% dos julgados foram por meio de sentenças homologatórias de acordo, índice que aponta para redução pelo terceiro ano consecutivo. Na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2019, a 6,1% do total de sentenças, e na fase de conhecimento, a 19,6%.⁵⁵

Destaca-se, ainda, o impacto do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016 e trouxe destaque para a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Em três anos, o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu 5,6%, passando de 3.680.138 no ano de 2016 para 3.887.226 em 2019. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 228.782 sentenças homologatórias de acordo (6,3%).⁵⁶

Por sequência, será demonstrado através de gráficos os resultados obtidos das conciliações e mediações pelo Centro

⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020, p. 171.

⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020, p. 171.

⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020, p. 171.

Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), da comarca de Tubarão/SC, no ano de 2019, na forma presencial, e no ano de 2020, a partir de agosto, na forma virtual, através de videoconferência.

Ressalta-se, ainda, as atribuições dos CEJUSC's, que são unidades do Poder Judiciário às quais compete, preferencialmente, a realização das sessões e audiências de conciliação e de mediação a cargo de conciliadores e mediadores, bem como o atendimento e a orientação aos cidadãos que possuem dúvidas e questões jurídicas.⁵⁷

Tabela 1- Resultado das audiências de Conciliação/Mediação realizadas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – 2019.

	Exitosas	Inexitosas	Prejudicadas	Total
Março	71	3	21	95
Abril	32	12	37	81
Maiο	23	18	15	56
Junho	47	17	11	75
Julho	41	7	0	48
Agosto	35	19	5	59
Setembro	38	11	21	70
Outubro	53	25	20	98
Novembro	28	12	20	60
Dezembro	30	11	5	46
Total	398	135	155	688

Fonte: Elaborado pelo autor.

Tabela 2 - Resultado das audiências de Conciliação/Mediação realizadas por meio de videoconferência, no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – agosto de 2020 a março de 2021.

	Exitosas	Inexitosas	Prejudicadas	Total
Agosto	8	4	2	14
Setembro	10	15	10	35
Outubro	9	7	8	24
Novembro	37	28	22	87
Dezembro	24	14	16	54
Janeiro	1	-	1	2
Fevereiro	41	17	14	72
Março ⁵⁸	19	15	14	48
Total	149	100	87	336

Fonte: Elaborado pelo autor.

⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

⁵⁸ Dados da primeira quinzena do mês de março de 2021.

Depreende-se da tabela 1, excluindo-se tão somente as audiências prejudicadas, as que não vieram a ocorrer, que o índice de acordo fora de 75%, haja vista terem restado exitosas 398 audiências e 135 audiências inexitosas.

Com o advento das audiências virtuais, a adaptabilidade das partes e dos advogados mostrou-se necessária, contudo, apesar de ser o início, os números positivos perduram, haja vista, das audiências realizadas, obteve-se 59,8% de acordo entre as partes. (Tabela 2)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou tratar da eficácia da mediação, conciliação e arbitragem como métodos efetivos para resolução de conflitos, priorizando o efetivo Acesso à Justiça

O tempo da demanda, as altas custas para manter um processo no Poder Judiciário e o próprio Sistema Brasileiro de Justiça corroboram para o malefício da resolução do conflito, e não propiciam a solução efetiva para as demandas.

Depreende-se que, para o real alcance da efetividade do processo, é necessária a utilização de mecanismos que permitam que os diversos preceitos e garantias fundamentais, sejam cumpridos de forma plena, permitindo, a todo cidadão, o concreto Acesso à Justiça, tais como os métodos de solução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem), para o alcance de uma ordem jurídica justa, célere e de qualidade.

Tais métodos atuam como “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas.”⁵⁹ Tratando-se de uma prestação jurisdicional mais célere e mais efetiva.

As vantagens do uso dos métodos consensuais de solução de conflitos são: mais respeito à vontade dos envolvidos, mais controle sobre o procedimento (que pode ser suspenso e retomado), privacidade, cumprimento espontâneo

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67-68.

das combinações ajustadas, mais satisfação e, por consequência, rapidez e economia.⁶⁰

Até mesmo quando não é celebrado um acordo imediatamente, o uso do meio consensual propicia vantagens como a preservação da relação, a melhor compreensão da disputa e o estreitamento de pontos que depois poderão ser submetidos a uma decisão.⁶¹

Efetivamente, o que incentiva a sociedade e o judiciário a eleger os métodos consensuais de resolução dos conflitos, são os baixos custos, a curta duração da demanda, o grande número de casos no judiciário, e a obtenção de soluções eficientes.⁶²

Dessa forma, para que a via consensual possa prosperar de forma categórica, os operadores do direito precisam se abrir a novas perspectivas, para que esses meios de resolução de conflitos possam se revelar de forma produtiva e útil à sociedade.

A aplicação da autocomposição evita a lógica do litígio, já impregnado no judiciário, e visa propiciar um ambiente favorável a soluções criativas e resultados satisfatórios.

REFERÊNCIAS

AVALLONE, Erica. **O que você precisa saber sobre arbitragem.** JusBrasil. Disponível em: <https://ericaavallone.jusbrasil.com.br/artigos/307533197/o-que-voce-precisa-saber-sobre-arbitragem>. Acesso em: 30 out 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem: coleção saberes do direito.**São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quais as vantagens da utilização de um método consensual de solução de conflitos?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quais as vantagens da utilização de um método consensual de solução de conflitos?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/>. Acesso em: 19 out 2020.

⁶² PANERARI, Carolina Sena. **Os benefícios da conciliação e da mediação no processo civil brasileiro.** JusBrasil. Disponível em: <https://carolinapanerari.jusbrasil.com.br/artigos/466038617/os-beneficios-da-conciliacao-e-da-mediacao-no-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 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 e dá outras

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.** Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de mediação judicial.** Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O que é mediação?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/>. Acesso em: 19 out 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020.** Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quais as vantagens da utilização de um método consensual de solução de conflitos?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/>. Acesso em: 19 out 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Qual a diferença entre conciliação e mediação?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/qual-a-diferenca-entre-conciliacao-e-mediacao/#:~:text=Na%20concilia%C3%A7%C3%A3o%2C%20o%20terceiro%20facilitador,elas%20mesmas%20proponham%20solu%C3%A7%C3%B5es%20>(art. Acesso em: 18 out 2020).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 nov. 2010.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Movimento pela conciliação.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em: 1 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Disponível em: <https://necad.paginas.ufsc.br/files/2012/07/CARVALHO-Jos%C3%A9-Murilo-de.-Cidadania-no-Brasil1.pdf>. Acesso em: 18 set 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FECEMA. **Justiça multiportas: conciliação, mediação e arbitragem.** Disponível em: <http://www.fecema.org.br/arquivos/3167>. Acesso em: 13 nov. 2020.

GONÇALVES, Gracy Lima; CRUZ, Luana Quental Leônidas da. **Os obstáculos para o acesso à justiça e os meios alternativos para a resolução dos conflitos.** Jus Navigandi.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62758/os-obstaculos-para-o-acesso-a-justica-e-os-meios-alternativos-para-a-resolucao-dos-conflitos>. Acesso em: 16 set 2020.

MIGALHAS. **Lei de mediação completa 2 anos**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/261033/lei-de-mediacao-completa-2-anos>. Acesso em: 30 out 2020.

MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Lafonte, 2017.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação o conflito e a solução**. São Paulo: Arte Paubrasil, 2000.

NETO, Elias Marques Medeiros. **O tempo e o processo: um convite à eficiência**. Direito Net. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1489/O-tempo-e-o-processo-Um-convite-a-eficiencia>. Acesso em: 16 set 2020.

PANERARI, Carolina Sena. **Os benefícios da conciliação e da mediação no processo civil brasileiro**. JusBrasil. Disponível em: <https://carolinapanerari.jusbrasil.com.br/artigos/466038617/os-beneficios-da-conciliacao-e-da-mediacao-no-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 11 nov. 2020.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/duracao-de-processo-e-tres-vezes-menor-nos-juizados-especiais-do-que-na-justica-comum?inheritRedirect=true>. Acesso em: 10 set. 2020.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao>. Acesso em: 1 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Ondas renovatórias do acesso à justiça e as "tábuas de maré" do sistema jurídico.** Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-25/tribuna-defensoria-ondas-renovatorias-acesso-justica-tabuas-mare>. Acesso em: 10 out 2020.

SOUZA, Thiago dos Santos. **Audiência de conciliação: novo CPC.** JusBrasil. Disponível em: <https://thiisouza.jusbrasil.com.br/artigos/699558803/audiencia-de-conciliacao-novo-cpc>. Acesso em: 30 out 2020.

TAVARES, Paulo Vitor de Sousa. **Arbitragem no Brasil.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/arbitragem-no-brasil/>. Acesso em: 21 out 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO POR ATO DE INDIGNIDADE

INVERSE AFFECTIVE ABANDONMENT AS A CAUSE OF EXCLUSION OF SUCCESSION BY ACT OF INDIGNITY

Cledson Rodrigues¹
Sandra Muriel Zadroski Zanette²

Resumo: Esse artigo busca analisar o abandono afetivo inverso como causa de exclusão da sucessão por ato de indignidade. Sua análise está centrada no Direito das Sucessões, com intuito de estimular a pesquisa e valorizar o tema à luz de um olhar atento e rigoroso para os idosos abandonados pelos filhos. Espera-se como resultado despertar futuras ações do legislativo e do poder judiciário quanto à questão do abandono afetivo inverso. Explica-se que o abandono afetivo inverso será tratado com ênfase no Projeto de Lei n. 867/2011, tendo em vista a necessidade de alteração de alguns Institutos do Código Civil de 2002. Destaque é dado ao afeto que será abordado como bem jurídico, e o abandono afetivo inverso trazido como possibilidade de exclusão por ato de indignidade. Contudo, a temática será problematizada de forma teórico-conceitual, por meio da exposição doutrinária e jurídica. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e metodologia recorre à investigação bibliográfica e documental. O uso de artigos, da legislação, doutrinas, de jurisprudências e literaturas, foram usados como técnicas de pesquisa.

Palavras-chave: Sucessão. Indignidade. Idoso. Abandono afetivo inverso.

¹ Acadêmico do Curso de Direito na FUCAP Univinte. E-mail: cledson2016@outlook.com.

² Doutoranda em Direito pela UFSC, sob orientação da Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese. Mestre em Direito (UFSC). Graduada em Direito e Administração (Unesc/Criciúma). Advogada. Pesquisadora do NEJUSCA – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade do Centro de Ciências Jurídicas/UFSC. E-mail: smurielz@hotmail.com.

Abstract: *This article aims to analyze the reverse affective abandonment as a cause of exclusion from succession due to act of indignity. The methodology adopted in this work will be through bibliographic research, articles, books and court website. As a result, it seeks to contribute in the field of discussion about family law, instigating research and appreciation of the proposed theme, with a more rigorous current look at the elderly abandoned by their children. As a result, it is hoped to stimulate future actions by the legislature and the judiciary regarding the issue of inverse affective abandonment. In this analysis, the reverse affective abandonment will be dealt with emphasis on the bill no 867/2011, in view of the necessity of alteration of some institutes of the Civil Code 2002, due to the gravity that is caused on the victim when dealing with the elderly. In addition, we will treat affection as a legal good and reverse affective abandonment as a possibility of exclusion due to an act of indignity. The approach of each topic of this present work will be made in a conceptual way, explaining and discussing each theme proposed in this article, researching and deepening the study of the responsibility of children with their parents, and how the law should deal with the reverse emotional affection at the institute of succession.*

Keywords: *Succession. Indignity. Old man. Affective abandonment.*

1 INTRODUÇÃO

Essa produção está centrada no campo do Direito das Sucessões e tem como objetivo problematizar e analisar o abandono afetivo inverso, como causa de exclusão por ato de indignidade, mecanismo que se apresenta inovador.

Nessa direção, ao analisar o abandono afetivo inverso faz-se necessário considerar as mudanças históricas, estruturais e sociais, na família, no direito e na política. Além de compreendê-las como ação que demanda atualização permanente e vigilância constante, razão pela qual se constitui o principal objetivo desse estudo. Para tanto, a análise da

afetividade tem gerado desafios tanto no abandono de crianças e adolescentes pelos pais e, também, no seu inverso, quando os filhos abandonam seus pais, nesse caso, os idosos.

O conceito de abandono afetivo inverso pode ser compreendido como inação de afeto, mais precisamente como a omissão de cuidado dos filhos para com seus genitores idosos ou incapazes. O motivo dessa abordagem se justifica pela prática social de abuso, abandono e da falta de afeto ao idoso, fenômeno que têm surgido com relativa frequência.

O abandono afetivo inverso desencadeia implicações de ordem moral, social, física e legal. Impelido por essa razão, observou-se a premência em estudar e discutir a problemática do abandono afetivo inverso, como causa de exclusão, por ato de indignidade.

O tema em questão está organizado em três subitens, sendo que o primeiro descreve o Instituto da Sucessão, enquanto a Indignidade e Deserção, suas características e implicações serão tratadas no segundo e o Abandono Afetivo Inverso como causa de exclusão por ato de indignidade, no terceiro, visando esse último analisar a doutrina e o princípio da afetividade, o Estatuto do Idoso e o Projeto de Lei n. 846/2011. Por fim, seguem as considerações finais, acompanhadas da relação de fontes, devidamente referenciadas.

2 INSTITUTO DA SUCESSÃO

O termo sucessão deriva do latim *succeedere* e significa “vir no lugar de alguém”, podendo segundo Diocleciano Torrieri Guimarães³ ser “considerado o ato pelo qual alguém substitui o outro nos seus direitos que a ele pertenciam, tomando seu lugar”.

Em sentido amplo, a sucessão exprime relação de ordem e continuidade, definindo sequencialmente, o que vem depois, designando a transferência de direitos e obrigações de uma pessoa para outra⁴.

³ GUIMARÃES, Diocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 17. ed. São Paulo: Redeel, 2014.

⁴ COSER, José Reinaldo. **Direito das sucessões do inventário e da partilha**. 6. ed. São Paulo: CL EDIJUR/Leme Edição 2019, p.17.

Nessa direção, José Reinaldo Coser explica que a sucessão pode ser definida como transmissão de bens e de direitos de uma pessoa para outra, em consequência essa pessoa assume a propriedade desses bens e o poder de usufruir, dispor e exercer em seu próprio nome, podendo ser chamada de sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*.

É muito comum, na linguagem comercial, o uso do vocábulo sucessão, usado para exprimir quando um comerciante adquire o acervo comercial de um negócio ou estabelecimento, substituindo o dono anterior, mantendo o negócio e dando continuidade nas relações anteriores. Essa sucessão é conhecida como sucessão *inter vivos*.

Inserido no “Título V” do Código Civil Brasileiro, a sucessão é vista como o ramo do direito que organiza a transmissão dos bens, dívidas, direito e valores deixados pela pessoa física no momento de sua morte, ou seja, nesse título o direito trata exclusivamente da sucessão *causa mortis*.

Percebe-se, no entanto, que o direito das sucessões disciplina a transmissão dos bens, dívidas, direito e valores deixados no momento da morte pelo *de cujus* aos seus sucessores. Em outras palavras, o direito das sucessões debruça-se sobre a sucessão *causa mortis*.

Em linhas gerais, o direito das sucessões não é algo novo, desde a antiguidade sempre esteve presente na história da humanidade. É notória sua transformação com o passar do tempo. Na antiga cultura judaica não se conheceu o testamento escrito, entretanto, segundo Roland de Vaux o pai antes de morrer colocava a sua casa em ordem, resolvendo oralmente a distribuição dos bens que deixaria para os seus herdeiros. Em regra, somente os filhos homens tinham direito à herança, e entre eles o mais velho tinha uma posição privilegiada, pois recebia uma dupla parte dos bens paternos.⁵

Foi em Roma que teve origem o direito sucessório consagrando-se com o nascimento natural do direito de propriedade privada, lugar onde o culto e a propriedade

⁵ VAUX, Roland de. **Instituições de Israel no Antigo Testamento**. São Paulo: Vida Nova, 2004, p.77.

estavam ligados. A ideia que se tinha era que a sucessão hereditária era a continuação não somente do patrimônio da família, mas em especial a religião. A sucessão, no Direito Romano, poderia ser legítima, decorrente da lei (*lex legis*) testamentaria, provinda de um testamento, como ato de última vontade.⁶

O advento do direito moderno trouxe consigo uma concepção que se distanciou do Direito Romano, por quanto permite o legado parcial.⁷ Para tanto, que no Brasil, foi adotado o “princípio de *saisine*”, previsto no Código Civil Brasileiro (CCB) de 2002, mais explicitamente, no artigo 1.784, que aduz: “aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentário.”⁸

O princípio de *saisine* consiste em reconhecer a transmissão da herança no instante da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte do autor da herança. Ainda que seja uma ficção jurídica, essa transmissão é imediata e automática aos herdeiros legítimos e/ou testamentários, e refere-se ao domínio e posse de todos os bens do espólio.⁹

Destaca-se que o inventário não é o fato gerador da transmissão da herança, mas a morte do *de cuius*, que ao morrer deflagra a abertura da transmissão da herança, que deverá seguir o rito da vocação hereditária e sua ordem.¹⁰

Nesse sentido, salienta-se que somente podem ser qualificados como herdeiros aqueles que possuem legitimidade (sucessão legítima) e/ou forem contemplados em testamento (sucessão testamentária).¹¹

A sociedade brasileira não possui hábito de realizar testamento, o que conduz que a sucessão seja realizada de

⁶ MEIRA, Sílvio. **Instituição de Direito Romano**. 4. ed. São Paulo: Max Limond, 1971, p. 449.

⁷ MEIRA, Sílvio. **Instituição de Direito Romano**. 4. ed. São Paulo: Max Limond, 1971, p. 449.

⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406 - 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Brasília (DF): Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> - Acesso em: 17 de setembro de 2020.

⁹ STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 64

¹⁰ COSER, José Reinaldo. **Direito das sucessões do inventário e da partilha**. 6 ed. São Paulo: CL EDIJUR/Leme Edições, 2019.

¹¹ Art. 1.786, CCB/2002. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

acordo com o sistema consagrado pelo legislador no Código Civil Brasileiro. Assim, na inexistência ou mesmo na invalidade de um testamento, a transferência patrimonial *post mortem* dar-se-á pela denominada sucessão legítima.¹²

A sucessão legítima opera-se por lei e ocorre na falta de um testamento, sucessão *ab intestato*, ou de um testamento válido, onde se defere o patrimônio do *de cujus* aos seus herdeiros legítimos, necessários ou facultativos, em uma ordem, chamada ordem de vocação hereditária.

A ordem da vocação hereditária está prevista no artigo 1.829, CCB/2002¹³, que nada mais é do que uma relação preferencial pela qual a legislação chama determinadas pessoas à sucessão. O chamamento acontece em conformidade com uma ordem, através das classes estabelecidas pelos incisos I, II, III e IV do referido artigo. Essas classes são: descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro sobrevivente¹⁴ e colaterais até o quarto grau, na qual a classe mais próxima exclui a mais remota.

Entre os descendentes, os de grau mais próximos afastam os mais remotos.¹⁵ No entanto, esse instituto apresenta uma regra excepcional, o direito de representação, quando o filho recebe a herança, no lugar de outrem, por exemplo, no lugar do pai.

Em uma breve análise do artigo 1.835, do CCB/2002, os filhos sucedem por direito próprio, sendo que os netos sucedem, por representação. No caso de todos os filhos serem excluídos da sucessão ou estarem mortos, o instituto admite que seus filhos (netos) tornem-se herdeiros substitutos

¹² STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 193.

¹³ Art. 1.829, CCB/2002. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

¹⁴ Destaca-se que o STF no Recurso Extraordinário n. 646.721 reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarou o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. Importante ainda salientar que para a dúvida de que se o companheiro é ou não herdeiro necessário.

¹⁵ Art. 1.833, CCB/2002. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação

recebendo quotas iguais por direito próprio (por cabeça) por se encontrarem todos no mesmo grau.¹⁶

O cônjuge sobrevivente, segundo o artigo 1.829, I, CCB/2002, concorre com os descendentes se for casado, no regime da comunhão parcial de bens e o autor da herança tiver deixado bens particulares. Concorrerá também com os descendentes o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens e no regime da participação final dos aquestos.

Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual aos do que sucederam por cabeça, não podendo, de acordo com o artigo 1.832, CCB/2002, a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente do herdeiro com que concorrer¹⁷.

No caso de não existir descendentes, aduz o artigo 1.829, II, CCB/2002, que serão chamados à sucessão, segundo a ordem de vocação hereditária, os ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro, independentemente do regime de bens adotado.

Sob esta ótica, dois princípios destacam-se na orientação da sucessão, a saber:

Art. 1.836, CCB/2002. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1 °_Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2 °_Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.¹⁸

Ainda, importa destacar que o cônjuge ou companheiro sobrevivente ficará com um terço da herança caso concorra

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406 - 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Brasília (DF): Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). **Manual de Direito das famílias e das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

¹⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406 - 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Brasília (DF): Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2020.

com ascendentes de primeiro grau, se for de maior grau, herdará a metade do espólio.¹⁹

Na terceira classe da ordem de vocação hereditária encontra-se o cônjuge ou companheiro sobrevivente. No caso do *de cuius* não possuir descendentes, nem ascendentes, e esse for casado ou ainda conviver em união estável, seu cônjuge ou companheiro será chamado a sucedê-lo, conforme dispõe o artigo 1.838, CCB/2002.²⁰

Destaque é dado pelo legislador que tendo como fundamentação o direito à moradia (artigo 6º, CF/1988), previsto constitucionalmente, concedeu ao cônjuge ou companheiro sobrevivente o direito real de habitação, independentemente do regime de bens que esse mantinha com o falecido. Esse direito faz com que o viúvo ou viúva, muitas vezes já com idade avançada, não seja aliado do único imóvel integrante do monte partível, em que residiu durante toda a vida com o falecido.²¹

Na última classe da sucessão legítima, encontram-se os herdeiros facultativos, ou seja, os colaterais²² até o quarto grau²³. Aqui também o grau mais próximo exclui o mais remoto, destacando que terá direito a representação somente os filhos dos irmãos do *de cuius*.²⁴ Ainda se tratando de irmãos, é importante destacar que os irmãos bilaterais, também conhecidos como germanos, receberão o dobro dos irmãos unilaterais.²⁵

Lembrando que essa quarta classe é chamada facultativa, pois o *de cuius* poderá excluí-los, bastando para

¹⁹ Art. 1.837, CCB/2002. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

²⁰ Art. 1.838, CCB/2002. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

²¹ ROSA, Conrado Paulino da. RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e partilha**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p.177.

²² Lembrando que colaterais são aquelas pessoas provenientes de um mesmo tronco, no entanto, sem descender uma das outras, conforme aduz o artigo 1592, CCB/2002.

²³ Art. 1.839, CCB/2002. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

²⁴ Art. 1.840, CCB/2002. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

²⁵ Art. 1.841, CCB/2002. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

isso dispor seu patrimônio sem os contemplar através de um testamento.²⁶

Vale lembrar que não sobrevivendo cônjuge ou companheiro, não sobrevivendo nenhum parente, ou ainda esses terem renunciado a herança, o patrimônio deixado pelo *de cujus* poderá beneficiar um ente estatal, conforme prevê o artigo 1.844, CCB/2002.²⁷

A abertura da sucessão poderá ser de forma diversa da prevista na legislação, existindo um espaço para que a última vontade do *de cujus* seja respeitada. Para isso é necessário um testamento, um dos instrumentos mais utilizados pelas civilizações mais avançadas, sendo esse amplamente fixado nas tradições, para a realização da sucessão testamentária.²⁸

Assim, para que exista sucessão testamentária é necessário que se tenha um testamento, esse chamado de ato de última vontade do *de cujus*. No testamento, o testador define para quem vai ficar a parte da herança, ou seja, a quem deseja destinar seus bens.²⁹ Lembrando que a legislação brasileira permite o testador testar somente metade do seu patrimônio caso tenha sucessores necessários.³⁰

De acordo com o código civilista brasileiro o testador poderá em seu testamento realizar disposições de caráter não patrimonial, como exemplo, o *de cujus* poderá deixar instruções a respeito do seu funeral ou destinação do seu corpo.³¹

Em suma, o testamento é o ato que atende a última vontade do testador, uma vez que se exterioriza o desejo de deixar a totalidade de seus bens ou parte deles, para o

²⁶ STOLZE, Pablo. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 249.

²⁷ Art. 1.844, CCB/2002. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

²⁸ COSER, José Reinaldo. **Direito das sucessões do inventário e da partilha**. 6. ed. São Paulo: CL EDIJUR/Leme Edições, 2019, p. 184.

²⁹ GUIMARÃES, Diocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). **Manual de Direito das famílias e das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 705.

³⁰ Art. 1.789, CCB/2002. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

³¹ ROSA, Conrado Paulino da. RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e partilha**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 213-214.

beneficiário escolhido. Contudo, o testamento é um negócio jurídico gratuito, é ato personalíssimo, formal (solene), unilateral, *mortis causa*³², pelo fato de ter efeito somente após a morte do testador, sendo revogável enquanto o testador estiver vivo.³³

Adverte-se que a capacidade para testar não pode ser confundida com a capacidade geral dos atos da vida civil. Nesse sentido, a pessoa ao ter 16 (dezesesseis) anos e não apresentando nenhum problema de saúde mental, poderá testar, mesmo sem a assistência do seu representante legal, conforme preceitua o artigo 1.860, CCB/2002.

Há três modalidades ordinárias de testamento: o público, o cerrado e o particular. Ainda, há três formas extraordinárias, podendo ser chamadas de especiais ou excepcionais: militar, marítimo e aeronáutico. O testador deverá escolher uma das modalidades citadas e seguir o seu rito previsto no código civilista brasileiro, para o testamento não sofrer nenhuma declaração de nulidade, “não alcançando os efeitos planejados pelo testador.”³⁴

O caso em apreço, sucessão legítima e testamentária, não se trata de uma tutela absoluta, uma vez que à luz do artigo 1.814, do CCB/2002, a respectiva situação prevê a indicação de algumas hipóteses de afastamento. Assim, na sequência a pesquisa volta-se para as possibilidades de afastar herdeiros ou legatários em caráter punitivo, ou seja, excluindo-os por indignidade ou deserdação.

3 A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

Esse subitem enseja a questão da indignidade e da deserdação, valendo-se da sua discussão doutrinária e da

³² Sobre esse tema, importante destacar no Código Civil Brasileiro o artigo 426, “a herança não pode ser objeto de contrato a herança da pessoa viva”, neste caso, não se pode contratar a herança da pessoa viva, porém, no artigo 544 o código deixa explícito que é permitido que seja feita a partilha em vida, sendo essa em doação do ascendente aos descendentes, desde que, não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

³³ ROSA, Conrado Paulino da. RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e partilha**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 215-217.

³⁴ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 7: Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 291.

prática jurídica, com vistas à compreensão do tema.

3.1 DA INDIGNIDADE

O Código Civil Brasileiro preceitua a legitimidade das pessoas à sucessão, porém, além dessas, existem pessoas legitimadas a suceder que serão excluídas, seja por indignação ou por deserdação conforme os artigos 1.814, 1.961, 1.962 e 1.963 CCB/2002.

Clóvis Bevilacqua (*apud* José Reinaldo Coser), conceitua indignidade como, “a privação do direito, cominada por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando.”³⁵

Para STOLZE a indignidade é um instituto punitivo de amplo alcance:

(...) que visa a afastar da relação sucessória aquele que haja cometido ato grave, socialmente reprovável, em detrimento da integridade física, psicológica ou moral, ou até mesmo, contra própria vida do autor.³⁶

Se de fato o herdeiro agrediu o autor da herança, não seria justo e tampouco digno, que em tais circunstâncias, o sucessor receba benefício econômico decorrente do patrimônio, deixado pela própria vítima.

Dessa forma o legislador cria uma punição que consistente na perda da herança, aplicável ao sucessor legítimo ou testamentário que houver praticado determinados atos de ingratidão contra o *de cujus*.³⁷

Nas hipóteses de exclusão por indignidade tanto os herdeiros quanto os legatários podem ser excluídos da sucessão, por cometer atos condenáveis contra o *de cujus* da sucessão. Conforme artigo 1814, CCB/2002 são excluídos da sucessão:

³⁵ COSER, José Reinaldo. **Direito das sucessões do inventário e da partilha**. 6. ed. São Paulo: CL EDIJUR/Leme Edições, 2019, p. 184.

³⁶ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 7: Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 152.

³⁷ COSER, José Reinaldo. **Direito das sucessões do inventário e da partilha**. 6. ed. São Paulo: CL EDIJUR/Leme Edições, 2019, p. 184.

- a) que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- b) que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- c) que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.³⁸

Por se tratar de medida sancionatória é forçoso no convir dessa situação que as causas de exclusão não comportariam interpretações extensivas ou analógicas, fato que deve ser cuidadosamente observado.

Sendo a indignidade uma sanção, seus efeitos serão pessoais, sendo que os descendentes dos herdeiros excluídos sucedem como se morto fosse o indigno, conforme preceitua o artigo 1.816, do CCB/2002.

Importante destacar que a exclusão por indignidade só poderá ser declarada em sentença (artigo 1.814, CCB/2002), sendo esse um ponto de distinção entre o instituto da indignidade e deserdação, essa última representa um instituto exclusivo da sucessão testamentária.

A indignidade deve ser declarada por meio de ação judicial, e deve ser proposta por quem tenha interesse na sucessão, e declarado indigno, então, a pessoa será excluída da sucessão, como se morto fosse.

Ademais, enquanto a deserdação é o instrumento a que recorre o testador para afastar da sucessão os seus herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), a indignidade resulta de mandamento legal e priva da herança não somente os sucessores necessários como todos os legítimos e ainda os testamentários.³⁹

³⁸ BRASIL. Lei n. 10.406 - 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Brasília (DF): Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2020.

³⁹ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 7: Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 149.

No que tange aos trâmites processuais, acrescenta-se, ainda, que esse direito deverá ser exercido no prazo decadencial de quatro anos a contar da data da abertura da sucessão e morte do *de cujos*.⁴⁰

Explica-se, que o fato de o herdeiro ser achado indigno não impede que seja herdeiro de outra pessoa, desde que não tenha sido excluído da sucessão.

Sobre a legitimidade para requerer a exclusão do herdeiro ou legatário deve ser observado que o requerente seja um interessado legítimo na sucessão, podendo também ser o Ministério Público. Nessa direção, o Ministério Público em dezembro de 2017, com a Lei n. 13.532/2017, é um dos legitimados a interferir no processo de sucessão.

Para confirmar essa prática, o artigo 1.815 do CCB/2002 foi alterado, concedendo legitimidade ao Ministério Público, para demandar a exclusão do legatário ou herdeiro. Logo, pode o Ministério Público, por meio de ação, declarar indigno o herdeiro ou o legatário.⁴¹

Ressalta-se, para tanto, que em alguns casos, o herdeiro que foi excluído pode ser readmitido, ou seja, o indigno pode ser perdoado pelo autor da herança por meio de testamento. Nessa perspectiva, o artigo 1.818 do Código Civil Brasileiro/2002 prevê que:

(...) aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento ou em outro ato autêntico.⁴²

3.2 DA DESERDAÇÃO

Deserdação é o ato unilateral do testador de privar da

⁴⁰ MATOS, Sílvia Milena. **Exclusão da sucessão**: importância da inclusão do abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife - Pernambuco, 2018.

⁴¹ STOLZE, Gangliano Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 7: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153-154.

⁴² STOLZE, Gangliano Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 7: direito das sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p.163.

herança, ou seja, excluir da sucessão herdeiro necessário que praticou atos condenáveis contra o *de cujus*, descendente ou ascendente, conforme previsto em lei.⁴³

A deserdação acontece mediante disposição testamentária nos casos que configuram atos de tentativas contra a vida, contra a honra e contra a livre vontade do *de cujus*.⁴⁴

De acordo com o artigo 1.961, do Código Civil Brasileiro/2002, as causas da deserdação são as mesmas da indignidade e se encontram previstas no artigo 1.814, do CCB/2002.

Além das causas do artigo 1.814. CCB/2002, inclui-se as causas dos artigos seguintes, sendo que as causas indicadas no artigo 1.962, do referido código, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, sendo que o artigo 1.963, do CCB/2002 prevê as causas de deserdação dos ascendentes pelos descendentes, quais sejam:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

⁴³ SALIM, Alexandre Aranalde; *et al.* **Exame da OAB**: compendio preparatório para a 1ª fase do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. 9. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, 411 p.

⁴⁴ GUIMARÃES, Diocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2014, p.293.

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.⁴⁵

A deserdação somente terá eficácia mediante a existência dos seguintes requisitos:

1. Existência de herdeiros necessários (Artigo 1.961, CC);
2. Testamento válido (Artigo 1.964, CC);
3. Expressa declaração da causa prevista em lei (Artigos 1.962 a 1.964, CCB);
4. Propositura de ação ordinária buscando a deserdação (Artigo 1.965, CCB).⁴⁶

Registra-se novamente que a exclusão de um herdeiro colateral da sucessão bastará que o *de cujus* faça um testamento e não o contemple, pois esse não se constitui herdeiro necessário.⁴⁷

Para ocorrer a deserdação é necessária sua previsão em testamento, com declaração expressa. Sendo assim, será de responsabilidade do herdeiro instituído ou aquele a quem aproveite a deserdação provar a veracidade da causa, consoante ao disposto no artigo 1.965 do Código Civil Brasileiro/ 2002: “Ao herdeiro instituído, ou aquele a quem aproveite a deserdação incube provar a veracidade da causa alegada pelo testador.”

Nessa perspectiva, o parágrafo único do artigo 1.965 do mesmo diploma legal, estabelece que: “O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.”⁴⁸

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406 - 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Brasília (DF): Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Da Deserdação In: **Direito civil brasileiro: direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 422.

⁴⁷ ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito**. 30 ed. São Paulo: Rideel, 2020. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. v. 21, n. 3, 2006.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406 - 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Brasília (DF): Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

Informa-se, entretanto, que a ação ordinária, para deserdação, deverá ser ajuizada dentro do prazo decadencial, de quatro anos, no juízo do inventário.⁴⁹

Por último, cabe o registro de que a ação de deserdação por ter efeito declaratório, produz por sua vez, efeito retroativo a partir da abertura da sucessão.

Importante que o leitor possa compreender que o autor da herança pode afastar um descendente conforme prevê o inciso IV do artigo 1.963 do CCB/2002. No entanto, o que será abordado no próximo item é o abandono afetivo como exclusão da sucessão por ato de indignidade.

4 ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO POR ATO DE INDIGNIDADE

Por razões culturais, sociais, políticas e ideológicas, a família passou e passa diversas transformações, sendo que o ordenamento jurídico, por sua vez, vem buscando responder a essas transformações.

Com a Constituição Federal de 1988 o direito civil passa a ter enorme influência dos princípios, ou seja, o direito privado passa utilizar os princípios para nortear as relações privadas e relações entre particulares e o Estado.

Dentre esses princípios, destaca-se o princípio da afetividade, que não está expresso na Constituição Federal, no entanto é um dos princípios do Direito de Família e se encontra de forma explícita no artigo 1.584, §5º, do CCB/2002: “na guarda atribuída a terceiro que tenha afinidade e afetividade pela criança, além de ser citado em diversas leis infraconstitucionais da legislação brasileira.”⁵⁰

⁴⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 87.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406 - 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Brasília (DF): Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

Esse princípio é proveniente da força construtiva dos fatos sociais, possui densidade jurisprudencial, legislativa e doutrinária, permitindo a sua sustentação conforme a lei.⁵¹

Interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro, está o princípio da afetividade, Os artigos 226, §4º e artigo 227, *caput* e §6º, da Constituição Federal preveem respectivamente: o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida, que de igual forma está a família matrimonializada; o direito à convivência familiar; e a prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Nessa perspectiva, este instituto jurídico veda qualquer tipo de discriminação à espécie de filiação, colaborando com a igualdade absoluta de direito entre os filhos, incondicional à sua origem.⁵²

Sob essa ótica, apresenta-se como pilar das relações familiares, decorrente da valorização da pessoa humana, caracterização incontestável, sendo por essência, um direito fundamental para o cidadão. O afeto é o alicerce das relações familiares, e tem importância reconhecida pelo direito, que lhe deu valor jurídico ao torná-lo um princípio.⁵³ O afeto é considerado indispensável à existência de um indivíduo, fazendo-se presente nas relações familiares.

Notadamente a partir da Constituição da República de 1988, o afeto passou a frequentar o vocabulário do jurista e a ser utilizado como argumento para sustentar diferentes teses e para motivar decisões judiciais. Enfim, se tornou elemento pertencente ao sistema do Direito.⁵⁴

Ressalta-se, entretanto, que existe diferença entre o afeto e o amor, sendo que o afeto é justamente a interação

⁵¹ MATOS, Sílvia Milena. **Exclusão da sucessão**: importância da inclusão do abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão. Monografia (Bacharel em Direito. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife - Pernambuco, 2018.

⁵² ANGER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito**. 30. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

⁵³ MADALENO, Rolf. **Direito da família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁵⁴ ANGER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito**. 30. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

entre as pessoas que por seguinte, pode ser negativo ou positivo, sendo a positivo, o amor, e a negativa, o ódio ambos presente no seio familiar. O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais, movidas pelo sentimento e pelo amor, com a finalidade de dar sentido e dignidade à existência humana.

A família de hoje é moldada pelo vínculo socioafetivo que os liga, sem eliminar suas individualidades⁵², embora de forma lenta, as leis brasileiras acompanham as mudanças e transformações que ocorreram nas famílias.

Até 1916 as relações afetivas não tinham previsão de valoração, mas foi com a promulgação da Constituição Federal, de 1988, que a afetividade passou a ser reconhecida no ordenamento jurídico.⁵⁵

Foi somente, com o Código Civil Brasileiro, de 2002, que a afetividade foi de fato expressa, em algumas disposições. As recentes alterações na legislação trouxeram maior aceitação, expressa em vários dispositivos acerca deste princípio. A jurisprudência teve papel crucial, para o reconhecimento deste princípio, que se possui relevante papel nas relações familiares.

No Direito da Família, a função dada à subjetividade e a afetividade vem se evidenciando progressivamente, uma vez que, não pode ser excluída de suas considerações, a qualidade dos vínculos entre os seus membros, que de forma inerente busca a objetividade na subjetividade das relações.⁵⁶

De acordo com o artigo 226, da Constituição Brasileira Federal, a família é a base principal da sociedade e por essa razão, tem especial proteção do Estado. Portanto, a convivência entre as pessoas está estruturada a partir de cada uma das cédulas familiares, que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de dar amparo e aperfeiçoamento à família, sendo uma das formas de fortalecer a sua própria instituição política.

⁵⁵ COSER, José Reinaldo. **Direito das sucessões do inventário e da partilha**. 6. ed., São Paulo: CL EDIJUR/Leme Edições, 2019, p. 184.

⁵⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 705.

Sabe-se que o processo de socialização tem início na família e é na família, que se inicia também, a formação para o mundo, onde a personalidade humana se desenvolve, responsável pelos valores éticos, morais e atitudinais, tão necessário no respeito e no reconhecimento do dever dos filhos para com seus pais, garantido qualidade ao saudável relacionamento interpessoal e intrapessoal.⁵⁷

Nos dias atuais, o princípio da afetividade supera as ligações sanguíneas, pois o afeto se tornou responsável por reger as relações familiares, ordenando caminhos para suprir as consequências desta situação.⁵⁸

Os doutrinadores advertem que os pais não podem renunciar sua obrigação com os filhos, pois esse está ligado ao poder familiar, cuja responsabilidade reside na assistência tanto à criança quanto ao adolescente. Ambos demandam cuidados e tratamento adequado para o pleno desenvolvimento obtidos de forma qualitativa no ambiente familiar.

No que tange ao cuidado, é possível reconhecê-lo de forma inversa, ou seja, o dever do filho de cuidar dos pais também demandando assistência, zelo e afeto. No caso de pais idosos, com o passar do tempo o corpo e a saúde tendem a debilitar, razão que confirma a necessidade de atenção, paciência e muito carinho.

Por consequência, a Constituição Federal, no seu artigo 3º, IV, destaca que se deve “promover o bem de todos, sem discriminação e sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Sob esta ótica, o artigo 229 da Constituição Federal diz que “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Fundamentado nos princípios constitucionais o Estatuto do Idoso elege a família, sociedade e o Estado como

⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. v. 21, n. 3, 2006.

⁵⁸ LIANDRA, Ana. **Exclusão da sucessão**: abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

instituições garantidoras dos direitos da pessoa idosa. Para tanto, o artigo 3º da respectiva legislação, aduz que:

(...) é obrigação da família, comunidade e do Poder Público, assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e à convivência familiar e comunitária.⁵⁹

Sobre o tema do abandono afetivo existe intensa discussão em torno dessa, em situação que os pais abandonam seus filhos, e tão pouco e menos prejudicial quando acontece o abandono inverso, no caso que os filhos abandonam seus genitores.

As demandas sobre abandono afetivo chegaram à Corte Superior em 2005, quando rejeitada. Tempos depois em 2012 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou a possibilidade de indenização nas relações existentes entre pai e filho em casos de abandono afetivo. Colhe-se do julgado: “Alçando-se o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinando quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.”⁶⁰

Contrariando os preceitos basilares do Estatuto do Idoso, registra-se que, o abandono afetivo dos filhos em relação aos pais é uma das causas que deve possibilitar a ocorrência da deserdação. Sendo que o abandono afetivo inverso pode ser explicado como a falta de cuidado permanente, bem como, o desrespeito, desprezo e a indiferença dos descendentes para com seus genitores, a saber, os idosos.

Reitera-se, no entanto, que o abandono é uma espécie de violência e que, em geral, acontece na família e por pessoas que possuem estreito vínculo familiar. Semelhante ao

⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 10.471, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm. Acesso em: 31 mai. 2021.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 49.

abandono estão as agressões, tornando o lugar em que o idoso frequenta um ambiente hostil, cruel e sem proteção.⁶¹

De acordo com o desembargador, Jones Figueiredo Alves, do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco e também, Diretor Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família, o vocábulo “inverso” advém da equação de avessas do binômio paterno-filial, sendo que o dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, que segundo o desembargador tem valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, extraído do preceito.⁶²

Sabe-se que o abandono afetivo tem causado muitas discussões e produzido um conjunto de decisões, e diante destas questões que geram controvérsias vem tramitando desde 04 de abril do ano de 2011, sob o regime de prioridade, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 867/2011, cujo Relator era o Senador, Demóstenes Torres, com a intenção de conferir tratamento novo aos institutos de exclusão da herança, alterando dispositivos legais atinentes aos excluídos da sucessão, a deserdação relativa à indignidade sucessória e a deserdação, prevista no Capítulo V, do Título I do Capítulo X e do Título III, ambos do Código Civil Brasileiro.⁶³

Este projeto se originou do Projeto de Lei do Senado (PL) nº118, de 2010, da Senadora Maria do Carmo Alves (DEM/SE). Este PL está sujeito a apreciação conclusiva, por comissões nos termos do Artigo 24, II, do Regulamento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução 17/1989).

O texto que tramita no Congresso Nacional impossibilita os herdeiros de suceder, caso sejam julgados indignos, por abandono afetivo e altera os artigos 1.814 a 1.818 e os artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil Brasileiro. Segundo o parlamentar, o teor da proposição foi extraído das sugestões apresentadas pelo Prof. Carlos Eduardo Minozzo Poletto, em sua dissertação de mestrado, em Direito Civil Comparado, cuja

⁶¹ SILVA, Camila Valéria da. Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos. **Interfaces Científicas** - Direito, Aracaju. v. 6. n. 2, p. 19-34, fev. 2018.

⁶² MATOS, Sílvia Milena. **Exclusão da sucessão**: importância da inclusão do abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão, Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2018.

⁶³ ANGER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito**. 30. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

defesa ocorreu, no dia 27 de janeiro de 2010 na Faculdade de Direito da Pontifca Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), sob a orientação da Professora Dra. Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery.

O objetivo desse Projeto de Lei é aprimorar o Direito Sucessório, voltando-se particularmente para a clarificação dos institutos de exclusão da herança, relativos aos conceitos de indignidade sucessória e deserdação, os quais, apesar de possuírem semelhante natureza e o mesmo objetivo, possuem fundamento, estrutura e regime próprio, razão pela qual não podem ser equiparados.

A referida proposta de alteração enseja vários dispositivos, tais como o artigo 1.814, III, que:

(...) sem justa causa, tenha abandonado ou desamparado o autor da herança, especialmente aquele que, tendo conhecimento da paternidade ou maternidade do filho, não a tenha reconhecido voluntariamente durante a menoridade civil.⁶⁴

Nessa discussão merece destaque a exclusão dos herdeiros necessários que tenham de forma culposa e irresponsável omitindo-se das obrigações e deveres fundamentais impostos pelo Direito de Família, em relação ao próprio testador ou a seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

O respectivo texto é defendido, por alguns autores, pois trata do princípio da afetividade ao direito sucessório, sendo comentado o abandono afetivo inverso, como causa de exclusão por indignidade. A Senadora Maria do Carmo autora da PL justificou que existe um imenso contingente de maus tratos contra idosos, e que o número de denúncias vem aumentando, sendo em parte sujeitos ao abandono material e afetivo, sem a mínima satisfação dos filhos para com as necessidades básicas dos pais, deixando de cumprir com o dever do zelo e da proteção.

⁶⁴ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 maio 2021.

Registra-se que, em geral, o abandono afetivo é tratado de forma subjetiva, sendo que a análise de cada caso se reserva aos Tribunais. Nesse caso não se tem uma resposta padrão, expressa para os casos julgados, mas de acordo com a jurisprudência majoritária, o abandono afetivo é considerado um motivo válido, tanto para que a vítima seja indenizada quanto para se configurar deserdação, por meio de testamento pelo *de cuius*, o que não deixa de sinalizar uma nítida transformação quanto a cultura e os valores ligados ao campo do Direito de Família.⁶⁵

Cabe explicitar que a questão do “abandono afetivo inverso”, em regra, quase sempre tem o seu fato gerador provocado por ato de indignidade, o que motiva a causa de exclusão da sucessão. Dessa forma, o respectivo problema tanto de ordem social e política quanto jurídica e institucional se encontra alicerçado no Direito de Família, demandando assim, não apenas, o estímulo à pesquisas, mas a valorização de um olhar mais atento e rigoroso aos idosos, que se constituem vítimas de maus-tratos e abandonos pelos seus familiares, incluindo os próprios filhos.

Atualmente, o referido Projeto Lei aguarda parecer do Relator, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Ademais, aguarda-se pela aprovação do Projeto de Lei nº 867/2011, visando a alteração de parte do Código Civil de 2002, na intenção da efetividade dos direitos humanos, coibindo atrocidades, além de proteger aqueles que se apresentam vulneráveis perante o Estado e hipossuficientes aos olhos do sistema judiciário brasileiro, que é o guardião do exercício do direito e da plenitude da justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo buscou investigar, compreender e analisar o abandono afetivo inverso, como causa de exclusão, por ato

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.159.242** - SP. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br>. Acesso em: 20 outubro de 2015.

de indignidade sendo esse o principal objetivo dessa pesquisa que está centrada no campo do Direito de Família e das Sucessões.

Para estudar o referido objeto foi necessário levar em consideração as mudanças históricas, estruturais e sociais, no âmbito da família, no direito e na política, além de compreendê-las como uma ação que demanda atualização permanente e vigilância constante.

Registra-se que o motivo dessa abordagem justifica-se pela prática social de abuso, abandono e da falta de afeto ao idoso, fenômeno que têm surgido com relativa frequência e é responsável pelo abandono inverso, fato que desencadeia implicações de ordem moral, social, física e legal. Movido por essa razão, observou-se a premência em discutir a problemática do “abandono afetivo inverso como causa de exclusão por ato de indignidade”.

Do ponto de vista metodológico, informa-se que o estudo foi exploratório, bibliográfico, documental e dedutivo, recorrendo ao uso de fontes doutrinárias e jurídicas, com vista a uma abordagem de natureza qualitativa, descritiva, analítica e teórico-conceitual. A problematização do tema possibilitou a discussão do “abandono afetivo dos pais” e a caracterização do seu inverso, o “abandono afetivo dos filhos”, evidenciando assim, que ambos são vulneráveis e carentes de proteção.

Afirma-se que o ambiente familiar se constitui o local, por excelência, onde ocorrem as relações afetivas, portanto é por intermédio da família que se obtém um ambiente saudável emocional e socialmente. Sob essa ótica, o avanço tecnológico e a qualidade de vida promoveram o aumento do número de pessoas idosas e, em igual proporção, os casos de abandono, maus-tratos e agressões.

Nessa direção a pesquisa oportunizou perceber que a exclusão da sucessão, por abandono afetivo, apresenta-se justa no âmbito do direito, da moral e da dignidade, considerando que muitas são as suas consequências e os seus prejuízos, especialmente aos idosos.

Considera-se que apesar de não haver legislação específica para o tema proposto, ficou evidenciado que há

fundamentos principiológicos e legais no ordenamento nacional, para o caso concreto, sustentando, inclusive, a pretensão de indenização por dano, decorrente do abandono afetivo inverso.

No ordenamento jurídico tem-se inúmeros artigos que tratam da indenização por abandono afetivo, porém, não se tem um dispositivo exclusivo que trate sobre a exclusão da sucessão por abandono afetivo inverso como causa de exclusão da sucessão por ato de indignidade.

Esse fato evidencia a iminência do Projeto de Lei nº 846/2011 para balizar o tema em questão, garantindo segurança aos idosos, sobretudo, aqueles que sofreram abandono. Além de servir de garantia para que tenham uma vida mais saudável, de inibir o abandono.

Essa produção demonstrou que a situação de abandono gera consequências, em outros âmbitos do direito, sendo demasiadamente injusto compelir o autor da herança a deixar bens para aquele herdeiro que deixou de cumprir com sua obrigação com o zelo e a proteção ao *de cuius*.

Ademais, o abandono afetivo inverso merece destaque no Congresso Nacional, visto suas gravíssimas consequências, implicando diretamente na lacuna sobre o tema no Código Civil Brasileiro, demonstrando a necessidade urgente da sua atualização no que diz respeito à sucessão.

Contudo, afirma-se que o poder legislativo vem trabalhando no sentido de adequar o instituto da sucessão à realidade brasileira, na intenção de coibir qualquer tipo de manifestação, na forma de violência e agressão física ou simbólica às pessoas idosas, ainda que, já esteja prevista a indenização, por abandono e a prisão, por maus tratos, conforme o Estatuto do Idoso.

Por fim, entende-se premente a discussão desse tema e a sua ampliação para o âmbito do direito sucessório, que evidencia a sua ausência no regramento normativo e o descompasso da legislação em vigência, visando tutelar esse importante bem jurídico.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce, **Vade mecum acadêmico de direito**. 30. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

ANDRADE, Maria Margarida de. Introdução à metodologia do trabalho científico. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília (DF): Senado Federal da República, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406 - 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília (DF), 2002.

BRASIL.. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.159.242** – SP. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação Por Dano Moral. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103477/Anexo_B.pdf?sequence=3. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105 – 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília (DF), 2015.

COSER, José Reinaldo. **Direito das sucessões do inventário e da partilha**. 6. ed. São Paulo: CLEDIJUR/Leme Edições, 2019.

DORTIER, Jean-François. **Dicionário de ciências humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2020.

GUIMARÃES, Diocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2016.

LIANDRA, Ana. **Exclusão da sucessão: abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão**. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito da família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MATOS, Sílvia Milena. **Exclusão da sucessão: importância da inclusão do abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão**. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2018.

MEIRA, Sílvia. **Instituição de direito romano**. 4. ed. São Paulo: Max Limond, 1971.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem. Sociedade e Estado**. 2006, v. 21, n. 3.

ROSA, Conrado Paulino da. RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e partilha**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SALIM, Alexandre Aranalde *et al.* **Exame da OAB: compêndio preparatório para a 1ª fase do exame da Ordem dos**

Advogados do Brasil. 9. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

SILVA, Camila Valéria da. Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos. **Interfaces Científicas**. Direito, Aracaju. v. 6. n. 2, pp. 19-34, fevereiro de 2018.

STOLZE, Gangliano Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito das sucessões, v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

VAUX, Roland de. **Instituições de Israel no Antigo Testamento**. Tradução Daniel de Oliveira. São Paulo: Vida Nova, 2004.

DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ADOÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

RETURN OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN ADOPTION AND CIVIL RESPONSIBILITY

Anelise Perufe de Mattos¹
Sandra Muriel Zanette²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil dos adotantes quando da devolução de crianças e adolescentes na adoção, bem como tal temática recentemente foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, e quais as violações podem estar ocorrendo aos adotados. Realizou-se uma breve análise da evolução das normas jurídicas e se estas levam em consideração todas as formas de danos sofridos pelo adotado. O método de abordagem deste trabalho é o hipotético-dedutivo e a pesquisa é do tipo bibliográfica, sendo também objeto de pesquisa doutrinas e legislação vigente. Os resultados desta pesquisa destinam-se ao estudo das crianças e adolescentes devolvidos, que são a parte vulnerável, vítimas marcadas pela própria existência desfavorecida, que se agrava com a devolução de seus adotantes. Sua finalidade é preservar os seus sonhos, proteger o seu futuro e resguardar os seus direitos, sendo relevante o estudo acerca da responsabilização civil dos pais adotantes como medida pedagógica de prevenção na prática da devolução.

Palavras-chave: Adotante. Adotado. Responsabilidade civil.

Abstract: *This study aims to analyze the civil liability of adopters when returning children and adolescents for adoption. Theme recently decided by the Superior Court of Justice, and*

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: anelise.mattos@hotmail.com

² Doutoranda em Direito pela UFSC, sob orientação da Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese. Mestre em Direito (UFSC). Graduada em Direito e Administração (Unesc/Criciúma). Advogada. Professora (ESUCRI e FUCAP). Pesquisadora do NEJUSCA – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade do Centro de Ciências Jurídicas/UFSC. E-mail: smurielz@hotmail.com.

which violations can occur to those adopted. A brief analysis was carried out of the evolution of legal norms and whether they take into account all forms of damage suffered by the adopted person. The method of approach of this work is the hypothetical-deductive one and the research of the bibliographical type, being also object of researches doctrines and current legislation. The results of this research are intended for the study of returned children and adolescents, who are the weak, vulnerable part, victims marked by their own disadvantaged existence, which is aggravated by the return of their adopters. Its purpose is to preserve their dreams, protect their future and safeguard their rights, being relevant the study about the civil liability of adopting parents as a pedagogical measure of prevention in the practice of return.

Keywords: *Adopter. Adopted. Civil responsibility.*

1 INTRODUÇÃO

A adoção no Brasil é um instituto irrevogável e irrenunciável; ainda assim os números de crianças e adolescentes devolvidos são bastante expressivos e vem assustando o sistema judiciário. Com o objetivo de reparar o prejuízo psicológico e diminuir o dano causado às crianças e adolescentes, os tribunais têm condenado pecuniariamente os pais adotantes como medida punitiva, preventiva e pedagógica, objetivando inibir a devolução de filhos adotivos.

A responsabilização jurídica busca amenizar os danos causados, em que se questiona quanto à eficácia punitiva como meio de inibir na adoção e suprir o prejuízo emocional e material tendo em vista a extensão e a proporção do dano causado à criança e ao adolescente devolvido. Busca-se ter um melhor entendimento sobre a idealização de crianças e os motivos da sua devolução, bem como os métodos de prevenção, para que crianças e adolescentes não sejam devolvidos.

A adoção no Brasil é um tema extremamente delicado e ainda cercado de muito preconceito, muitas vezes comparada

a uma relação de consumo na qual o consumidor é o “adotante” e o produto o “adotado”.

A presente pesquisa tem por objetivo principal analisar a temática da responsabilidade civil na devolução dos adotados durante ou após o regular processo de adoção.

Para tanto, o artigo está dividido nos seguintes termos: após a introdução, o segundo item trata dos princípios constitucionais e legais afetos à proteção de crianças e adolescentes.

Em um terceiro tópico trata-se da adoção em espécie e seus mais variados tipos trazidos pela doutrina especializada.

No quarto ponto será abordada a irrevogabilidade da adoção, além da legislação, doutrina e a devolução sobre o tema.

Por sua vez, no quinto item será analisado o instituto da teoria da perda de uma chance na devolução e a responsabilidade civil da devolução, é realizada uma análise sobre responsabilidade civil à luz da doutrina civilista e a breve exposição de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em um caso concreto.

O método de abordagem deste trabalho será o hipotético-dedutivo e a pesquisa do tipo bibliográfica, sendo também objeto de pesquisa doutrinas e legislação vigente.

Encerra-se o presente artigo com uma análise crítica em que foram feitas algumas considerações, principalmente no que tange à necessidade de evolução das decisões a fim de efetivar a proteção do Estado aos adotados.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios são a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, em especial no direito de família, na medida em que alicerçam desde a edição legislativa até a decisão tomada pelo julgador. Eles trazem melhor interpretação e relevância ao direito de família e ajudam a regular as relações familiares.

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 trouxe significativas mudanças no campo dos direitos humanos e sociais do cidadão. Assim reconhecida como a

Constituição cidadã, criou princípios fundamentais, tais como: soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, entre outros.

Nesses termos dispõe o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988³, a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, que é princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”⁴

Assim ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.⁵

Nesse rumo, um segundo princípio a ser observado é o da igualdade, inaugurado no caput do art. 5º, da CF/88:

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.⁶

³ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm. Acesso em: 08 maio 2021.

⁴ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm. Acesso em: 08 maio 2021.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo **Novo curso de direito civil, v. 6: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.74.

⁶ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm. Acesso em: 08 maio 2021.

Pedro Lenza, ao tratar do princípio da igualdade, faz a seguinte referência:

Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.⁷

Na mesma linha de direitos de obrigações, enuncia a legislação em análise, no seu artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁸

Assim a Constituição da República Federativa de 1988 introduziu não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana mas, sobretudo, o princípio da igualdade, tornando incabível qualquer tratamento diferenciado entre filhos adotivos e naturais.

Em outras palavras, não pode haver qualquer distinção entre os filhos, sejam estes concebidos naturalmente, sejam estes adotados, conforme se extrai do art. 227, § 6º, da CF: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à sua filiação.”⁹

⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. Saraiva, 2018, p. 1197.

⁸ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 maio. 2021.

⁹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 maio. 2021.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:¹⁰

(...) a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só de poderá falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não-matrimonial reconhecido e não reconhecido (...).

Nesse trilhar é importante também trazer a lume o princípio da afetividade como sendo uma verdadeira base fundamental nas relações entre pais e filhos, seja natural ou adotivo.

O afeto dá sentido à vida e as relações pessoais se desenvolvem por esse sentimento. Desta forma, o princípio da afetividade nos mostra a importância do amor nas relações, independente de laços consanguíneos.¹¹

Em relação à tal temática aduz Madaleno Rolf:

O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável”, e certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém.¹²

Paulo Luiz Netto Lobo, ao tratar do tema em comento, disciplina que:

O princípio da afetividade está estampado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seus artigos 226 §4º, 227, *caput*, § 5º c/c § 6º, e § 6º os quais preveem, respectivamente, o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se aí os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida, da mesma forma que a família matrimonializada; o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

¹¹ ROLF, Madaleno. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.143.

¹² ROLF, Madaleno. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.143-144.

a igualdade absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem.¹³

No que tange ao princípio, em estudo Maria Helena Diniz assevera que:

Confere importância ímpar ao afeto que, para além de princípio, se constituiria em verdadeiro direito fundamental: “Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.”¹⁴

Na mesma linha é a doutrina de Wald e Fonseca:

Não tratam a afetividade como princípio, embora citem o parentesco socioafetivo e destaquem a importância crescente que vem sendo conferida ao afeto nas relações parentais: “O afeto, com efeito, revela-se hoje muito mais significativo para o direito do que a mera ciência genética. Chega-se, atualmente, a afirmar que o registro de nascimento deve espelhar muito mais a verdade socioafetiva do que a biológica.”¹⁵

Depreende-se da doutrina que o princípio da afetividade deve ser entendido como um verdadeiro direito fundamental das crianças e adolescentes.

No mesmo sentido são os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e o da proteção integral, os quais deverão sempre nortear as questões atinentes a crianças e adolescentes.

No que tange à proteção integral Cury, Garrido e Marçura ensinam que:

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**. Direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. São Paulo: Atlas, 2003, p. 40. v. XVI.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

¹⁵ WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; **Direito civil: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 2.

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.¹⁶

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na atualidade tem o condão de considerar “as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.”¹⁷

Para Saches e Veronese:

(...)todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.¹⁸

Em suma, a doutrina em estudo serve de base para que condutas envolvendo crianças e adolescentes sempre busquem observar aquilo que seja melhor para o menor, principalmente quando se tratar de adoção.

E nesse trilhar, a luz dos princípios enunciados, o ordenamento jurídico de proteção à crianças e adolescentes foi aperfeiçoado quanto ao sistema de adoção promovido respectivamente pela Lei 12.010/09 e Lei 13.509/17.

Percebe-se então que existe um processo legislativo e comportamental evolutivo que vem se aprimorando conforme as necessidades dos adotados e adotantes, e nesse contexto é imperioso observar a estrita obediência às leis, bem como aos princípios norteadores.

¹⁶ CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3

¹⁸ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 95.

3 ADOÇÃO: ATO DE AMOR INCONDICIONAL

A adoção é um ato de amor incondicional, um encontro de um filho com seus pais por outras vias. Esse filho nasceu de outro ventre e será recebido nessa família, que não será a biológica, mas que irá construir, juntamente com os pais adotivos, laços de amor, que irão superar a rejeição e os traumas adquiridos em sua biografia. Juntos escreverão uma nova história, com novas oportunidades, novos sonhos e novas condições, tendo como base a proteção e o amor.

Numa confluência de conceitos Maria Helena Diniz conceitua adoção como:

É ato jurídico solene e irrevogável pelo qual, observados os requisitos legais, alguém, mediante intervenção judicial, estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa, maior ou menor, que geralmente, lhe é estranha. Dá origem portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado e entre os parentes daquele com o adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau em linha reta.¹⁹

Nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tem-se uma conceituação mais enfática acerca do referido instituto:

[...] grande passo uma sociedade dá quando verifica que a relação paterno-filial é muito mais profunda do que o vínculo de sangue ou a mera marca genética. Com isso, não estamos menoscabando (rebaixando) a paternidade ou a maternidade biológica, não é isso. O fato é que, ser pai ou mãe não é simplesmente gerar, procriar, mas sim, indiscutivelmente, criar, cuidar, dedicar amor.²⁰

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5. p. 484.

²⁰ GOUVÊA, Matheus Fagundes Matos Pereira. **Adoção**: aspectos gerais no Brasil. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8557/Adocao-aspectos-gerais-no-Brasil>. Acesso em: 09 mai. 2021.

Em suma, ser pai ou mãe, biológico ou adotante, é a construção de um laço tendo como base o amor e todas as responsabilidades que alicerçam esta relação.

O desejo de adotar é o primeiro passo para adoção, ou seja, é a manifestação da vontade do adotante. Nesse sentido, será necessário o adotante apresentar uma petição para a vara da Infância e da Juventude da cidade ou comarca da região.²¹

Com o advento da Lei n. 12.010 de 2009, a matéria passou a ser regulada pela lei especial (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), que, inclusive, passaria a ter aplicação subsidiária na adoção de maiores:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente. [Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009.] Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente.²²

Buscou-se com a nova legislação acelerar o processo, desburocratizar e dar maior celeridade, tendo em vista que a demora contribuía para que adotados e adotantes criassem expectativas muitas vezes frustradas pelo decurso do tempo.

Na aplicação da lei deve-se levar em consideração que o princípio do melhor interesse coloca o infante em patamar de superioridade jurídica quando seus interesses colidem com o de pessoas adultas, conforme aponta Sávio Bittencourt.²³

A adoção é um procedimento complexo que visa resguardar o melhor interesse da criança e facilitar o encontro de interessados em realizar a adoção de crianças e adolescentes aptos à adoção e, para tanto, foi criado o

²¹ CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 09 de mai. 2021.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo **Novo curso de direito civil**, v. 6: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.663.

²³ BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38.

Cadastro Nacional de Adoção, o qual visa garantir maior sucesso nos processos de adoção.

Os requisitos fundamentais para adoção enumerados no Estatuto da Criança e adolescentes são: o adotante deve ser maior de idade, ou seja, possuir no mínimo 18 anos de idade, independentemente do estado civil (art. 42, *caput*, ECA); diferença de 16 anos entre o adotante e o adotado (art. 42, §3º, ECA); consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar (art. 45, ECA); concordância do adotando, se possuir mais de 12 anos de idade; processo judicial e efetivo benefício para o adotando (art. 43, ECA).²⁴

Assim, observados o procedimento específico, a legislação e os princípios acima expostos, resta esclarecer quais são os tipos de adoção trazidos pela doutrina.

A adoção à brasileira não é instituto regulado pelo direito brasileiro, sendo fruto da prática axiológica, com respaldo doutrinário e jurisprudencial, decorrente da paternidade ou maternidade socioafetiva, criada pelas pessoas que se declaram perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais como genitor ou genitora de filho biológico de outrem.²⁵

Tal prática é crime e está tipificada no artigo 242, de Código Penal, a saber:

Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.²⁶

Inquestionavelmente, a burocracia pertinente aos processos de adoção tem sua parcela de responsabilidade na corriqueira prática dos falsos registros de filiação, feitos de forma direta, como se a relação fosse efetivamente biológica, mas que encobrem uma relação meramente registral.

²⁴ BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 09 maio 2021.

²⁵ MADALENO, Rolf, 1954- **Direito de família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 726.

²⁶ MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial. 10. ed. v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Posteriormente, quando os tribunais são confrontados para se pronunciarem sobre essas adoções à brasileira, por arrependimento do adotante, ou por interesses hereditários do adotado, ao renegar sua filiação de afeto em busca de uma filiação biológica do ascendente falecido, invariavelmente os pretórios têm convalidado os liames civis sustentados na afetividade dessa relação, e negando a revogação da perfilhação socioafetiva e registral (CC, art. 1.604), tal qual é irreversível a própria adoção (ECA, art. 39, § 1º). Não obstante, seja direito do adotado conhecer sua origem biológica e, se quiser, obter informações a partir do acesso ao seu processo de adoção (ECA, art. 48), mesmo que não tenha atingido os 18 anos de idade (ECA, art. 48, parágrafo único).²⁷

Importante destacar que a “entrega voluntária”, incluída pela Lei 13.509/2017, art. 19-A do ECA²⁸, possibilita a gestante ou mãe entregar seu filho ou recém-nascido para adoção, sem que essa ação seja tipificada como crime. Essa entrega deverá ser realizada em um procedimento assistido pelo Juízo da Infância e da Juventude, para afastar o crime de abandono de recém-nascido.

Adoção unilateral é a adoção de crianças e adolescentes realizadas por um dos cônjuges ou companheiros. A adoção só por uma pessoa é denominada unilateral, a qual se configura pelo vínculo de filiação com um único ascendente, isto é, somente uma das partes faz a adoção. A referida modalidade está prevista no art. 41, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).²⁹

A adoção pode ser efetuada pelo tutor ou curador, que pode adotar o pupilo, tutelado ou curatelado. Mas, enquanto não der contas de sua administração e não se saldar o débito, essa adoção não poderá ocorrer (art. 44 do ECA).³⁰

Adoção *intuitu personae* é aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação a determinada

²⁷ MADALENO, Rolf, 1954- **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 726.

²⁸ BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 09 mai. 2021.

²⁹ MADALENO, Rolf, 1954- **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 702.

³⁰ MADALENO, Rolf, 1954- **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 713.

pessoa, identificada como pessoa certa ou para casal específico, estando presentes os demais pressupostos para a adoção.³¹

A adoção por divorciados é possível, conforme estabelece o art. 42, parágrafo 4º do (ECA), desde que o estágio de convivência tenha iniciado antes do divórcio, que haja consenso entre o regime de visitação e a guarda da criança ou adolescente, bem como que seja demonstrada a existência de vínculos de afinidade e afetividade entre as partes.³²

Dispõe o art. 42, parágrafo 6º do ECA³³ acerca da adoção póstuma ou adoção *post mortem*, que ocorre quando há a morte do adotante após a manifestação explícita de vontade acerca da adoção ou a existência de processo de adoção. A adoção *post mortem* é efetivada como uma exceção à regra, cujos efeitos da sentença retroagem ao momento da morte do adotante e, destarte, assegura todos os vínculos originados da adoção, inclusive com relação ao direito sucessório do adotando.

Cumprе ressaltar que esta modalidade busca proteger o adotando e evitar a frustração do mesmo pela morte do adotante, principalmente quando já existe vínculo afetivo e não haver dúvidas acerca da vontade do adotante.³⁴

A adoção internacional tem assento constitucional e será assistida pelo Poder Público na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por estrangeiro (CF, art. 227, § 5º).³⁵ A adoção por estrangeiro é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990)³⁶, através dos artigos 46, § 3º, 50, §§ 6º e 10, 51 e 52, observados os procedimentos previstos nos artigos 165 a 170 do ECA, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.010,

³¹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 713.

³² MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 717.

³³ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 717.

³⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 717.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

³⁶ BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

de 03 de agosto de 2009, e também pela Convenção de Haia, no referente à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção, aprovada em 29 de maio de 1993 (Decreto Legislativo n. 01, de 14 de janeiro de 1999, e promulgado pelo Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999).³⁷

A adoção internacional não conta com a unânime aprovação da comunidade jurídica, havendo aqueles que a condenam pelas mais diferentes razões, muitas vezes ligadas ao envio de crianças ou adolescentes para o exterior para a exploração da prostituição infanto-juvenil, para serem utilizados em trabalhos forçados e/ou em produções pornográficas.

A adoção por homoafetivos já foi objeto de inúmeras discussões, embora não seja expressamente proibida pelo ECA, o art. 42, parágrafo 2º não deixava clara a sua possibilidade. Entretanto, após pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental (ADPF) nº 132³⁸ e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, passou-se a permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, com o foco de proporcionar o melhor interesse daqueles. A decisão do STF perfilhou como entidade familiar com igualdade de direitos a união homoafetiva, quando presentes os requisitos legais do artigo 1.723 do Código Civil e, como toda união estável pode ser convertida em casamento, nada impede que casais homoafetivos possam civilmente se casar, regulamentado o matrimônio homoafetivo pela Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).³⁹

A adoção de nascituro não tem previsão na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e, tampouco, tinha qualquer referência nos artigos do Código Civil revogados

³⁷ BRASIL. **Decreto n. 3.087 de 21 de Junho de 1999**. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 16 mai. 2021.

³⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 730.

pela Lei n. 12.010/2009, não obstante fosse objeto de proposta de alteração do artigo 1.621 do Código Civil pelo Projeto de Lei n. 6.960/2002, com parecer firmado pela Professora Silmara Juny Chinelato, no qual demonstra que a adoção do nascituro já estava prevista pelo artigo 372 do Código Civil de 1916. O artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente excluiu a adoção do nascituro em seu texto, ao consignar que “a adoção depende do consentimento dos pais ou do consentimento legal do adotando.”⁴⁰

No que tange a adoção de embriões Miguel Ángel Soto Lamadrid assevera que:

A doação de embriões excedentes deve ser comparada ao instituto da adoção, e identificada com a tendência legítima de as pessoas terem filhos, diante da ausência concreta de danos, porque no gesto de acolher os embriões doados, que ao contrário seriam descartados ou disponibilizados para experiências científicas, estão as expectativas de amor e de proteção para este novo ser, desejado por casais estéreis, e embora existam crianças salvas do aborto, muitas delas não foram salvas do abandono afetivo⁴¹.

Finalmente, passa-se a estudar uma das mais importantes características da adoção, qual seja, a irrevogabilidade da adoção.

4 A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

O Estatuto da Criança e Adolescente disciplina em seu Art. 39, § 1º, que a adoção possui como características a excepcionalidade e a irrevogabilidade, sendo aquela entendida como última medida a ser adotada após esgotados todas as possibilidades de manter o adotante em família natural extensa; e essa significa que, uma vez constituída por sentença, não

⁴⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.p.725.

⁴¹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.p.727.

poderá ser rediscutida ou anulada, conforme preceitua o artigo 47 § 7º do ECA.⁴²

No mesmo sentido, Rolf Madaleno assevera:

São plenos e irreversíveis os efeitos da adoção, inquestionavelmente estabelece o artigo 41 ECA, mas cuja irrevogabilidade é imprescindível para assegurar a estabilidade dos vínculos de filiação.⁴³

O instituto é irrevogável e, mesmo após a morte dos pais adotivos, o vínculo não se desfaz. Sendo assim, o adotando não retoma seus laços consanguíneos, mas possui total direito, inclusive amparado pela lei, de conhecer sua origem biológica.⁴⁴

Nesse contexto caracteriza-se a incaducabilidade da adoção, no sentido em que nem mesmo a morte dos pais adotivos pode restabelecer o vínculo do adotado com a família biológica.

Outra importante característica da adoção é que ela se traduz como um ato personalíssimo, ou seja, somente o adotante pode pessoalmente procurar o órgão responsável no interesse de ingressar com o pedido de adoção, não havendo possibilidade de fazer mediante procuração, conforme expresso no artigo 39 § 2º do ECA.

A irrevogabilidade da adoção após o trânsito em julgado da sentença, estabelecida expressamente no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pressupõe ato jurídico perfeito e fundamenta-se na equiparação estabelecida no § 6º do art. 226 da Constituição Federal, mantida também no § 1º do art. 39, ECA, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.010/2009.⁴⁵

⁴² BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 22 mai. 2021.

⁴³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.p.738.

⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 22 mai. 2021.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a. p. 80.

Ainda que a adoção seja irrevogável e irratificável, são inúmeros os casos em que os adotantes requerem a revogação da medida, em clara contrariedade ao instituto. Neste ponto, Pereira destaca:

Como a adoção é irrevogável (ECA 39 § 1.º), rompe-se todos os laços com a família biológica. Ainda assim, com certa frequência, simplesmente os adotantes “devolvem” o filho que adotaram. Tal situação não está prevista na lei, mas infelizmente é algo que existe⁴⁶.

Embora não seja divulgado pelos órgãos competentes e não existam dados oficiais, o número de crianças e adolescentes devolvidos tem aumentado: em breve análise doutrinária, podemos concluir que os adotantes que praticam tal ato, os equiparam mais às relações de consumo que propriamente a um ato incondicional de amor.

O termo “devolução”, usado frequentemente para traduzir a desistência da adoção, parece muito mais vocacionado a bens, uma vez que seres humanos, dotados de inseparável dignidade, não se sujeitam a um trato que os objetifique, como se fossem coisas defeituosas que frustraram as expectativas do “adquirente”.⁴⁷

Na lógica da devolução injustificada ou desprovida de qualquer justificativa plausível baseada no interesse da própria criança ou do adolescente, estes, quando de sua devolução, são tratados como bens de consumo, que após apresentarem algum defeito podem ser trocados ou mesmo descartados. Desta forma, a criança e o adolescente viram objetos para adultos que tem poder de decisão sobre suas vidas.⁴⁸

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 820.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Da desconsideração inversa da personalidade jurídica na execução de alimentos**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1517/Da+desconsidera%C3%A7%C3%A3o+inversa+da+personalidade+jur%C3%ADdica+na+execu%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁴⁸ MILHOMEM, Suellen Mesquita. **Responsabilidade civil do adotante nos casos de devolução da criança adotada**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53713/responsabilidade-civil-do-adotante-nos-casos-de-devolu-da-criana-adotada>. Acesso em: 23 mai. 2021.

Devolução é uma palavra ampla e generalizada para este fenômeno, e contempla pelo menos dois casos distintos: a interrupção e a dissolução.

A literatura internacional denomina “interrupção” da adoção quando os adotantes desistem de completar o processo antes de a adoção ser legalmente efetivada. Esse período de efetivação não ultrapassa seis meses em países desenvolvidos, diferentemente do Brasil em que, às vezes, levam-se anos para que a família tenha, de fato, os papéis da adoção após o início da convivência. Fala-se em “rompimento ou dissolução” quando ocorre a entrega da criança após a adoção efetivada e legalizada. O segundo caso é mais grave porque entende-se que houve maior tempo de convívio e, portanto, maior dor acarretará aos envolvidos, em especial à criança ou ao adolescente.⁴⁹

Justo por isso, o uso do termo é repleto do significado da dureza que envolve as situações de desistência na adoção, com o retorno a abrigos de pessoas que já estavam acolhidas em seios familiares.⁵⁰

Tudo se torna ainda mais triste se lembrarmos o potencial que essa desistência possui para acarretar uma nova sensação de rejeição naquele que somente foi adotado em razão de já haver sido rejeitado, antes, pela família biológica que lhe deu origem.⁵¹

Apesar de não existirem dados oficiais junto ao CNJ, foram divulgados pela BBC News, decorrentes de uma pesquisa feita entre onze Estados da federação, que num lapso de cerca de cinco anos, foram registrados 172 casos de devolução de crianças e adolescentes candidatos à adoção, sendo que alguns desses candidatos experimentaram mais de

⁴⁹ DE GOES, Alberta Emília Dolores. **Criança não é brinquedo!** Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/viewFile/17350/12827>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. **Da desconsideração inversa da personalidade jurídica na execução de alimentos**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1517/Da+desconsidera%C3%A7%C3%A3o+inversa+da+personalidade+jur%C3%ADdica+na+execu%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Da desconsideração inversa da personalidade jurídica na execução de alimentos**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1517/Da+desconsidera%C3%A7%C3%A3o+inversa+da+personalidade+jur%C3%ADdica+na+execu%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos>. Acesso em: 23 mai. 2021.

uma situação de desistência no seu calvário em busca de uma família substituta.⁵²

A devolução chama muito mais nossa atenção porque se constitui como uma experiência que reedita o abandono. É desse ângulo que se enfatiza que as consequências para a criança podem ser intensificadas em relação aos seus sentimentos de rejeição, abandono e desamparo⁵³.

Com o objetivo de punir com maior efetividade e ser medida pedagógica de forma preventiva, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n° 1048, de 2020, com iniciativa e autoria do Senador Major Olímpio (PSL/SP), que em sua ementa altera o § 5º do art. 197-E do ECA, para definir medidas aplicáveis nas hipóteses de desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção e de devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção.⁵⁴

Mas mesmo antes de uma lei aprovada, a doutrina e jurisprudência, de forma acertada, tem condenado essa prática, impondo a responsabilização civil nos casos de devolução. A seguir, a pesquisa traz umas das teorias que poderá ser arguida para a responsabilização civil nos casos de devolução de criança e adolescente adotados.

5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DA DEVOUÇÃO

Esse novo instituto refere-se a uma oportunidade perdida e, conforme Flávio Tartuce:

A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade

⁵² LAVOR, Thays. **Criança devolvida, pai arrependido**: o drama das adoções que dão errado. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40464738> Acesso em: 23 mai. 2021.

⁵³ GHIRARDI, Maria Luiza. **Devolução de crianças adotadas**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-crian-cas-adotadas.aspx>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁵⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 108 de 2020**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141247>. Acesso em: 23 mai. 2021.

futura, que, dentro da lógica razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal.⁵⁵

A criança ou adolescente, ao ser adotado, é dada uma nova chance de construir uma nova história, ter uma família, uma nova estrutura de vida, cheia de oportunidades, seja de cunho material ou sentimental.

Nesse trilhar, Cristiano Chaves de Faria ensina que:

Com efeito, no campo das relações afetivas e patrimoniais de família é possível a prática de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, que impliquem em subtrair de alguém oportunidades futuras concretas de obter situações favoráveis de conteúdo econômico, ou não – o que viabiliza o reconhecimento da perda de uma chance.⁵⁶

Marcio Morya em esclarecedor artigo acerca do estudo da teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil escreve que:

Normalmente, o simples fato de as chances de dano terem sido aumentadas por ação ou omissão faz apenas possível, mas não certa, a ocorrência desse dano. Todavia, tal fato pode ter contribuído, se outras circunstâncias levarem a pensar que, na ausência das chances, o dano não teria ocorrido. Além do mais, a relação de causalidade sendo certa entre o fato alegado e a chance de dano criada, a vítima poderá ser indenizada do valor dessa chance, caso esse valor seja apreciável em dinheiro.⁵⁷

É inegável que toda criança ou adolescente privado do convívio familiar, seja natural ou por via da adoção, tem subtraída de sua existência a esperança de uma vida com mais

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual do direito civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

⁵⁶ CHAVES, Cristiano. Derrotabilidade das normas-regras (legal defesability) no Direito das Famílias: alvitando soluções para os extreme cases (casos extremos). **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, [S.L.], n. 4, p. 295-325, 11 jun. 2019. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/76>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁵⁷ MORYA, Marcio. **Teoria da perda de uma chance na Responsabilidade Civil**. Disponível em: <https://marciomorya.jusbrasil.com.br/artigos/239964392/teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil#:~:text=Normalmente%2C%20o%20simples%20fato%20de,o%20dano%20n%C3%A3o%20teria%20ocorrido>. Acesso em: 31 mai. 2021.

dignidade, razão pela qual se faz necessária uma reparação civil.

A responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo a quem cause o dano a obrigação de indenizar aquele que o sofreu. Os três elementos fundamentais da responsabilidade civil são: a) conduta humana: podendo essa ser comissiva ou omissiva, própria ou de terceiros, ilícita como regra geral ou mesmo lícita em situação excepcional; b) dano: que é a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial ou pela violação a um direito da personalidade; c) nexo de causalidade: que é o liame, o vínculo entre a conduta humana e o dano.⁵⁸

Nesse sentido, estabelece o artigo 927 do Código Civil⁵⁹ que, aquele que causa dano em outrem, tem o dever de repará-lo. O ato ilícito que cita o referido diploma legal acima refere-se a todo ato que viole o ordenamento jurídico ou aquele que viole os direitos e cause danos a outrem, mesmo que exclusivamente moral.

Para Tartuce, o art. 187 do Código Civil é revolucionário, trazendo a responsabilização e o dever de indenizar pelo ato ilícito. Diante do referido artigo, o abuso de direito está baseado “em quatro conceitos legais indeterminados, cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo juiz caso a caso, a saber: o fim social, o fim econômico, a boa-fé e os bons costumes.”⁶⁰

No mesmo sentido, aduz Maria Helena Diniz que:

(...) a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁶¹

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo **Novo curso de direito civil, v. 6:** direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.732.

⁵⁹ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Art. 927 do CC. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** v. único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 733.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 35.

E continua a doutrinadora:

A indenização por dano moral e existencial é cumulável, pois, um dano à integridade física ou psíquica pode alterar projeto de vida. Dano moral envolve o sentir e o dano existencial o deixar de fazer algo, sendo indenizável porque ninguém tem o direito de mudar a vida das pessoas, tirando-lhe as expectativas. Logo, o dano existencial é um desdobramento do dano moral e patrimonial, mas pode ser considerado como uma categoria autônoma. São sinônimos os termos: dano existencial, dano à vida de relação, (*préjudice d'agrément*), perda de amenidades, perda do gozo de direitos essenciais a qualquer pessoa em estado normal de vida (*loss of amenities of life*), ou *loss enjoyment of life*, ou *hedonic damages*, *perte de jouissance de vie* ou perda do gozo da vida, de chances, projetos, desejos etc.⁶²

Em decisão paradigmática proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 04/05/2021, no REsp 1698728/MS, verificou-se que o colegiado tratou acerca da indenização devida à criança adotada e, posteriormente, devolvida pelos adotantes.

Em primeira instância o juiz condenou o casal a pagar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por danos morais à adotada, além de pensão alimentícia. Entretanto, o tribunal de segundo grau reformou a sentença por entender que não foram demonstrados os requisitos nem para a pensão, nem para a obrigação de indenizar.

No STJ os ministros da 3ª Turma atribuíram a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, e devolveram o processo ao tribunal para decidirem acerca da pensão alimentícia, uma vez que a adotada já estava com 18 anos de idade e, portanto, haveria a necessidade de comprovação da real necessidade no caso concreto.

Depreende-se do caso, em apertada análise, que não somente os pais deveriam ser responsabilizados, mas também

⁶² DINIZ, Maria Helena. **Proteção jurídica da existencialidade**. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6885>. Acesso em: 25 mai. 2021.

as instituições estatais responsáveis pelo procedimento de adoção, havendo uma espécie de culpa concorrente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, torna-se cristalina a necessidade do judiciário responsabilizar civilmente os pais adotantes devido ao dano causado ao filho adotado nos casos de devolução. A questão salutar é resguardar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente proteger e reparar, diminuindo assim a extensão do dano causado, pois os malefícios causados pela devolução de uma criança ou adolescente ficarão marcados intimamente em sua biografia.

A conexão das esferas da responsabilidade civil e das relações familiares oportunizou o cabimento de indenização pelos danos derivados das assim chamadas devoluções de crianças e adolescentes em processo de adoção ou com a adoção já consumada.

Ao indenizar, o objetivo é compensar, amenizando o dano causado resguardando uma oportunidade futura ao filho adotado até então frustrada pela devolução. Além do aspecto compensatório, a aplicação da indenização serve como medida pedagógica à luz da função social da responsabilidade civil.

Assim, diante da pesquisa doutrinária, bem como da recente decisão do STJ mencionada no presente artigo, ficou evidente a flagrante e imperiosa necessidade de uma evolução nas decisões, uma vez que, mesmo tendo o Tribunal entendido que “o filho decorrente da adoção não é uma espécie de produto que se escolhe na prateleira e que pode ser devolvido se se constatar a existência de vícios ocultos”, o voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, que foi seguido pela maioria da turma, acabou por não considerar um valor justo como indenização. Em que pese à decisão acertada, foi atribuído a ínfima quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais em favor da filha adotada.

O judiciário deve aplicar a indenização conforme a extensão do dano. No caso em apreço, a criança foi adotada aos nove anos de idade e devolvida aos catorze anos, tendo

provavelmente completado a maioria em uma casa de acolhimento, conseqüentemente frustrando suas expectativas e comprometendo seu futuro.

Nesse viés, conclui-se que a devolução de crianças e adolescentes na adoção deverá ser responsabilizada civilmente, seja pela teoria da perda de uma chance, seja pelo sofrimento gerado às crianças e adolescentes pelo novo abandono vivido. No entanto, é preciso que essa responsabilização seja ágil e em valores que possam coibir novas devoluções, e que além da indenização, fixe-se também pensão alimentícia.

São muitos os desafios encontrados para que se faça valer os princípios protetivos relacionados às crianças e adolescentes. Ainda que muitos casos de devolução cheguem ao judiciário, é importante continuar acreditando no instituto da adoção, que é um ato de amor incondicional e uma bela forma de se constituir uma família.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção**: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 3.087 de 21 de Junho de 1999**. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.471, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 108 de 2020**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141247>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1698728/MS**. Rel. Ministro Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/05/2021, DJe 13/05/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 16 mai. 2021.

CHAVES, Cristiano. Derrotabilidade das normas-regras (legal defeseability) no Direito das Famílias: alvitando soluções para os extreme cases (casos extremos). **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, [S.L.], n. 4, p. 295-325, 11 jun. 2019. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/76>. Acesso em: 23 mai. 2021.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 09 mai. 2021.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DE GOES, Alberta Emília Dolores. **Criança não é brinquedo!** A devolução de crianças e adolescentes em processos adotivos. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/viewFile/17350/12827>. Acesso em: 23 mai. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Proteção jurídica da existencialidade**. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6885>. Acesso em: 25 mai. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo **Novo curso de direito civil, v. 6: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GHIRARDI, Maria Luiza. **Devolução de crianças adotadas.** Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/em-discussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>. Acesso em: 23 mai. 2021.

GOUVÊA, Matheus Fagundes Matos Pereira de. **Adoção: aspectos gerais no Brasil.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8557/Adocao-aspectos-gerais-no-Brasil>. Acesso em: 09 mai. 2021.

LAVOR, Thahys. **Criança devolvida, pai arrependido: o drama das adoções que dão errado.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40464738>. Acesso em: 23 mai. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado.** Direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. São Paulo: Atlas, 2003.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MASSON, Cleber, **Direito penal: parte especial.** 10. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MILHOMEM, Suellem Mesquita. **Responsabilidade civil do adotante nos casos de devolução da criança adotada.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53713/responsabilidade-civil-do-adotante-nos-casos-de-devolucao-da-crianca-adotada>. Acesso em: 23 mai. 2021.

MORYA, Marcio. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil.** Disponível em: <https://marciomorya.jusbrasil.com.br/artigos/239964392/teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil#:~:text=Normalmente%2C%20o%20simples%20fato%20de,o%20dano%20n%C3%A3o%20teria%20ocorrido>. Acesso em: 31 mai. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva.** Rio de Janeiro: Lumen, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Da desconsideração inversa da personalidade jurídica na execução de alimentos.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1517/Da+descon sidera%C3%A7%C3%A3o+inversa+da+personalidade+jur%C3%ADdica+na+execu%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos>. Acesso em: 23 mai. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** v. único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual do direito civil:** v. único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; **Direito civil:** direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O Curso de Direito da FUCAP objetiva de forma geral formar bacharéis que congreguem o saber jurídico tradicional e dogmático com uma formação multidisciplinar e empreendedora, com capacidade para enfrentar os desafios do mundo jurídico contemporâneo, consciente do seu papel como agente de transformação social, na busca constante pela Justiça e pela pacificação dos conflitos.



ISBN: 978-65-87169-21-7



9786587169217