

# **DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO**

**PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1  
VOL. IV**



**ORGANIZADORES:**  
**Camila Yamaoka Mariz Maia**  
**José Carlos Ferreira da Luz**  
**Marcel Silva Luz**

**ISBN: 978-65-5825-087-6**

**DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO:  
PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1**

**VOL. IV**

**Camila Yamaoka Mariz Maia  
José Carlos Ferreira da Luz  
Marcel Silva Luz  
(Organizadores)**

Centro Universitário – UNIESP

Cabedelo - PB  
2021



## **CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP**

### **Reitora**

Érika Marques de Almeida Lima Cavalcanti

### **Pró-Reitora Acadêmica**

Iany Cavalcanti da Silva Barros

### **Editor-chefe**

Cícero de Sousa Lacerda

### **Editores assistentes**

Márcia de Albuquerque Alves  
Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

### **Editora-técnica**

Elaine Cristina de Brito Moreira

### **Corpo Editorial**

Ana Margareth Sarmiento – Estética  
Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura  
Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda  
Érika Lira de Oliveira – Odontologia  
Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia  
Jancelice dos Santos Santana – Enfermagem  
José Carlos Ferreira da Luz – Direito  
Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia  
Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores  
Luciano de Santana Medeiros – Administração  
Marcelo Fernandes de Sousa – Computação  
Paulo Roberto Nóbrega Cavalcante – Ciências Contábeis  
Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia  
Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária  
Rita de Cássia Alves Leal Cruz – Engenharia  
Rodrigo Wanderley de Sousa cruz – Educação Física  
Sandra Suely de Lima Costa Martins - Fisioterapia  
Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2021 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

**Designer Gráfico:**

Mariana Moraes de Oliveira Araújo

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)**

D537      Diálogos científicos em direito: produções acadêmicas 2021.1  
[recurso eletrônico] / Organizadores: Camila Yamaoka  
Mariz Maia, José Carlos Ferreira da Luz, Marcel Silva Luz.  
- Cabedelo, PB: Editora UNIESP, 2021.  
255 p.; v.4.

Tipo de Suporte: E-book  
ISBN: 978-65-5825-087-6

1. Produção científica – Direito. 2. Direito -  
Interdisciplinaridade. 3. Diálogos – Conhecimento científico. I.  
Título. II. Maia, Camila Yamaoka Mariz. III. Luz, José Carlos  
Ferreira da. IV. Luz, Marcel Silva.

CDU: 001.891:34

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

**Editora UNIESP**

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,  
Bloco Central – 2 andar – COOPERE  
Morada Nova – Cabedelo – Paraíba  
CEP: 58109-303

## SUMÁRIO

<b>RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA DO ERRO MÉDICO</b> - Rafael de Araujo Aires Vilar, Valberto Alves de Azevedo Filho	06
<b>A CULPABILIDADE DO PSICOPATA NO DIREITO BRASILEIRO</b> - Raquel Costa Oliveira, Gabriella Henriques da Nobrega	25
<b>QUANTITATIVA TEMPORAL</b> - Regis Barroso de Souza, Derly Pereira Brasileiro	48
<b>MAUS TRATOS AOS IDOSOS: COMO COMBATER ESSA PRÁTICA VIOLENTA?</b> - Ricardo Fernandes dos Santos, Luciano Honório de Carvalho	68
<b>DIREITO DO IDOSO</b> - Sandro Sidne Cesário Ferreira, Luciano Honório de Carvalho	81
<b>MULTAS TRIBUTÁRIAS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO</b> - Thaís Campos Gomes, Marcel Silva Luz	104
<b>DIREITO CONTRATUAL X DIREITO AUTORAL</b> - Thiago da Rocha Barbosa, Valberto Alves de Azevedo Filho	117
<b>ALIENAÇÃO PARENTAL</b> - Thiago Nascimento da Cruz, Luciano Honório de Carvalho	138
<b>DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: A MAIS RECENTE E INOVADORA CATEGORIA DE INDENIZAÇÃO CIVIL PELO PREJUÍZO DO TEMPO DESPERDIÇADO</b> - Waleska Vidal Lopes, Valberto Alves de Azevedo Filho	161
<b>IMUNIDADE MUSICAL – EC75/03 – E AS IMPRECIÇÕES TÉCNICO-JURÍDICAS QUANTO A SUA EXECUTORIEDADE</b> - Wellinton Teodósio dos Santos Júnior, José Gomes de Lima Neto	188
<b>O DIREITO AO SILÊNCIO: Garantia Constitucional no Processo Penal</b> - Cassandra Reis Visani, Maria Adelize da Silva Luz	211
<b>É PRECISO MORAR: OCUPAÇÕES DOS ESPAÇOS AMBIENTAIS PROTEGIDOS DA CIDADE DE JOÃO PESSOA-PB</b> - Fagne Araújo dos Santos, Maria Adelize da Silva Luz	231

## **APRESENTAÇÃO**

O E-Book do Curso de Direito do UNIESP é uma publicação anual de caráter científico que se tornou realidade em 2021. O objetivo da referida publicação é articular pesquisa, extensão e ensino, publicando trabalhos de discentes, que reflitam os tipos de cientificidade praticados e pretendidos pelo nosso Centro Universitário. Assim, Diálogos Científicos em Direito, além de publicar textos de diversos teores, é também portador da proposta acadêmica do UNIESP.

Mais uma vez, o curso de Direito agradece aos colaboradores desse volume, desejando-lhes inspiração e aprofundamento nas pesquisas para o crescimento de todos, o reconhecimento da qualidade de suas produções pela própria comunidade acadêmica e a inserção de novos saberes no âmbito da ciência e na sociedade.

Esperamos que a consistência do conjunto de artigos publicados, abrangendo diversos temas atuais e reflexivos dentro do Direito Médico, Direito Penal, Direito do Consumidor, dentre outros, contribua para a ampliação do seu conhecimento e de seu aprimoramento profissional.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Profa. Camila Yamaoka Mariz Maia

## RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA DO ERRO MÉDICO

Rafael de Araujo Aires Vilar<sup>1</sup>  
Valberto Alves de Azevedo Filho<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata, de forma sintética, a responsabilidade civil, ética e criminal do erro médico. Tendo a explanação acerca da relação entre médico e seu paciente e sua natureza jurídica. Em seguida dá a definição de erro médico segundo a doutrina e a legislação brasileira. A explanação continua apontando as condutas vedadas pelo médico, de acordo com o Código de Ética de Medicina. Por fim, analisa a responsabilidade civil, ética e penal do erro médico, destrinchando os conceitos de negligência, imprudência e imperícia, abordando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Código Penal  
Palavras- chave: Erro médico. Responsabilidade ética, civil e criminal

**ABSTRACT:** This article deals, briefly, with the civil, ethical and criminal liability of medical error. Having the explanation about the relationship between doctor and his patient and its legal nature. It then gives the definition of medical error according to Brazilian doctrine and legislation. The explanation continues pointing out the practices prohibited by the doctor, according to the Code of Ethics of Medicine. Finally, it analyzes the civil, ethical and penal liability of medical error, disrupting the concepts of negligence, recklessness and malpractice, addressing the applicability of the Consumer Protection Code, Civil Code and Penal Code.  
Key words: Medical error. Ethical, civil and criminal responsibility

### 1 INTRODUÇÃO

A relação entre médico e paciente, outrora pautada pela afetividade, marcada pela figura do médico de família, quase desapareceu por completo. Atualmente, com profissionais cada vez mais especializados e técnicos, a relação entre médico e paciente passou a ser diferente.

O uso de forte publicidade, que muitas vezes vai de encontro com as normas legais, e a tendência de seguir padrões de beleza destacados pela mídia, faz com que o médico ganhe destaque e clientela. Além dos avanços da ciência, que trazem a esperança do envelhecimento tardio e da morte protelada.

Contudo, esses aspectos nada interferem na responsabilidade legal em relação ao atendimento médico. Se em qualquer situação, o profissional age com

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

imprudência, negligência ou imperícia, comprometendo a vida ou a saúde do paciente, está praticando ato ilícito e na sua má prática.

É neste cenário que os médicos passam a ser protagonistas das mais diversas demandas judiciais, tendo o poder judiciário invocado para garantir indenizações decorrentes de supostos erros médicos.

E, seguindo este objetivo, é possível constituir a problemática do presente trabalho, que tem como foco justamente estas relações entre médicos e pacientes, mais especificamente no momento em que tal relação é estremecida em virtude do chamado Erro Médico.

Sendo assim, em um primeiro momento, definir-se-á qual a natureza da relação entre o médico e o paciente, para que se possa detectar a que tipo de juízo pertence. Em ato contínuo, esmiuçar-se-á o conceito do Erro Médico, tanto para a doutrina, quanto para a legislação brasileira.

Em seguida, apontar-se-á as condutas vedadas ao profissional médico, de acordo com Código de Ética de Medicina, identificando, assim, os possíveis erros médicos. E, por fim, definir-se-á que tipo de responsabilidade é acarretada ao médico que outrora veio a cometer algum erro no exercício de suas funções.

Com todo o exposto, buscar-se-á responder às seguintes perguntas: Qual a natureza jurídica da relação entre o médico e seu paciente e quais são os principais efeitos jurídicos decorrentes dessa relação?

## **2 QUAL A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE?**

No passado, existia-se uma relação muito forte entre o médico e seus pacientes. Porém, a conhecida figura do médico da família, que acompanhava os seus integrantes ao longo da vida, não existe mais.

Entretanto, fato é que mesmo com os grandes avanços econômicos, científicos e tecnológicos que a medicina vive atualmente, nada substituiu o tratamento humanizado entre o médico e seu paciente.

A relação Médico-Paciente tem como base a confiança, credibilidade e a intimidade, de modo a não permitir a exposição da situação médica do paciente para pessoas não envolvidas com o seu tratamento.

Segundo Antônio Carlos Lopes, presidente da Sociedade Brasileira de Clínica Médica (SBCM):

Para ser médico, é preciso gostar de gente. Saber que não existem doenças e sim, doentes. Exercer essa profissão é colocar em prática o amor ao próximo. O doente deve morrer de mãos dadas com o seu médico e este necessita de tranquilidade e ferramentas ideais para um atendimento no qual possa oferecer o melhor do seu conhecimento, toda a sua atenção e, principalmente, todo o seu respeito. Ele precisa de tempo suficiente para conhecer o paciente, descobrir suas queixas, averiguar seu passado, seus anseios e angústias, e fazer com que saia aliviado, com perspectiva de ter seu problema solucionado. Dar e receber assistência médica de qualidade e universal, mais do que um anseio, é um direito de todos.

Apesar de toda esta conscientização por parte da SBCM, tem-se verificado ao longo dos anos um aumento significativo no número das ações judiciais que pleiteiam indenizações pelos erros cometidos pelos profissionais da área. Este *boom* de ações trouxe à tona uma pertinente discussão: qual seria a natureza jurídica da relação médico-paciente? Civil ou Consumerista?

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 2º do retrata:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Já em seu 3º, tem-se a definição de fornecedor, bem como do que é um produto e um serviço. Vejamos:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Além disso, é importante frisar que o Código de Defesa do Consumidor utiliza-se do princípio da presunção de hipossuficiência do consumidor como forma de proteção. Segundo Flávio Tartuce (2013), o conceito de hipossuficiência vai muito além do viés econômico, pois dizer que um consumidor é hipossuficiente ante ao fornecedor é reconhecer uma disparidade técnica ou informacional entre eles. E é justamente neste cenário que se encontra a relação médico-paciente.

O Superior Tribunal Justiça (STJ) já pacificou o entendimento sobre a relação médico paciente ser contratual, conforme o Recurso Especial (REsp) 819.008:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção.

2. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética.

3." Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora "(REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011).

4. Recurso especial provido.

Ao se analisar os dispositivos acima descritos, não se restam dúvidas de que esta é de fato uma relação de consumo, uma vez que o paciente, em sua posição de hipossuficiência técnica e informacional, utiliza-se dos conhecimentos do profissional da área médica, remunerando-o por seus serviços prestados.

Portanto, quando tratar-se de ações de indenização ou reparação por maus serviços prestados por profissionais da área médica, aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor.

### **3. O ERRO MÉDICO**

O erro médico pode ser definido, conforme Júlio César Meirelles Gomes e Genival Veloso de França, como uma conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência.

Destrinchando este conceito, pode-se perceber que, para a caracterização de um erro médico, não basta apenas um resultado danoso para o paciente. É preciso haver um nexos causal entre o evento danoso e a conduta do profissional, que é justamente quando tal conduta vem acompanhada de uma ação ou omissão inadequada, seja ela imperita, imprudente ou negligente.

Uma conduta negligente pode ser definida como quando se deixa de tomar atitude ou apresentar ação que era esperada para a situação. Age-se com descuido, indiferença ou desatenção, não tomando as devidas precauções.

A imprudência pressupõe uma ação precipitada e sem cautela. Aqui, o agente não deixa de fazer algo, mas toma uma atitude diversa da esperada, muitas das vezes, prejudicial.

Já na imperícia é necessário constatar a inaptidão, ignorância, falta de qualificação técnica, teórica ou prática, ou ausência de conhecimentos elementares e básicos da profissão.

Portanto, é importante frisar que não se caracteriza erro médico quando o profissional utilizou-se de todos os meios possíveis e recursos disponíveis para tentar evitar um determinado dano, porém não obteve êxito. Situações como estas caracterizam-se como fatalidades, por mais lamentáveis que sejam.

O Conselho Federal de Medicina - CFM, por sua vez, define o erro médico como:

A falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na justiça, em que o médico foi condenado, ou foi por erro culposos.

É do senso comum o preceito de que aquele que causa dano a outrem, deverá ser punido, de acordo com a extensão do prejuízo. Segundo o famigerado Código de Hamurabi:

O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se fica cego, a metade do preço.

Entre os Visigodos e Ostrogodos, há relatos de que os médicos eram entregues às famílias dos pacientes falecidos por suposta prática de erro médico, para serem punidos como bem entendessem.

Entre os egípcios, a tradição era punir o médico quando este se afastava de cumprir com as normas. Já na época do império romano, os médicos pagavam uma indenização pela morte de um escravo e com a pena capital a morte de um cidadão quando comprovado sua imperícia.

Assim, constata-se que desde a antiguidade as condutas médicas vêm sendo observadas e punidas, de acordo com a cultura de cada povo, quando aparentemente inadequadas.

#### **4. DAS CONDUTAS VEDADAS**

Mas afinal, quais seriam as condutas inadequadas que, através do erro médico, causam prejuízos aos pacientes?

O Código de Ética Médica em vigor no Brasil cuidou de descrever, em seu Capítulo III – Responsabilidade Profissional, condutas vedadas ao médico como profissional. São elas:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

Já em seu capítulo V, o CEM cuidou de destacar as condutas vedadas aos médicos quando da relação com pacientes e familiares. Portanto, dos artigos 31 a 42, têm-se as condutas vedadas ao profissional de medicina para com o paciente. São elas:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 39 Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

É imperioso ressaltar que o diagnóstico errôneo, o erro cirúrgico, o tratamento inadequado, a ausência de consentimento informado e o mau uso do instrumento, são alguns dos erros médicos mais frequentes.

Diante disso, o Conselho Federal de Medicina bem como seus Conselhos Regionais possuem o Código de Ética Médica, Regulamentos, Pareceres e Resoluções que tratam de fundamentar os processos administrativos, que independem da seara judicial, onde são julgadas e punidas as condutas de seus profissionais.

Dentre as punições destaca-se: Advertência profissional, Censura confidencial, Censura pública, Suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias e Cassação do exercício profissional.

Além dos processos administrativos previsto pelo Código de Ética Médica, o profissional médico responde também judicialmente pelos danos que causar aos seus pacientes. Isto porque, conforme dito anteriormente, a relação médico-paciente é uma relação de consumo, de modo que se encontra amparada pelos preceitos do *suso* mencionado Código de Defesa do Consumidor. Que, por ser uma lei de cunho manifestamente protecionista, visa dar paridade de armas às relações de consumos, muitas vezes compostas de uma hipossuficiência técnica, que é justamente o caso das relações médico-paciente.

Vale salientar que uma boa relação entre médico, paciente e familiares, pautada sempre na sinceridade e na observância do Código de Ética de sua

profissão, é um fator decisivo e que pode evitar sérios danos físicos, morais e materiais e, conseqüentemente, muitos processos judiciais.

## **5. RESPONSABILIDADE DO ERRO MÉDICO**

### **5.1 RESPONSABILIDADE ÉTICA**

Conforme explanado, em termos de responsabilidade médica, para que esta se reste caracterizada, devem estar presentes: conduta; nexo causal e o dano. Ao paciente incube demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta adotada pelo médico e o dano sofrido.

Destarte, conforme o disposto no artigo 1º do Código de Ética de Medicina:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Sendo assim, o médico que causar dano ao paciente, por ação ou omissão imperita, imprudente ou negligente, não responderá por seus atos se não for verificada a presença de culpa (aqui, utiliza-se o conceito amplo de culpa), que nunca, em hipótese alguma, poderá ser presumida.

A Lei nº3268 de 1957 que dispõe e regulamenta sobre os Conselhos de Medicina, por sua vez, prevê uma série de responsabilizações éticas para os médicos que cometerem erros. São elas:

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

§ 1º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo.

§ 2º Em matéria disciplinar, o Conselho Regional deliberará de oficial ou em consequência de representação de autoridade, de qualquer membro, ou de pessoa estranha ao Conselho, interessada no caso.

§ 3º A deliberação do Comércio precederá, sempre, audiência do acusado, sendo-lhe dado defensor no caso de não ser encontrado, ou for revel.

§ 4º Da imposição de qualquer penalidade caberá recurso, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência, para o Conselho Federal, sem efeito suspenso salvo os casos das alíneas c, e e f, em que o efeito será suspensivo.

§ 5º Além do recurso previsto no parágrafo anterior, não caberá qualquer outro de natureza administrativa, salvo aos interessados a via judiciária para as ações que forem devidas.

§ 6º As denúncias contra membros dos Conselhos Regionais só serão recebidas quando devidamente assinadas e acompanhadas da indicação de elementos comprobatórios do alegado.

Desta forma, o médico que cometer uma ou várias das condutas citadas no capítulo anterior (arts. 1º a 21 e arts. 31 a 42 do CEM), será responsabilizado sob os preceitos contidos no artigo 22 e seus parágrafos da Lei nº3268 de 1957.

Outrossim, o profissional também deverá respeitar o dever ético de se manter atualizado, aprimorando seus métodos de trabalho. Respeitando, ainda, a obrigação de ser atencioso e cuidadoso em seu labor, para não arriscar-se a ser culpabilizado pela negligência médica.

No entanto, sabe-se que a responsabilidade do médico pode não só ser Ético-profissional, como também existir nas searas Cível e Criminal. Tais responsabilidades coexistem e não dependem uma das outras. Assim, o médico pode responder a um processo ético-profissional e, ao mesmo tempo, responder a uma ação de indenização na esfera cível ou em um processo na seara criminal.

## 5.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Na seara Cível, diferentemente dos outros casos de danos previstos no CDC, a responsabilidade civil é subjetiva. Isto é, o médico apenas responderá mediante a verificação de sua culpa, conforme prevê o artigo 14, §4º do CDC:

**Art. 14.** O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§1º. *Omissis.*

§2º. *Omissis.*

§3º. *Omissis.*

§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Assim, nos casos de responsabilidade médica, a culpa do profissional será sempre analisada sob as óticas da negligência, imprudência e imperícia, que já foram amplamente explanadas neste artigo.

Pelo fato de a responsabilidade civil do médico ser subjetiva, ou seja, há de se falar em culpa, diferentemente de outras profissões, o médico tem obrigação de meio e não de resultado, de modo que, em um processo cível o juiz analisará se no agir do médico houve culpa para acontecimento de determinado dano, que pode ser pessoal, moral e material.

Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REPARAÇÃO DANO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - ERRO MÉDICO - DEVER DE INDENIZAR NÃO COMPROVADO - LAUDO PERICIAL - APRECIACÃO DA PROVA - O laudo pericial foi categórico ao afirmar a ausência de conduta culposa por parte da ré, ora apelada. - O artigo [371](#) do [CPC](#) dispõe que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias insertos nos autos, devendo indicar apenas os motivos que lhe formaram o convencimento. - A obrigação de reparar por erro médico exige a comprovação de ter ocorrido imperícia, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade entre a conduta médica e as consequências lesivas à saúde do paciente, sem o que não se pode atribuir responsabilidade civil.

É importante frisar que, o erro médico, por causar um dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, também é caracterizado como um ato ilícito e deve ser reparado. O Código Civil de 2002, em suas atribuições, cuidou de deixar claro o que se entende por ato ilícito bem como a sua consequência. Vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em síntese, para que possa subsistir alegação de erro médico e de responsabilidade civil deste profissional, eventuais prejuízos suportados pelo paciente devem decorrer da culpa quando da realização do tratamento médico, da identificação de imperícia, negligência ou imprudência.

Assim, o médico que causar danos ou prejuízos ao paciente no exercício da sua profissão, podendo ser morais, materiais ou estéticos, terá a obrigação de reparação.

Insta frisar o contido no artigo 6º, III do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I. *Omissis*

II. *Omissis*

III. A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem

Já em seu artigo 8º o CDC informa que:

Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Diante disso, é de fácil constatação que o médico deve informar ao paciente de todos os riscos que o tratamento ao qual vai se submeter lhe oferece, decidindo, então, por fazer ou não. Caso isso não ocorra, o paciente que se sentir lesado por omissão de informações poderá ir em busca da reparação pelos danos e/ou prejuízos ocasionados.

Portanto, estando o paciente ciente de tais informações que lhes são de direito, o médico não poderá ser responsabilizado por erro, quando do caso em que um desses potenciais riscos vier a se concretizar.

### 5.3 RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Já no âmbito Penal, a responsabilidade do médico por culpa deriva da constatação dos seguintes elementos:

- a) violação do dever objetivo de cuidado;
- b) previsibilidade objetiva do resultado;
- c) princípio da confiança;
- d) previsibilidade subjetiva;
- e) imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. (SOUZA, 2009).

Há a responsabilidade penal por omissão médica, ou seja, quando o agente deixa de praticar uma conduta que era devida em caso concreto. Existem dois tipos de crimes omissivos, são eles: os omissivos próprios e os omissivos impróprios.

Os crimes omissivos próprios são assim chamados por serem previstos em tipos penais específicos, bastando o médico se abster de realizar a conduta, pois este tipo penal não depende do resultado para se consumir.

Conforme art.135 do CP:

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:  
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa

O art. 269 do mesmo diploma legal dispõe:

Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:  
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa

Este crime também está tipificado no art. 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preceitua:

Art. 229. Deixar o médico, enfermeiros ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta lei:  
Pena - detenção de seis a dois anos.

Já os crimes por omissão imprópria são aqueles que dependem de resultado para sua consumação, tendo o agente o dever de agir para evitar um resultado concreto.

Os elementos essenciais deste tipo de crime estão previstos no art. 13, § 2º, do CP:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Assim, se o médico deixar de realizar aquela conduta e não impedir o determinado resultado, será responsabilizado pelo crime, seja ele culposo ou doloso.

A reparação do dano está prevista conforme dita o art. 63 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP):

Art. 63 - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros

Parágrafo único: Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste código sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Já o artigo 91 do Código Penal Brasileiro (CP) dispõe:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

- I - Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

A seguinte ementa, por sua vez, retrata um caso real de responsabilização do erro médico:

EMENTA: INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – CIRURGIA DE EXTRAÇÃO DE CISTO QUE RESULTOU NA PERFURAÇÃO DO INTESTINO E EVOLUIU PARA MORTE DA PACIENTE – CULPABILIDADE DO MÉDICO DECLARADA EM SENTENÇA PENAL TRANSITADA EM JULGADO – INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 935 DO CÓDIGO CIVIL, 63 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E 91, INCISO I DO CÓDIGO PENAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL – INDENIZAÇÃO FIXADA EM R\$100.000,00 – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

(TJ-SP - APL: 00300959820038260554 SP 0030095-98.2003.8.26.0554, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento: 09/12/2015, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/12/2015)

Assim, pode-se concluir que a responsabilidade penal médica é tratada como crime culposos, doloso ou omissivo e está caracterizada pela quebra do dever de cuidado, que deve estar presente no agir do médico com culpa, que evidencia uma deficiência de conduta, seja de inaptidões ou de deficiências próprias, exprimindo um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do médico.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relação médico-paciente mudou nos últimos anos pelos grandes avanços tecnológicos, causando um afastamento e perdendo a essência dessa comunicação, originando, então, um boom de ações de reparação de danos causados pelo chamado Erro Médico. O presente trabalho teve como enfoque justamente os tipos de responsabilizações que os médicos estão sujeitos, quando cometem determinadas condutas consideradas inadequadas ou vedadas pelo Código de Ética Médica.

Após uma breve análise, foi possível concluir que a relação médico-paciente tem natureza consumerista, pelos artigos 2º e 3º do código de defesa do consumidor e matéria pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, onde o paciente é encontrado em situação de hipossuficiência.

Em alguns casos, é comum ocorrer o chamado erro médico em razão do cometimento de condutas inadequadas pelos profissionais, por despreparo e até

mesmo falta de condições essenciais de trabalho, como por exemplo a imperícia, negligência, a imprudência e deixar de dar a devida informação ao paciente e seus familiares.

Verificou-se, então, que tais condutas são responsabilizadas em várias searas, quais sejam, eticamente, civilmente e penalmente. Verificou-se, ainda, que para que haja tal responsabilização, deve haver a conduta, nexos causal e dano e da culpa, que, no caso desta última, nunca será presumida. Contudo, há algumas excludentes de responsabilidade como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Nesta feita, para que possa subsistir alegação de erro médico e de responsabilidade civil deste profissional, eventuais prejuízos suportados pelo paciente devem decorrer da culpa quando da realização do tratamento médico, da identificação de imperícia, negligência ou imprudência.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

\_\_\_\_\_. **Código de Ética Médica**, Resolução CFM Nº 1931, de 24 de setembro de 2009.

DROPA, Romualdo Flávio. **Erro Médico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3876](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3876)> Acesso em: 28/11/2018.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/parteiverromedico.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteiverromedico.htm)> Acesso em: 27/11/2018.

LOBO, Hewdy. **Erro Médico: Definição e repercussões éticas, cíveis, penais e do consumidor?** Disponível em: <<https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/342486608/erro-medico-definicao-e-repercussoes-eticas-civeis-penais-e-do-consumidor?>> Acesso em: 22 de maio de 2018.

NASCIMENTO, Gisele. **Responsabilidade civil do médico a luz do código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269480,61044->

Responsabilidade+civil+do+medico+a+luz+do+Codigo+de+Defesa+do> Acesso em: 27/11/2018.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **Responsabilidade civil por erro médico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3580](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580)>. Acesso em: 28/11/2018.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CLÍNICA MÉDICA. **A importância da relação médico-paciente**. Disponível em: <<http://www.sbcm.org.br/v2/index.php/artigo/2526-a-importancia-da-relacao-medico-paciente>>. Acesso em: 27/11/2018.

\_\_\_\_\_. .. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 819.008 – PR**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23340338/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-819008-pr-2006-0029864-0-stj/inteiro-teor-23340339?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28/11/2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. .. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível**. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502025014/apelacao-civel-ac-10627100008853001-mg/inteiro-teor-502025095?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27/11/2018.

\_\_\_\_\_. .. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/268518973/apelacao-apl-300959820038260554-sp-0030095-9820038260554>>. Acesso em: 05/12/2018

## **A CULPABILIDADE DO PSICOPATA NO DIREITO BRASILEIRO**

Raquel Costa Oliveira<sup>1</sup>  
Gabriella Henriques da Nobrega<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo de pesquisa os indivíduos diagnosticados com a psicopatia dentro do direito penal brasileiro, a forma como é tratado no sistema jurídico, no que diz respeito às sanções a que são submetidos, bem como a efetividade na aplicação destas sanções, apresentando diversos pontos de vista sobre o tema em questão.

A partir disso, procurar a resposta que o Direito Penal, na atribuição de suas funções, oferece. Busca-se, no sentido da culpabilidade, qual seria o julgamento ideal para esses indivíduos diagnosticados com psicopatia, sabendo de antemão que a psicopatia é de quase impossível recuperação.

Palavras- chave: psicopatia, direito penal, sistema jurídico, sanção.

**ABSTRACT:** The present study aims to investigate the individuals diagnosed with psychopathy within Brazilian criminal law, the way it is treated in the legal system, regarding the sanctions to which they are submitted, as well as the effectiveness in the application of these sanctions, presenting different points of view on the subject in question.

From this, look for the answer that the Criminal Law, in the attribution of its functions, offers. In the sense of guilt, one searches for the ideal judgment for these individuals diagnosed with psychopathy, knowing in advance that psychopathy is almost impossible to recover.

Key words: psychopathy, criminal law, legal system, sanction.

### **INTRODUÇÃO**

Quando falamos de psicopatas, pensamos que se trata de uma doença mental, que faz com que uma pessoa se torne um criminoso cruel, extremamente perigoso e que mata por prazer, que livre sempre irá infringir a lei com a mesma frieza e brutalidade, e isso sempre foi objeto de estudo debatido no ramo do Direito Penal.

A discussão maior acerca desse tema é quando se pensa em qual a sanção apropriada para esses indivíduos diagnosticados com a psicopatia. Haveria existência da culpabilidade? O indivíduo seria imputável ou inimputável?

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

A psicopatia – distúrbio de personalidade antissocial – é esclarecida nas áreas das ciências associadas à saúde mental (psicologia, neurociência e psiquiatria), auxiliando os agentes do Direito com informações para conceituar esses crimes em imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis, assim decretando a pena mais apropriada a cada caso específico, assim surgiu a Criminologia, como área de Ciência Penal.

Os psicopatas não são pessoas ingênuas, desorientadas ou que perderam o contato com a realidade, elas tem ao contrario dos psicóticos, a total capacidade racional e cognitiva; não apresentam ilusões, alucinações ou angústias subjetivas intensas como a maioria dos transtornos mentais. Eles sabem exatamente o que estão fazendo e do motivo que agem assim, apesar de não possuírem a profundidade emocional muito boa, sem afeto ou remorso.

É preciso entender as razões sociais e morais, e as das motivações que levaram o indivíduo a delinquir, analisando a sua personalidade e a perspectiva sócio-cultural em que está inserido, é extremamente importante para a aplicação da lei penal ao caso concreto. Os juízes tem a extrema necessidade de tal avaliação psicológica para que possam, juntamente com os demais indícios e provas, absorver e fixar a pena mais adequada e proporcional ou então aplicar medida de segurança ao caso concreto.

Diferentemente dos demais doentes mentais que são encaminhados para os hospitais de custódia, para que em tese sejam realizados tratamentos para o transtorno visado a ressocialização dentro da sociedade, no Brasil, não há leis e presídios específicos para os psicopatas, desta forma, estão sendo aprisionados juntamente com os delinquentes “comuns” e de menor potencial. Com possibilidade de haver novos crimes dentro do sistema prisional, a reabilitação dos demais presos fica comprometida, então, nota-se que existe um despreparo da legislação brasileira para este tipo de caso.

## **2 A PSICOPATIA**

### **2.1 CONCEITOS DE PSICOPATIA (CARACTERÍSTICAS, SINTOMAS E DIAGNÓSTICOS)**

A psicopatia refere-se à disposição da personalidade de encantar, manipular e explorar impiedosamente outras pessoas. As pessoas psicopatas têm falta de consciência e sentimento para os outros; eles egoisticamente levam o que eles querem e fazem o que quiserem sem o menor sentimento de culpa ou arrependimento. A psicopatia está entre a personalidade mais antiga e, sem dúvida, mais pesadamente pesquisada, bem validada e bem estabelecida (HARE & NEWMAM, 2008).

A psicopatia surgiu no âmbito da medicina legal, quando médicos entraram em contato pela primeira vez com indivíduos criminosos agressivos e cruéis sem traços clássicos de insanidade e começaram a fazer a descrição de cada um e tentaram criar categorias adequadas para os mesmos.

O conceito de psicopatia e o próprio uso da nomenclatura só se estabeleceram de fato a partir do trabalho de 1941 de Hervey Cleckley, chamado: *The Mask of Sanity* (A Máscara da Sanidade). A literatura aponta essa obra como decisiva na definição do conceito (VAUGH & HOWARD, 2005; VIEN & BEECH, 2006, s. p).

A psicopatia é um distúrbio mental grave, difícil de diagnosticar e detectar, em que o enfermo apresenta comportamentos antissociais e amorais sem nenhuma demonstração de arrependimento ou remorso, há uma incapacidade de amar e se relacionar com outras pessoas com laços afetivos profundos e sinceros, são extremamente egocêntricos e incapazes de aprender com seus erros.

Há uma falta de consciência e empatia real para com o próximo, são voláteis e muitas vezes com personalidades sedutoras ou até mesmo charmosas. São muito manipuladores e eles podem facilmente conquistar a confiança das pessoas ao seu redor, e com o tempo aprendem a imitar emoções e apesar da incapacidade de senti-las, eles parecerão normais às pessoas devassadas, muitas vezes bem educadas e se mantem muito bem estáveis.

Alguns são tão bons na manipulação e simulação, que conseguem construir uma família e outros relacionamentos de longo prazo, sem que aqueles que o rodeiam suspeitem de absolutamente nada sobre a sua verdadeira natureza.

Os psicopatas são conhecidos pela falta de medo, enquanto pessoas normais ao serem colocadas em situação experimental em que antecipado que algo doloroso irá acontecer, como um choque elétrico suave ou até mesmo uma leve pressão em um membro, uma rede cerebral será ativada, e haverá uma resposta clara condutância da pele produzida pela atividade das glândulas sudoríparas. Já nos

indivíduos psicopatas, a rede cerebral não irá mostrar nenhuma atividade e nenhuma resposta de condutância da pele foi emitida (Birbaumer et al., 2012).

Há uma “externalização culpa”, ou seja, os psicopatas culpam outras pessoas pelos eventos que são na realidade de culpa exclusiva deles e de acordo com o psiquiatra Cleckley, demonstram uma “falha em seguir qualquer plano de vida”.

Existe também uma pré-disposição para a personalidade dissocial para ter baixa tolerância à frustrações e um baixo limiar para descarga de agressões e violência, irritabilidade e agressividade, e muitas vezes (mas não é sempre) com tendências criminosas.

A Psicologia Forense é o campo da psicologia que veio para agregar os profissionais que se dedicam à interação entre a psicologia e o direito. A principal função dos psicólogos no âmbito da justiça é auxiliar em questões relativas à saúde mental dos envolvidos em um processo.

Um psicólogo canadense chamado Robert D. Hare e seus colegas elaboraram um checklist chamado de psicopatia Checklist Revised (PCL-R) ou Escala Hare, onde contém 20 itens para poder identificar a psicopatia, o limiar segundo Hare se dá com a obtenção de uma pontuação de 30 ou mais. A anatomia do cérebro, a genética e o ambiente de uma pessoa podem contribuir para o desenvolvimento de traços psicopáticos.

Outra característica interessante vem do fato de que eles conseguem ludibriar os melhores profissionais da psicologia e da psiquiatria, mesmo que os profissionais estejam fazendo uso do teste como “detector de mentiras” ou aplicando a Escala Hare, porque eles aparentam serem pessoas totalmente normais, e chegam inclusive a fingir que estão ressocializados, entretanto eles em algum momento vão evidenciar que aquela situação era apenas pura atuação.

Diante de tal situação, pode ser demonstrada a extrema necessidade de diagnosticar corretamente o indivíduo portador da psicopatia, pois o psicopata com tendência criminosa, após o término de sua pena, na primeira oportunidade irá reincidir e praticar novos delitos, assim expondo a sociedade aos mesmos atos praticados por esse psicopata anterior à sua condenação.

Nesse mesmo sentido, um indivíduo que foi preso e teve a constatação do transtorno antissocial através do exame criminológico, deve ser submetido a um

tratamento psiquiátrico, mesmo que uma grande maioria seja imune ao tratamento, em manicômio judiciário.

Os manicômios judiciários são instituições complexas, que conseguem articular, de um lado, duas das realidades mais deprimentes das sociedades modernas – o asilo de alienados e a prisão – e, de outro, dois dos fantasmas mais trágicos que “perseguem” a todos: o criminoso e o louco. (CARRARA, 1998, s. p).

Conforme exposto, a cura não existe para a psicopatia e não há muitas buscas por alternativas para que haja o tratamento da psicopatia, assim limitando esses indivíduos acometidos em uma visão totalmente determinista, onde a cura já é tida como impossível. Entretanto, assim que diagnosticado, deve ser submetido a vida inteira a tratamento, pois não existem estudos e como já dito, sem muita busca por alternativas, que demonstram a viabilidade de voltar a inseri-los ao convívio social sem que haja a possibilidade a reincidência de seus crimes.

Através do exame já mencionado, se deve apurar o estado de consciência da vontade do indivíduo, assim permitindo que o psiquiatra possa reconhecer a causa biológica, e como influencia na capacidade de discernimento do indivíduo.

Entrando no ponto de vista penal do assunto, no caso dos psicopatas se verifica que esses indivíduos tem um déficit emocional, na qual não conseguem se colocar no lugar do outro, como já foi mencionado. Tais sentimentos são essenciais para se fazer um “julgamento moral”, utilizando a razão e a emoção assim podendo diferenciar os atos maliciosos e não maliciosos. Segundo a medicina, por conta da distorção da realidade, as pessoas diagnosticadas com a psicopatia se encaixam nos critérios da semi-imputabilidade.

## 2.2 PERITO FORENSE

Forense, é um termo que diz respeito aos tribunais ou ao direito e é ligado imediatamente ao desvendamento de crimes.

A perícia forense, também chamada de ciência forense ou criminalística é a aplicação do conjunto de técnicas científicas para resolver questões ligadas ao Direito, sendo aplicada no desvendamento de crimes que é a função em destaque

da prática forense através de análises dos vestígios deixados na cena do crime, assim chegando ao criminoso.

As áreas científicas que são utilizadas e são destaques na ciência forense é a antropologia, biologia, computação, química, matemática e diversas áreas ligadas à medicina, como a psicologia forense.

Um profissional forense chamado de médico legista ou perito médico auxilia os juizes e tribunais utilizando todo o seu conhecimento científico para resolver problemas da lei, como a determinação da origem dos motivos que levou o indivíduo a cometer tal ato criminoso, as lesões e causas da morte examinando um cadáver.

Na fase preliminar do julgamento, a acusação ou defesa podem solicitar ao juiz a presença de um perito forense para dar suas considerações a cerca do tema em questão, logo após uma análise cuidadosa e completa.

A Psicologia Forense é um especialista e de fonte confiável que veio do campo da psicologia para agregar os profissionais que se dedicam à interação entre a psicologia e o direito. A principal função dos psicólogos no âmbito da justiça é auxiliar em questões relativas à saúde mental dos envolvidos em um processo.

O Psicólogo Forense trabalha na avaliação psicológica e elaboração de laudos sobre a saúde mental das partes, determinando fatores importantes como semi-imputabilidade e inimputabilidade, verifica a relação entre perturbação psicológica e crime, e avalia o risco de comportamentos futuros potencialmente perigosos. Além de estarem associados à condução de entrevistas e à administração de testes psicológicos, os psicólogos forenses estão também envolvidos na recolha de informações com relevância jurídica, nomeadamente histórias hospitalares e criminais, testemunhos judiciais, investigações policiais, comissões de proteção, entre outros que podem ser juntados ao processo com o intuito de auxiliar o juiz na sua decisão.

### 2.3 O EXAME CRIMINOLÓGICO AO RÉU PSICOPATA

Os laudos e pareceres criminológicos são motivos de grande discussão e polémica, eles são emitidos pela Comissão Técnica de Classificação (CTC) e pelo Centro de Observação Criminológica (COC).

O exame criminológico deve ser visto como uma ferramenta essencial, e se faz necessário quando se há demonstração de instabilidade emocional e psíquica do indivíduo.

O exame é dividido em exame criminológico de entrada, que traça o perfil do indivíduo, com a finalidade de assegurar a individualização da pena de cada um se levando em consideração o diagnóstico e exame criminológico para ver os benefícios no decorrer da pena, onde se leva em conta o prognóstico do indivíduo.

Com o avanço da tecnologia podemos constatar através de uma ressonância magnética de alta precisão que o psicopata tem em seu cérebro uma atrofia na amígdala, e que tem como função de mediar e controlar as atividades emocionais dos indivíduos, e assim não há a comunicação que deveria ter com a amígdala função de mediar e controlar os sentimentos.

A lei Federal de nº 7.210/1984 traz dispositivos que falam sobre o exame criminológico:

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

(...)

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

- I - entrevistar pessoas;
- II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;
- III - realizar outras diligências e exames necessários. (BRASIL, 1984, s. p).

A Lei Federal Nº 7.209/1984, incluiu a obrigatoriedade do exame criminológico “art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.”.

A Lei Federal Nº 12.654/2012, incluiu na LEP o artigo 9º e os §1º e §2, que trata sobre a coleta de material biológico, vejamos:

Art. 9o-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1o A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2o A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (BRASIL, 1984, s. p).

Tem sido bastante discutida sobre a constitucionalidade da coleta de perfil genético dos condenados por conta da garantia constitucional da não autoincriminação, prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, falando que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Porém o exame de DNA tem sido extremamente importante para que possa haver a identificação de indivíduos criminosos, tendo em vista que a criminalidade com o passar dos anos só aumenta e o Estado o dever de proporcionar segurança pública a toda sociedade.

## 2.4 CASOS NO BRASIL

No Brasil, já teve alguns casos com psicopatas que irei destacar como o de Francisco da Costa Rocha (Chico Picadinho), que em 1966, cometeu seu primeiro crime. Após ter relações com uma moça, a estrangulou e em seguida, para esconder o ato, esquartejou o corpo. Foi denunciado pelo próprio amigo que ficou sabendo do que havia acontecido, e assim Chico foi condenado a 20 anos de prisão, cumprindo apenas 10 anos por conta do bom comportamento. Porém, após a sua soltura, voltou a cometer o mesmo crime, desta vez quando foi pego, foi condenado a 30 anos de prisão e permanece preso até hoje.

O de José Augusto do Amaral, conhecido como Preto do Amaral, que atraía jovens rapazes com proposta de trabalhos rápidos, uma espécie de bico. Levava a sua vítima para um local deserto onde o estrangulava e violentava seu cadáver. Em

1926, matou e estuprou o corpo de 3 rapazes, mais tarde outros 3 jovens prestaram queixa à polícia contra ele e havia 5 rapazes desaparecidos, provavelmente, vítimas do mesmo. Preto do Amaral foi preso, porém não teve julgamento, pois faleceu em 1927, antes de ser julgado.

Marcelo Costa de Andrade, vulgo Vampiro de Niterói é o assassino religioso brasileiro mais conhecido. Após abusos na infância, começou a se prostituir aos 14 anos, e aos 17 anos fez a sua primeira tentativa de estupro com seu irmão de 10 anos de idade. Em 1991, com 24 anos começou a matar meninos de ruas, levando suas vítimas para áreas desertas. Estuprava, estrangulava e drenava o sangue e o ingeria. E ao longo de 9 meses fez cerca de 14 vítimas, sendo preso até a presente data em manicômios judiciários desde 1993 e taxado de “doente mental incurável”.

Entre os anos de 1997 e 1998, Francisco de Assis Pereira, chamado de maníaco do parque fez cerca de nove vítimas, com duas delas sobrevivendo ao ataque no Parque do Estado de São Paulo. Fazia-se de olheiro de uma agência de modelos, e assim atraía garotas para “sessões de fotos”, ao chegar lá, estuprava e enforcava as jovens antes de deixá-las no mato. Em seu depoimento, alegou que teve traumas que o motivaram a efetuar esses crimes. É espantoso como em seu depoimento pareceu se orgulhar de seus crimes e descreveu seus atos friamente, sem alteração de tom de voz e sem demonstração de arrependimento ou remorso. Foi condenado a 147 anos de prisão.

Em 2003 teve o caso de Roberto Aparecido Alves Cardoso, apelidado de Champinha, que desde sua infância apresentava traços de psicopatia. No início de novembro de 2003 o jovem casal Liana Friedenbach e Felipe Silva foram acampar em um sítio abandonado em Embu-Guaçu e foram avistados por Champinha e amigo e decidiram assaltá-los. Como não havia muito dinheiro, decidiram sequestrar os dois e pedir resgate. Porém o que era para ser uma extorsão mediante sequestro, terminou em violência sexual e morte do jovem casal.

Dias depois os suspeitos foram localizados e presos. Champinha demonstrou frieza, ser calculista, violento e dissimulado; e por ser menos de idade, foi condenado apenas a 3 anos na Fundação Casa.

Em 2002, Suzane Von Richtofen com 19 anos na época, planejou e auxiliou na morte de seus pais, visando benefício financeiro. Ela demonstrou ser uma pessoa fria, calculista, violenta e dissimulada, inclusive simulou tristeza no velório de seus

pais, poucas horas depois de ter cometido o crime, para afastar qualquer indicio de autoria.

Com base nos casos apresentados acima, podemos perceber que há uma capacidade de adaptação em lugares distintos, os psicopatas passam despercebidos em meio à população, desta forma, fazer a identificação desses indivíduos não é nada fácil.

Apesar das diferenças e divergindo quanto ao *modus operandi*, podemos perceber que em ambos os casos apresentados às características e os traços da psicopatia se fazem presente.

O transtorno psicótico é encontrado em qualquer pessoa, independente de etnia, cultura, gênero ou situação financeira.

### **3. DO DIREITO BRASILEIRO**

A Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro (Decreto-lei de nº 3.914) em seu artigo 1º, trás o conceito de crime.

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

O cometimento de um crime dá ao Estado a possibilidade de exercer o *jus puniendi*, mas não vai adiantar se a punição não surtir o efeito desejado sobre o indivíduo.

É exatamente a situação que se estabelece no caso das pessoas acometidas pela psicopatia. Elas compreendem a pena como um momento de neutralidade, no qual não podem desenvolver as ações que gostariam, tendo a certeza de que assim que voltarem à liberdade, poderão colocar em dia suas atividades. De forma que “o comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições.” (CID-10).

Ballone (2008) trata tal característica com incorrigibilidade, e coloca que psicopatia e reeducação são conceitos que caminham em sentidos opostos, pois o indivíduo nunca vai conseguir alcançar os benefícios que a reeducação trazida pela

pena pode ter. No máximo, o anti-social poderá fingir que esta assimilando aquilo que está lhe sendo apresentado, todavia na primeira oportunidade demonstrará que não surtiu efeitos proveitosos.

Por possuir comportamento impulsivo, e por conta da dificuldade de sentir emoções que os mesmo têm, é necessário que os sentimentos experimentados por eles sejam realmente fortes (como acontece quando ele vê uma vítima implorando para não ser estuprada, ou no instante em que vê o desespero que seu golpe financeiro causou as pessoas que ele fingia amar), o psicopata não tem problema algum em violar regras sociais e legais para alcançar as sensações que almeja. Então acaba praticando atos delituosos, que recaem na criminalidade e no uso de substâncias alcoólicas e psicoativas.

Quanto à punição, simplesmente não assimilam os efeitos desta, podem ficar presos por 30 anos, todavia ao saírem vão voltar a cometer crimes.

Já que não entendem a pena aplicada, de modo que a tríade funcional desta (prevenir, punir e ressocializar) não se efetiva, verifica-se que o índice de reincidência de crimes cometidos pelos psicopatas é exorbitante, e segundo Morana (2002), estes reincidem até três vezes mais que os criminosos normais, justamente por acharem que não estão fazendo nada de errado.

O Código Penal Brasileiro em vigor não disciplina matéria específica, mas contém em seu texto alguns recursos aplicáveis à psicopatia, como em seu art. 26, onde contemplam as pessoas com doenças mentais, os que têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas continua omissa quanto à tipificação e existência da psicopatia que está na fronteira da sanidade e da loucura.

Apesar disso, podemos notar que não é possível aplicar ao psicopata tal dispositivo, pois se o mesmo for condenado, e não for diagnosticado cumprirá sua pena como um presidiário qualquer, e conseqüentemente irá sedimentar seu transtorno, já que não foi tratado adequadamente por profissionais qualificados para ministrar o tratamento necessário para esses indivíduos.

### 3.1 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal veio para que diante de tanta violência que vem surgindo nas relações humanas, as normas reguladoras ajudem a preservar os bens jurídicos

mais valiosos para os indivíduos, trazendo harmonia para a sociedade. Diante dessa análise, a Lei Penal veio ser o responsável por desenvolver normas que satisfaçam e garantam a segurança.

Segundo Cunha (2015) o Direito Penal ele é regido por três aspectos, sendo eles o aspecto formal ou estático, onde esse direito é o conjunto de normas que classificam alguns comportamentos como atos infracionais penais, definindo os agentes, as consequências e as sanções; o aspecto material que trata atos comportamentais com o mais alto grau de reprovação, como aqueles que são danosos ao organismo social, afetando bens jurídicos que são de suma importância para a sua conservação e progresso; e por fim vem o aspecto sociológico ou dinâmico que é o mecanismo de controle social de comportamento desviado e sem principal objetivo de assegurar a necessária disciplina social e convivência em grupo.

Zaffaroni e Pierangeli (1999) afirmam que:

[...] o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1999, p. 86).

O Direito Penal não é somente um conjunto de normas jurídicas com o objetivo de determinar as infrações penais e suas respectivas sanções, é também um conjunto de valores e princípios que orientam a própria aplicação e interpretam essas normas.

Esse direito é aplicado diante da insuficiência ou ineficácia dos demais ramos para solucionar satisfatoriamente o caso concreto.

Para ser realizado um controle social, é preciso que vários ramos do Direito atuem conjuntamente, cada um exercendo a sua parte, e utilizando as medidas sancionadoras capazes de inibir novos atos contrários à ordem social. Tendo uma conduta mais relevante e intolerável aos bens jurídicos considerados valiosos, se faz uso da reação mais severa por parte do Estado, onde aplicará a sanção de caráter penal.

### 3.2 A PSICOPATIA NO ÂMBITO JURÍDICO

Há um posicionamento entre os doutrinadores de que o transtorno existente na personalidade de um psicopata é ainda tímido. Antes da existência do código penal, existiu o decreto de nº 5.148-A/1927, que se tratava dos psicopatas, conforme exposto nos textos a seguir:

Art. 2º O psychopatha, alienado ou não, poderá ser tratado em domicilio proprio ou de outrem, sempre que lhe forem administrados os cuidados que se fizerem mistér.

*Paragrapho unico.* Si, porém, a doença mental exceder de dous mezes e se tornar perigosa á ordem publica ou á vida do proprio doente ou de outrem, a pessoa que tenha á sua guarda o enfermo communicará o facto á commissão inspectora, com todas as occurrencias relativas á doença e ao tratamento empregado.

Art. 7º E' prohibido manter psychopathas em cadeias publicas ou entre criminosos.

*Paragrapho unico.* Onde quer que não exista manicomio nem secção de hospital commum destinada a delirantes, a autoridade competente fará alojar o paciente de perturbação mental em casa expressamente destinada a esse fim, até que possa ser transportado para algum estabelecimento especial. (sic). (BRASIL, 1927, s. p).

O Decreto Nº 24.559/1934 veio para tratar da profilaxia mental (medidas de prevenção e atenuação das doenças), sobre a assistência, proteção à pessoa, aos bens dos psicopatas e a fiscalização dos serviços psiquiátricos. *In verbis*:

Art. 1º A Assistência a Psicopatas e Profilaxia Mental terá por fim:

- a) Proporcionar aos psicopatas tratamento e proteção legal;
- b) dar amparo médico e social, não só aos predispostos a doenças mentais como também aos egressos dos estabelecimentos psiquiátricos;
- c) concorrer para a realização da higiene psíquica em geral e da profilaxia das psicopatias em especial.

Art. 2º Fica instituído um Conselho de Proteção aos Psicopatas, com os seguintes membros: um dos Juizes de Órfãos, o Juiz de Menores, o chefe de Polícia do Distrito Federal, o diretor geral da Assistência a Psicopatas e Profilaxia Mental, o psiquiatra diretor do Serviço de Profilaxia Mental, os professores catedráticos das Clínicas Psiquiátrica, Neurológica, de Medicina Legal, Medicina Pública e Higiêne, da Universidade do Rio de Janeiro, um representante do Instituto da Ordem dos Advogados, por êste escolhido, um representante da Assistência Judiciária por ela indicado, e cinco representantes de Instituições privadas de assistência social, dos quais um será o presidente da Liga Brasileira de Higiêne Mental e os demais designados pelo ministro da Educação e Saúde Pública. (sic). (BRASIL, 1934, s.p).

É possível perceber que havia um tratamento como se a psicopatia fosse doença mental congênita, e vistos como portadores de doença mental crônica, os

indivíduos seriam readaptados ao convívio social. Porém, o Decreto supracitado já revogado, trata os psicopatas como absolutamente ou relativamente incapazes de viverem em sociedade.

Logo depois veio a Lei Federal nº 10.216/2001, que trata da reforma psiquiátrica sem utilizar os termos “psicopatas”, todavia utilizava o termo “pessoas portadoras de transtornos mentais”.

Apesar da omissão quanto à psicopatia, há quem pense no psicopata criminoso como um indivíduo inimputável e até semi-imputável.

Logo após a verificação da culpabilidade e a ilicitude do fato, segue para a esfera da responsabilidade do agente para apurar a imputabilidade, a consciência da ilicitude e por fim, a exigibilidade de conduta diversa.

### 3.3 DA CULPABILIDADE DO PSICOPATA

A primeira noção que se deve ter é: não há crime sem culpa. Ou seja, para que qualquer indivíduo da sociedade possa punir o fato como crime, se deve ter alguém responsável por aquela lesão causada ao bem jurídico de outrem.

A responsabilidade por algum ato só será vista de duas maneiras: a primeira é quando tem a existência de um ato com dolo, ou seja, com intenção, e a segunda é quando há a existência da culpa, que é a falta de cautela.

A capacidade de direito, limita-se ou não, na aptidão da pessoa para contrair direitos bem como obrigações ao qual se demanda. A capacidade de exercício ou de fato. Todos nós adquirimos capacidade de direitos, mas nem sempre é possível exercer os atos da vida em sociedade. No nosso ordenamento jurídico, a capacidade é a regra, e a incapacidade a exceção.

Vejamos o posicionamento dominante em nossos Tribunais:

STJ: “Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, no momento da ação criminosa”. (NUCCI, 2008, p.276).

No sistema penal brasileiro é muito difícil, direcionar o portador da psicopatia na imputabilidade ou semi-imputabilidade, baseando no art 26 do nosso Código Penal Brasileiro, que diz respeito do desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Lê-se:

Art. 26 do CP - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Passando para um referencial de que o indivíduo psicopata tem sua capacidade cognitiva e é completamente capaz de saber o que é certo, errado e as consequências de suas ações, como fica o seu enquadramento jurídico?

É preciso analisar de modo mais eficaz a punibilidade desses grupos de pessoas, de acordo com a proporcionalidade de suas atitudes. Porém, alguns grupos de doutrinadores acreditam que esse tipo de diagnóstico sem uma pesquisa eficaz de cem por cento positiva da mente humana psicopata é em ademais complexa para o órgão jurídico. Sobra-se então para os psiquiatras a enquadrar cada caso concreto a sua punibilidade.

Acerca da necessidade de um tratamento judicial diferenciado aos psicopatas que cometem crimes, estão ainda a se debater para uma eficaz solução. Qual tipo de sanção penal deve ser aplicado?

O Supremo Tribunal Federal até o momento estão utilizando duas correntes para solucionar essa questão, a primeira que se deve restringir a realização de estudos preliminares sobre a conceituação de crime sob a ótica que divide o crime como fatos típicos, ilícitos e culpáveis.

Verificada a periculosidade do agente e a possibilidade de tratamento curativo, recomendável é a substituição da pena pela medida de segurança, ainda que em recurso da defesa. Substituída a pena pela medida de segurança, produzirá esta todos seus efeitos, passando o sentenciado, como inimputável, a submeter-se às regras previstas pelos arts. 96 a 99, inclusive quanto à medida de segurança e ao tempo mínimo para realização do exame pericial. (MIRABETE, 2014, p. 636)

O psicopata não poupa esforços nem mede consequências para conseguir alcançar seus objetivos.

A inimputabilidade por doença mental é uma forma que o Estado possui de proteger do rigor do setor penitenciário aqueles os quais não detêm qualquer discernimento do caráter ilícito de suas condutas. O inimputável é absolvido, porém é submetido a tratamento de custódia em casas psiquiátricas. Isto é analisado caso por caso.

Existem certos posicionamentos entre os operadores do direito de que a psicopatia se assemelha a uma espécie de perturbação da saúde mental, e há uma grande dificuldade de diagnosticar se um sujeito criminoso tem capacidade suficiente para entender o caráter ilícito do fato, ou de agir conforme este entendimento, e por isso, devem ser responsabilizados penalmente como semi-imputáveis.

Em regra, inimputabilidade penal, o indivíduo é absolvido e submetido à medida de segurança, já na semi-imputabilidade há a prolação de sentença com a obrigatoriedade de redução da pena, porém ainda existem operadores do direito que se posicionam contra essa redução de pena.

Devemos pensar no seguinte questionamento: o que deve ser feito quando a pena não exercer nenhum efeito sobre o sujeito e ele logo após o encerramento de tais “punições” apresentar perigo a sociedade?

No Brasil não existe um posicionamento jurídico estável sobre os psicopatas, nenhuma matéria individualizada em seus códigos para uma punição mais adequada e a ressocialização desses agentes.

No artigo 5, XLVII, b, da Constituição Federal/88 fala sobre a proibição de pena de caráter perpetuo, mas na pratica esse dispositivo não é totalmente cumprindo. Para exemplificar, podemos citar o caso do Chico Picadinho, que a mais de 30 anos cumpre pena sem nenhum sinal de melhoras, continua apresentando perigo a sociedade. E por isso, os portadores de psicopatia ficam aprisionados por prazo indeterminado.

O Decreto nº 24.559/34 editada por Getúlio Vargas observa a necessidade de atenção que se deve dar ao portador de psicopatia, querendo fazer um elo entre o sistema judiciário e a psiquiatria.

Sem mais delongas, se faz necessário que a medida perdure o tempo que for necessário para que não haja mais periculosidade ao convívio social, e que o tempo da pena não se limite ao que fora imposta ao do crime ocorrido, com acompanhamento de equipe contínua e especializada, para que não haja mais agressões e impulsividade do agente.

### 3.4 SANÇÃO PENAL

A sanção penal é a consequência jurídica imposta quando há violação de uma norma penal incriminadora. E no ordenamento jurídico brasileiro é previsto duas espécies de sanções: as penas e as medidas de segurança.

#### 3.4.1 Pena

O artigo 32 do Código Penal trás em seu dispositivo que as penas são divididas em penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa, sendo aplicadas quando observadas o juízo de reprovação e sendo relacionada à culpabilidade. Não havendo culpabilidade do agente, não haverá aplicação de pena.

Rogério Greco conceitua pena como:

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*. [...] a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal. (GRECO, 2014, p.477).

Rogério Greco também entende que “a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.” (GRECO, 2014, p. 481).

#### 3.4.2 Medida de segurança

As medidas de segurança são diferentes da pena, elas são destinadas ao tratamento ou cura do agente que praticou algum delito.

O artigo 96 do Código Penal determina que “as medidas de segurança são: I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II – sujeição a tratamento ambulatorial.”.

De acordo com o dispositivo citado, as medidas de segurança podem ser detentivas (internação) e restritivas (tratamento ambulatorial). “Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (artigo 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”.

Segundo Rogério Greco:

Aplica-se medida de segurança, como regra, ao inimputável que houver praticado uma conduta típica e ilícita, não sendo, porém, culpável. Assim, o inimputável que praticou um injusto típico devera ser absolvido, aplicando-se-lhe, contudo, medida de segurança, cuja finalidade difere da pena. (GRECO, 2014, p.683).

Portanto, as medidas de segurança que serão aplicadas dependeram do fato ocorrido, com finalidade preventiva e para evitar que haja mais infração penal por parte do autor que demonstrou periculosidade.

### 3.5 A OMISSÃO DO CÓDIGO BRASILEIRO

No sistema jurídico brasileiro há duas espécies de sanções penais: a pena e a medida de segurança, e o que as diferencia é a sua finalidade e duração.

Há uma inercia por parte do Código Penal brasileiro e vários questionamentos quanto à psicopatia que é um distúrbio de personalidade, reação antissocial ou detentor de déficits interpessoais e afetivos que os impedem de interagir por longo prazo com outras pessoas conforme já explanado, porém existe diferença comprovada pela neurociência no funcionamento do cérebro do indivíduo diagnosticado com a psicopatia dos não psicopatas.

O posicionamento da neurociência é que a psicopatia não tem relação alguma com o desenvolvimento mental incompleto e muito menos com o retardamento e perturbação mental do indivíduo fazendo com que ele fique impossibilitado de

compreender a ilicitude dos fatos cometidos. Há uma consciência plena de suas atitudes, do que é certo ou errado, porém eles são frios e calculistas, e por isso pecam no âmbito da ética e da moral.

Por ser um modo de ser, a reincidência do criminoso psicopata atinge e assombra a sociedade e é aí onde o Estado deve entrar com a sua função punitiva, para resguardar o direito da dignidade da pessoa humana e tratando dos psicopatas criminosos como imputáveis. O direito tem a extrema necessidade de acompanhar o avanço da neurociência para fazer a segurança jurídica mais eficaz e dando equilíbrio pra a sociedade.

Uma vez que a psicopatia não é considerada uma doença mental e sim um distúrbio de personalidade ou reação antissocial ou como detentores de déficits interpessoais e afetivos que os impedem de interagir por longo prazo com outras pessoas conforme já explanado.

Além do mais, o fato desses indivíduos não serem capazes de controlar os estímulos à prática criminosa, não tendo a culpabilidade excluída, os doutrinadores acabam incluindo os psicopatas como sendo semi-imputáveis. Porém não se deve colocar os psicopatas com outros presos, pode ser uma péssima ideia ao pensar na hipótese de que estes podem ser influenciados a praticar cada vez mais condutas delituosas, não se recuperando mais.

Mediante exposto, a obrigatoriedade de auxílio que deve ser prestado por parte do Estado, ainda não se tem tratamento adequado para eles, pois os métodos punitivos que temos atualmente vêm se mostrando inócuos, pois deveriam levar em conta a situação particular de cada agente classificado como portador de psicopatia.

### 3.6 O SISTEMA CARCERÁRIO E SUAS ESTATÍSTICAS

Há uma discussão entre os alunos de Direito Penal e Direito Criminal, que para grande maioria destes, o sistema carcerário brasileiro se encontra em um estado lastimável, como o estado de superlotação, pela precariedade e inúmeras violações aos Direitos Humanos.

Segundo a classificação americana de transtornos mentais (DSM-IV-TR), a prevalência geral do transtorno da personalidade anti-social ou psicopatia é de cerca de 3% em homens e 1% em mulheres, em amostras comunitárias (aqueles que estão entre nós). Taxas de prevalência ainda

maiores estão associadas aos contextos forenses ou penitenciários. Desse percentual, uma minoria corresponderia aos psicopatas mais graves, ou seja, aqueles criminosos cruéis e violentos cujos índices de reincidência criminal são elevados. A princípio esse percentual pode não parecer tão significativo, mas imagine uma grande cidade como Rio de Janeiro ou São Paulo, por exemplo, onde milhares de pessoas se esbarram o tempo todo. A cada cem pessoas que transitam para lá e para cá, três ou quatro delas estão praticando atos condenáveis, em graus variáveis de gravidade, ou estão indo em direção à próxima vítima. (SILVA, 2008, p. 49).

Todos os dias convivemos com pessoas acometidas de transtorno de personalidade, porém não aparentam fisicamente que tem o transtorno e por este motivo, se faz necessário a análise profunda da vida de tais indivíduos, as condutas sociais dos mesmos, sendo que muitos já possuem antecedentes criminais.

Segundo uma estatística divulgada em reportagem da revista online da superinteressante:

Há 69 milhões de psicopatas no mundo, o que dá 1% da população em geral. [...] Eles são 20% da população carcerária e 86,5% dos serial killers. Mas psicopata não necessariamente vira assassino. Na verdade, ele vai atrás daquilo que lhe dá prazer. Pode ser dinheiro, status, poder.

Quando entramos na parte da população carcerária, o Brasil é o país com maior número de presos, cerca de 887 mil presos, sendo que, mais de 282 mil estão em regime fechado, além disso, estima-se que cerca de 20% dos presidiários são psicopatas, nesse sentido Robert D. Hare:

Embora nem todos os criminosos sejam psicopatas e nem todos os psicopatas são criminosos, psicopatas estão bem representados em nossas populações carcerárias e realizam uma grande proporção de atos criminosos no total: aproximadamente, cerca de 20% Prisioneiros, homens e mulheres, são psicopatas; os psicopatas são responsáveis por mais de 50% dos crimes mais graves cometidos. A verdade é que é a estrutura da personalidade dos psicopatas, eles são um perigo para a sociedade.

Como o grande tubarão branco, é uma máquina de matar, ele facilmente cai no papel de criminoso. Sua capacidade de aproveitar qualquer situação que aparece combinada com a falta de controle interno que conhecemos como consciência, dá origem a uma fórmula poderosa para o crime. (HARE, 1993, p. 225).

Podemos ver que o sistema carcerário não possui eficácia no que tange o caráter ressocializador da pena e não consegue lidar com a superlotação e acaba massacrando o direito a Dignidade da Pessoa Humana. Além disso, é preciso que o Estado tome as devidas providências com relação aos psicopatas, com uma

legislação específica nesse sentido e investindo em tecnologias específicas para monitorar um psicopata com tendências criminosas para impedir a reincidência.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É nítido que ordenamento jurídico não tem acompanhado os avanços da ciência e se omite quanto à imputabilidade do psicopata, deixando a cargo do juiz decidir por livre convencimento motivado o caso, dessa forma, o Estado não age de forma atuante e permite que a sociedade fique vulnerável.

Diante do exposto, cabe reforçar a necessidade de medidas mais eficazes no tratamento dos indivíduos diagnosticados com a psicopatia. Por ser um distúrbio mental grave, difícil de diagnosticar e detectar, com comportamentos antissociais, amorais, sedutoras e charmosas não podem ficar em estabelecimentos prisionais comuns, pois poderão influenciar a prática de mais delitos.

Sabemos que entre as características existe a ausência de aprendizado com a punição, e por este motivo a prisão comum não irá atingir a sua finalidade de ressocialização, ou seja, os indivíduos com psicopatia não iram se recuperar e não estarão prontos para voltar à convivência na sociedade de modo que não venham a cometer novos crimes, e por isso se faz necessário um tratamento diferenciado, com uma política criminal voltada especificamente para os psicopatas.

#### **REFERÊNCIAS**

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008.

BALLONE.G. J. Personalidade Psicopática, 2008

BIRBAUMER, et al. Medo condicionado deficiente em psicopata: um estudo de ressonância magnética funcional. Archives of General Psychiatry, 2005. p. 799-805.

CARRARA, S. Crime e Loucura. O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro e São Paulo: Eduerj/Edusp, 1998.

CID10 - Código Internacional de Doenças.

CLECKLEY, Hervey. The Mask of Sanity. CV Mosby Co. 1941.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral - Volume Único 3. ed. Salvador – Bahia: JusPODIVM, 2015.

DECRETO Nº 24.559, DE 3 DE JULHO DE 1934. DISPONÍVEL EM: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24559-3-julho-1934-515889-publicacaooriginal-1-pe.html>. ACESSO EM: 14 DE NOVEMBRO DE 2018 ÀS 18:34

DECRETO Nº 5.148-A, DE 10 DE JANEIRO DE 1927. DISPONÍVEL EM: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5148-a-10-janeiro-1927-563139-publicacaooriginal-87269-pl.html>. ACESSO EM: 30 DE NOVEMBRO DE 2018 ÀS 16:31

DECRETO-LEI Nº 3.914, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1941. DISPONÍVEL EM: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm). ACESSO EM: 30 DE NOVEMBRO DE 2018 ÀS 16:29

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte geral. 16ª ed. 2014.

HARE, Robert D. Without conscience (sin consciencia): *el inquietante mundo de los psicopatas que nos rodean*. Publicado em inglês, em 1993, por The Guilford Press, Nueva York y Londres. Tradução por Rafael Santandreu.

HARE, R.D. & Neumann, C.S. (2008). Psychopathy as a clinical and empirical construct. *Annual Review of Clinical Psychology*.

LEI Nº 7.209, DE 11 DE 1984. DISPONÍVEL EM : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm). ACESSO EM: 30 DE NOVEMBRO DE 2018 ÀS 16:54

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. DISPONÍVEL EM: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). ACESSO EM: 30 DE NOVEMBRO DE 2018 ÀS 16:52

LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001. DISPONÍVEL EM: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm). ACESSO EM: 24 DE NOVEMBRO DE 2018 ÀS 19:00

LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012. DISPONÍVEL EM: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm). ACESSO EM: 30 DE NOVEMBRO DE 2018 ÀS 16:59

MORANA, Hilda. Versão em Português da Escala Hare (PCL-R). São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

NUCCI, Guilherme de Sousa. Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OMS – CID 10, Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas (The ICD-10 Classification of Mental

and Behavioural Disorders Clinical descriptions and diagnostic guidelines), que é publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (World Health Organization), padroniza a codificação de doenças e outros problemas relacionados à saúde, atribuindo a cada estado de saúde uma categoria única correspondente a um código CID-10.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos. Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993. p. 199-200.

REPORTAGEM DA REVISTA SUPERINTERESSANTE. DISPONÍVEL EM: <https://super.abril.com.br/comportamento/psicopatas-s-a/>. ACESSO EM: 27 DE NOVEMBRO DE 2018 ÀS 15:55

Vaugh, M.G., & Howard, M.O. (2005). The construct of psychopathy and its potential contribution to the study of serious, violent, and chronic youth offending. *Youth Violence and Juvenile Justice*, 3(3), 235-252.

Vien, A, & Beech, A.R. (2006). Psychopathy: theory, measurement, and treatment. *Trauma, Violence, & Abuse*, 7(3), 155-174.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

## QUANTITATIVA TEMPORAL

Regis Barroso de Souza<sup>1</sup>  
Derly Pereira Brasileiro<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este trabalho diz respeito ao que conhecemos como o Benefício de Prestação Continuada- BPC da Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS que, como já sabemos, vem a ser a garantia do pagamento de um salário mínimo mensal aos idosos acima de sessenta e cinco anos ou à pessoas com deficiências de qualquer idade com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo, que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos, assim como, o que o impossibilite o indivíduo de participar de forma plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. Ao seu tempo, o que fez esse trabalho se distinguir dos demais foi a ênfase no aspecto sócio evolutivo e sua previsão temporal. Neste sentido, se fez necessária uma análise mais aprofundada a respeito de como o Benefício de Prestação Continuada se destina a proteger a todos os indivíduos que se coloquem em necessidade, por situações adversas, e as possíveis projeções financeiras para atender novos necessitados. Pontos secundários, como por exemplo a projeção da amplitude do benefício e exceções para seu recebimento, também foram abordados neste trabalho de forma a contribuir para se chegar ao objetivo final.

Palavras-chave: benefício, indivíduos, proteção.

**ABSTRACT:** This work refers to what we know as the Continuous Benefit Benefit - BPC of the Organic Law of Social Assistance - LOAS, which, as we know, is the guarantee of payment of a monthly minimum wage to the elderly over sixty five years or to persons with disabilities of any age with physical, mental, intellectual or sensorial impairments of a long term that produces effects for a minimum period of two years, as well as what makes it impossible for the individual to participate fully and effectively in society, on an equal basis with other people. At the time, what made this work distinguish itself from others was the emphasis on the evolutionary social aspect and its temporal prediction. In this sense, a more in-depth analysis was required as to how the Continuous Benefit Benefit is intended to protect all individuals who are in need, due to adverse situations, and possible financial projections to meet new needs. Secondary points, such as the projection of the amplitude of the benefit and exceptions to its receipt, were also approached in this work in order to contribute to reach the final objective.

Keywords: benefit, individuals, protection.

### 1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho diz respeito a uma análise de uma questão de cunho assistencial sob a ótica de uma visão expositiva, uma vez que busca através

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

de leis específicas e obras de renomados juristas entender a fórmula que propicia uma distribuição do BPC - Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social, que venha a ser mais justa e humanizada.

Como se trata de uma ajuda assistencial mensal, disponibilizada pelo Governo Federal, sendo equivalente a um salário mínimo e tendo o seu pagamento condicionado a critérios do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), cabendo também neste trabalho, a investigação a respeito da especificidade envolvida na utilização de cada um dos critérios que serão responsáveis pela qualificação e desqualificação das pessoas que buscam por este benefício e assim, a sua evolução quantitativa desde o seu surgimento.

Conhecer a fundo o funcionamento do BPC e verificar se os critérios avaliativos aplicados por ele, são realmente capazes de atingir a sua proposta inicial, fornecendo o mínimo necessário para que o cidadão possa ter uma vida digna, mesmo diante de problemáticas que parecem não terem soluções, como por exemplo a da distribuição justa de renda no Brasil.

Em um país com dimensões continentais, com uma população considerada jovem, mas que caminha para o seu amadurecimento, segundo últimas pesquisas realizadas, os seus problemas com relação a quantidade de pessoas dentro da faixa mais baixa de pobreza vai ser algo alarmante. Por sua vez, o que se busca neste trabalho não vai ser conhecer a pobreza, suas mazelas e possíveis soluções, mais sim, como a assistência social, na figura do BPC, desenvolve suas ações e quais os critérios são utilizados para prestar assistência a todos que dela necessitarem.

Na busca por esse conhecimento serão utilizados trabalhos de renomados juristas e autores que se preocuparam com esse assunto que afeta a vida de milhares de brasileiros. Também será fundamental uma análise da Constituição Federal, e outra ainda mais aprofundada na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS.

A constituição Federal vai ser importante na medida que faz referência a manutenção de uma vida digna ao cidadão, por sua vez, a LOAS vai trazer as regras e as condições com as quais os responsáveis vão trabalhar para que a assistência desenvolvida pelo BPC possa ser a mais justa e abrangente dentre todos os indivíduos que dela necessitarem.

Em suma, o Benefício da Prestação Continuada - BPC, da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, vem a ser uma garantia de um pagamento de um salário mínimo mensal à pessoas com deficiências e aos idosos que tenham 65 anos ou mais e que venham a comprovarem que não possuem meios de se proverem no mínimo necessário e que também não possam ser providos por suas famílias.

Para se ter o direito ao BPC, vai ser necessário comprovar que a renda por pessoa do grupo familiar seja menor que 1/4 do salário-mínimo vigente.

Por se tratar de um benefício assistencial, não é necessária qualquer forma de contribuição, para ter o direito de adquiri-lo. No entanto, este benefício também não dar direito ao 13º salário e não gera pensão por morte.

Assim sendo, através do conhecimento percebido com o estudo da LOAS, os famosos Benefícios de caráter assistencial como o Bolsa Família, Bolsa Escola e as Bolsas Idosos e aos Deficientes, mais conhecidos como Benefícios de Prestação Continuada – BPC, será, então, possível traçar um perfil mas aproximado das pessoas que recebem tais benefícios, bem como as pessoas que não são assistidas mas que poderia ser beneficiadas e finalmente, se esse benefício é realmente a melhor resposta para o problema da desigualdade social ou é apenas um paliativo provisório para mascarar uma realidade social vivenciada por um País que se autoproclama em desenvolvimento.

## **2 DA ASSISTÊNCIA SOCIAL**

Nesta etapa do trabalho, abordaremos com um maior detalhamento o que entendemos como a Assistência Social e como se desenvolve em nosso País.

Como ponto de partida, teremos uma rápida análise de sua evolução histórica no mundo e em nosso país. Conseqüentemente, como forma de aprofundamento sobre o entendimento da Assistência Social também será necessário um estudo mais detalhado sobre os seus fundamentos, os seus princípios, as suas diretrizes e os objetivos.

Por finalmente, como não poderia deixar de ser, far-se-á necessário, uma análise dos principais aspectos referentes a relação jurídica que surge entre o Estado e os assistidos.

Assim, o ponto que se inicia na sequencia vai tratar do surgimento da Assistência social e sua evolução.

## 2.1. DO SURGIMENTO E DA EVOLUÇÃO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

De uma forma, mas abreviada, veremos que Assistência Social, em um âmbito, mas global teve o seu surgimento no âmbito familiar e paralelamente, fundamentada na caridade, conduzida pela Igreja católica.

Seguindo este paralelo, IBRAHIM (2015) acrescenta que “a proteção social direcionada aos necessitados teve início no âmbito das famílias, em que as pessoas mais velhas ou doentes eram sustentadas por parentes mais jovens e saudáveis” (*apud BRASILEIRO, 2018, p. 21*).

Sobre o surgimento da proteção social, MARTINS (2013, p.3) coloca que “a família romana, com o *pater famílias*, criou o costume de prestar assistência aos servos e clientes, por associação, com uma contribuição dos membros, de modo a ajudar os mais necessitados”.

Com isto, podemos verificar que a famílias desde os primórdios das civilizações foram a base para a formação de uma proteção social, que mesmo sendo adsorvida por práticas da igreja católica se tornaram os primeiros esboços da assistência social como a conhecemos atualmente.

No Brasil, de acordo com BRASILEIRO (2018, p.21), “a seguridade social foi ocorrendo de forma lenta, envolvendo as relações familiares, o mutualismo, a participação da Igreja Católica e, ao final a participação do Poder Público e de toda a sociedade.”

O marco da previdência social no Brasil, de acordo com a doutrina, diz respeito ao decreto lei nº 4.682/1923, conhecida como a Lei Elói Chaves. Consistindo de um sistema de caixa de aposentadoria e pensões – CAPs de uma empresa ferroviária, que sem a participação do governo, custeada por participações dos empregados, da empresa e dos usuários das estradas de ferro, garantiam as pensões, as aposentadorias e a assistência à saúde. (BRASILEIRO 2018)

As diversas Constituições Federais do Brasileiras, a seus modos e dentro de suas limitações, deram a suas contribuições a respeito da configuração do assistencialismo social, contudo, foi somente a constituição de 1988, que realmente

trouxe algo, verdadeiramente, significativo no campo da previdência, saúde e assistência social.

Diante do que foi apresentado, foi possível verificar, de uma forma bastante abreviada, o surgimento e a evolução da assistência social até a sua afirmação em nosso País, com a promulgação da constituição de 1988.

No entanto, a proposta deste, não é a sua historicidade, mas sim, o seu detalhamento quantitativo tanto no presente quanto para o futuro, como veremos no decorrer trabalho.

### **2.1.2 A amplitude do BPC**

O BPC é um benefício dotado de características peculiares, como por exemplo, de ser pessoal, intransferível e não vitalício. Tudo isto, com o objetivo de garantir o pagamento de um salário mínimo como benefício mensal à pessoa com deficiência ou idosa com mais de 65 anos de idade.

Não sendo de natureza contributiva, enquadra-se dentro das políticas de assistência social, colocando-se a margem dos benefícios previdenciários, para o seu recebimento basta apenas que o idoso ou a pessoa com deficiência venha a comprovar que é hipossuficiente, isto é, comprovar que não pode promover o seu próprio sustento ou que é sustentado por familiares com renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal – STF, reconheceu, mediante os recursos extraordinários 567.985 e 580.963, a inconstitucionalidade material do § 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Pois, entendeu ser inconstitucional o referido parágrafo, já que deixava as pessoas necessitadas fora do programa, devido ao simples fato de que as suas rendas per captas serem um pouco superior ao mínimo estabelecido na lei. Desta forma, se tornava injusta com muitas pessoas realmente necessitadas, pois cada caso necessita de uma análise específica envolvendo todos os elementos específicos discriminantes.

Outro ponto importante a ser colocado, é o fato de que esta modalidade de benefício assistencial não vai é capaz de gerar o décimo terceiro salário e nem de proporcionar à pensão por morte. Muitos beneficiários criticam essas ausências, por puro desconhecimento e por falta de informações adequadas quando da concessão do benefício.

Uma peculiaridade deste benefício é de ser volátil, isto é, quando a condição do beneficiário se altera para melhor, ou retorna para o mercado de trabalho, o benefício será suspenso imediatamente.

Existe também casos excepcionais, com a possibilidade de prestações serem direcionadas para determinadas pessoas que, por motivo adverso, como por exemplo, calamidades públicas, desastres, e outros, possam a vir receber o benefício por tempo determinado. Esta possibilidade se enquadra como sendo uma garantia constitucional de proteção a todos que do governo necessitarem de ajuda.

Para que os idosos possam receber o BPC/LOAS, devem estarem em conformidade com os requisitos: terem mais de 65 anos, terem renda familiar menor ou igual a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, os idosos devem ser brasileiros ou portugueses com residência no Brasil e não podem ganhar outros benefícios do governo federal.

É possível, porém, acumular BPC/LOAS com benefícios médicos ou com pensões especiais.

Para que os deficientes sejam contemplados com o BPC/LOAS, exige-se que as pessoas tenham problemas físicos, mentais ou motores que realmente as impossibilitem de se integrarem com o ambiente social. Nesse caso, é obrigatório que passem por perícias médicas no INSS para terem direito ao benefício. Os demais requisitos são os mesmos para idosos.

Se o BPC/LOAS for negado, é possível recorrer em até 30 dias da sua ciência da decisão. Caso não consiga reverter a negativa INSS, poderá entrar com ação judicial.

Atualmente, o Decreto 8.805/2016 veio a trazer algumas alterações no que diz respeito ao BPC, sendo que uma das mais importante delas seria a necessidade de inscrição no CADÚNICO para fins de composição e comprovação da renda per capita familiar. Uma implicação que veio com a obrigatoriedade de inscrição no CADÚNICO é o fato dele ser um programa do governo que tem por finalidade a concessão de outros benefícios a exemplo do bolsa família. Neste contexto temos a distinção pois os órgãos de esfera municipal agora também irão alimentar o banco de dados para fins de comprovação da renda per capita familiar na concessão do BPC, o que ocorria anteriormente apenas através no INSS.

### **3. A ASSISTÊNCIA SOCIAL E SUA CONDIÇÃO FINANCEIRA ATUAL**

Diante de tudo o que foi colocado anteriormente, é verdadeiro dizer que a assistência social no Brasil é algo bastante expressivo, pois se trata de uma assistência que deve ser disponibilizada a todos que dela necessitarem, mesmo que nunca tenham contribuído financeiramente para recebê-lo.

A realidade brasileira é algo bastante singular, pois temos a "Constituição da República Federativa do Brasil", também conhecida como a "Constituição Cidadã", onde podemos visualizar uma Ampla garantia de direitos fundamentais, que são listados logo nos primeiros artigos, antes da parte sobre a organização do Estado. Também, podemos observar uma nação que transita de uma sociedade de maioria jovem para uma, inevitável, de maioria mais velha. Isto é, estamos entrando no rol dos países com uma população envelhecida, com uma vida estimada em torno dos 75,8 anos e o nosso sistema previdenciário atual, não consegue suportar esta nova demanda por não ter se preparado para as mudanças no momento em que o “alerta vermelho” foi acionado.

A tabela que veremos a seguir, retrata com maior clareza, uma projeção do envelhecimento da população brasileira. Nela, fica bastante evidente a evolução da População acima de 65 anos, diante da população total e tendo como resultado o crescimento da população idosa, sempre relacionando com ao ano anterior.

Sempre tendo em vista à atualização dos dados para monitoramento das estimativas orçamentárias previstas para os exercícios de 2019 à 2021, em face ao disposto no art. 4º §2º, inciso IV, alínea “a” da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal.

Novamente, a tabela 01, vem a apresentar uma avaliação financeira e atuarial do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social, previstos na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, cujas ações orçamentárias estão sob a responsabilidade do Departamento de Benefícios Assistenciais da Secretaria Nacional da Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social.

**Tabela 1 - Projeção da População Brasileira – 2007 a 2025**

Período	População Total (A)	População acima de 65 anos (B)	% C=B/A	% crescimento da população idosa em relação ao ano anterior (C)
2007	189.335.118	11.997.157	6,34	3,24
2008	191.869.683	12.377.850	6,45	3,17
2009	194.370.095	12.773.880	6,57	3,20
2010	196.834.086	13.193.706	6,70	3,29
2011	199.254.414	13.641.019	6,85	3,39
2012	201.625.492	14.116.567	7,00	3,49
2013	203.950.099	14.622.393	7,17	3,58
2014	206.230.807	15.159.779	7,35	3,68
2015	208.468.035	15.729.829	7,55	3,76
2016	210.663.930	16.333.776	7,75	3,84
2017	212.820.814	16.973.290	7,98	3,92
2018	214.941.017	17.650.247	8,21	3,99
2019	217.025.858	18.366.824	8,46	4,06
2020	219.077.729	19.124.739	8,73	4,13
2021	221.098.714	19.922.484	9,01	4,17
2022	223.089.661	20.759.491	9,31	4,20
2023	225.050.475	21.638.925	9,62	4,24
2024	226.979.194	22.564.650	9,94	4,28
2025	228.873.717	23.537.186	10,28	4,31
2026	230.731.063	24.557.004	10,64	4,33

Fonte: IBGE / Elaboração MPS/SPS

O envelhecimento da população brasileira é uma realidade, não podendo, mas ser menosprezada pelos seus governantes, exigindo grandes modificações, de caráter imediato, na forma de como é trabalhada a Previdência Social deste País.

Pois, brevemente, o número de idosos aposentados ou recebendo benefícios vai ser igual ou superior a população jovem ativa que sustenta a previdência.

Desta forma, nos encontramos diante de um grande dilema, pois, todos que contribuíram da forma tradicional para o INSS, durante toda a sua vida produtiva, agora, na idade estabelecida por lei, buscam por suas aposentadorias e esperam recebe-las integralmente, mesmo diante das graves constatações de um sistema previdenciário em crise financeira, que afirma que do jeito que vai, não vai dar para pagar todos os segurados.

Se os segurados que pagam as suas parcelas regularmente estão correndo risco de suas pensões, então o que será das pessoas que recebem benefícios assistenciais e que nunca contribuíram, mas que estão aparadas pela própria constituição de 1988?

Perceba que tanto a saúde quanto a assistência social são destinadas a toda a sociedade, independente de contribuição direta destinada para este fim. Sendo dessa forma, a Seguridade Social um complexo destinado a garantir aos cidadãos brasileiros os direitos relativos à Previdência, saúde e assistência social.

Ainda, de acordo com o art. 196 da Constituição Federal “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Assim, podemos compreender que a Seguridade Social é um direito de todos os brasileiros, garantido por lei e que deve se previsto dentro do planejamento orçamentário do estado para ser prestado a todos que dele necessitarem. Já a Previdência Social depende de contribuição e cumprimento de requisitos para que o cidadão tenha direito a se beneficiar das suas prestações.

### **3.1 PROJEÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL – BPC**

Como se trata de um benefício que depende diretamente de recursos governamentais, pois, como já foi frisado anteriormente, é um recurso pago a todos que dele necessitarem independentemente de prévia contribuição.

Neste seguimento, através de dados fornecidos pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social - DATAPREV, uma empresa pública, que fornece soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação para o aprimoramento e a execução de políticas sociais do Estado brasileiro, poderemos ter uma amostra da real situação da quantidade de beneficiados atendidos pelo programa.

As projeções utilizadas têm como base a variação no quantitativo de benefícios ativos em dezembro de cada ano, que no caso do BPC tem se mostrado sempre positiva, conforme demonstrado na tabela 2 a seguir.

**Tabela 2 – Quantitativo de benefícios ativos (BPC) no período de 2009 a 2017 e taxa anual de crescimento, total Brasil em dezembro de cada ano**

ANO	PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (PcD)		IDOSOS		TOTAL	
	N.A.	%	N.A.	%	N.A.	%
2009	1.625.625	7,61	1.541.220	8,25	3.166.845	7,92
2010	1.778.345	9,39	1.623.196	5,32	3.401.541	7,41
2011	1.907.511	7,26	1.687.826	3,98	3.595.337	5,70
2012	2.021.721	5,99	1.750.121	3,69	3.771.842	4,91
2013	2.141.846	5,94	1.822.346	4,13	3.964.192	5,10
2014	2.253.822	5,23	1.876.610	2,98	4.130.432	4,19
2015	2.323.794	3,10	1.918.903	2,25	4.242.697	2,72
2016	2.436.608	4,85	1.974.942	2,92	4.411.550	3,98
2017	2.527.257	3,72	2.022.221	2,39	4.549.478	3,13

Fonte: Síntese/Dataprev, janeiro 2018

Pelo que podemos observar através dos dados fornecidos, mesmo diante de um crescimento do número de ativos (NA) se mantendo constante, com o passar do tempo, também, é possível verificar que, percentualmente, esse número tem sofrido uma regressão.

Na realidade, a tabela atuarial vem a ser uma tabela diferente da que estamos acostumados, de forma que ela trabalha com a morte dos indivíduos no tempo, explicando assim o percentual sempre inferior dos idosos quando comparado com as pessoas com deficiências.

Esta regressão se verifica, devido ao fato de que as pessoas atendidas pelo benefício, tanto por deficiência como por idade, têm evoluído dentro de patamar positivo. Isto é, tem um crescimento constante de pessoas atendidas, mas, percentualmente falando, a sua taxa de crescimento sofre pequenas variações anuais, sempre no sentido de uma redução no percentual.

Isto não significa que não vai existir crescimento dentro deste dois grupos com o passar do tempo, o que existe na verdade, é de explicação bem simples, pois, dentro de cada uma destas duas classes vão sempre existirem saídas de indivíduos. Uns vão saírem por não mais apresentarem os requisitos necessários para receberem o benefício e outros simplesmente por falecimento.

Podemos constatar assim, que no ano de 2009 tivemos uma taxa total de número de ativos (N.A) de 7,92 % e que no ano de 2017 essa taxa, depois de inúmeras variações, ficou em 3,13 %. Isso indica que temos uma evolução positiva, pois o crescimento fica dentro dos patamares estimados e dentro do orçamento previsto para o período.

Em outras palavras, podemos perceber que mesmo que o número de pessoas com deficiência e de idosos esteja sempre aumentando, com relação ao ano anterior, o número de pessoas a serem atendidas tende a se estabilizar, já que muitos chegam ao fim da vida, no caso dos idosos e os outros tendem a saírem da faixa abrangida pelo benefício, por não atenderem mas os critérios necessários.

#### **4. O BPC EXPRESSO EM NÚMEROS**

Neste ponto do trabalho, vamos dar ênfase na parte quantitativa. Vamos apresentar números concretos que foram extraídos diretamente de fontes oficiais do governo.

Relembrando, que o intuito deste trabalho é de apenas conhecer a realidade numérica do Benefício de Prestação Continuada e de sua distribuição entre os beneficiados.

A utilização de dados estatísticos e financeiros é algo ainda pouco explorado por estudantes de direito. Conhecer a população amostral, com base nas projeções estatísticas é de fundamental importância para todos os profissionais que desejam trabalhar na área previdenciária.

Desta forma, este pequeno esforço em apresentar o benéfico de prestação continuada (BPC/LOAS) se faz necessário, na medida em que vem apresentar dados numéricos e verdadeiros sobre a saúde financeira, do referido benefício, e o seu impacto orçamentário e social na vida de todos nós.

#### **4.1 Projeções de metas para o Benefício de Prestação Continuada**

Com base nos dados informados a respeito dos quantitativo de benefícios ativos e a sua taxa de crescimento dos anos anteriores foi possível realizar uma projeção para os anos que se seguem.

O quadro que veremos a seguir, demonstra a estimativa elaborada pelo governo brasileiro, produzido pelo INSS, em que apresenta uma estimativa para o número aproximado de benefícios ativos que serão devidos aos seus beneficiados, a se completar no mês de dezembro de cada ano, para o período de 2019 a 2021.

Estas projeções trabalham com os dados fornecidos pela DATAPREV, e possuem a finalidade de prepara um planejamento estratégico no campo orçamentários, de maneira a conhecer a demanda de recursos que será alocado para suprir o pagamento de todos os benefícios.

Afinal, o Brasil, como a maioria dos outros Países ao nosso redor, está envelhecendo com o passar do tempo. Sua população economicamente ativa, que até pouco tempo atrás, era de maioria predominantemente de jovem.

Nossa atual população, composta de maioria jovem, agora está dando lugar de maneira gradativa e irreversível, para uma sociedade predominantemente de pessoas envelhecidas. Por sua vez, a nova população de envelhecidos dispõem de uma moderada expectativa de vida, estimada em torno dos 72 anos, e sendo assim, vão depender cada vez mais dos benefícios e das aposentadorias.

Nesta feita, o governo brasileiro tem feito grandes avanços, quanto a projeção de metas para o futuro, com base em dados colhidos na nossa realidade presente. Os números obtidos, são fontes essenciais para se ter uma visão do quantitativo de benefícios que estão sendo pagos atualmente e que poderão vir a serem pagos nos próximos anos.

**Tabela 3 – PROJEÇÃO DE METAS FÍSICAS PARA O BPC – Estimativa para o nº de benefícios em dezembro no período de 2019 a 2021**

ANO	Quantidade de BPC em Dezembro		
	PcD	IDOSO	TOTAL
2019	2.711.691	2.112.536	4.824.227
2020	2.814.400	2.162.353	4.976.753
2021	2.924.466	2.214.362	5.138.828

Fonte: Síntese e Suibe /INSS e DBA/SNAS/MDS – março 2018

Conforme se pode observar, existe uma variação ano a ano, elevando o número da participação de pessoas com deficiência e de idosos na quantidade de Benefícios de Prestação Continuada pagos pelo INSS. Uma vez que as estimativas são bem precisas, pois, utilizam os cálculos da tabua de mortalidade atuarial que é alimentada pelos levantamentos periódicos do IBGE.

É evidente que se verifica um crescimento constante da população beneficiada, mas, por outro lado, também se constata que o crescimento total caminha de forma moderada, dentro dos padrões aceitáveis, que não agride as metas fiscais aprovadas para o período.

Podemos verifica de uma maneira mais ilustrativa, diante do que é apresentado na tabela 4, as projeções para os próximos três anos subsequentes.

**Tabela 4 – PROJEÇÃO DE METAS FINANCEIRAS PARA O BPC: 2019 a 2021**

Valores			
ANO	PcD – Pessoa com Deficiência	BPC – Pessoa Idosa	TOTAL (Em R\$)
2019	32.070.439.845	25.136.075.480	57.206.515.325
2020	35.724.557.683	27.623.366.609	63.347.924.292
2021	39.756.058.207	30.305.532.105	70.061.590.311

Fonte: Síntese e Suibe /INSS e DBA/SNAS/MDS – março 2018

Nestas projeções é possível identificar os quantitativos envolvidos, referentes ao crescimento dos custos financeiros para as pessoas com deficiência e para as pessoas idosas.

O montante já previsto para o ano de 2019, vai ficar na casa dos 57 bilhões de reais, um aumento significativo para os cofres públicos. Contudo, as projeções

indicam, que neste ritmo, em 2021 teremos um montante de benéficos que atingirão a casa de 70 bilhões de reais a serem pagos somente pelo BPC.

Esses indicativos, já levam em consideração a evolução do salário mínimo, que é reajustado pelo governo federal a cada novo ano. Ressaltando ainda, que cada beneficiário recebe apenas um valor do salário mínimo, e que neste recebimento não está incluindo o pagamento do 13º salário.

Verificamos, também, fazendo um comparativo entre a tabela 3 com a tabela 4, que o crescimento da população idosa e de pessoas com deficiência tem reflexo direto no crescimento dos benefícios concedidos, observado ao longo dos anos.

Deste modo, o cruzamento destas duas últimas tabelas vem a comprovar um índice de crescimento bem semelhante ao que foi verificado na tabela 2. O importante disso, é que com base nos resultados obtidos, se pode esboçar um mapa do crescimento, em números, dos beneficiados atendidos e os que futuramente farão parte deste grupo.

Outro dado bastante interessante a ser salientado, diz respeito ao número sempre elevado de pessoas com deficiência em detrimento das pessoas idosas. Isso acontece, pois estamos diante de um envelhecimento natural da população brasileira, que se apresenta de forma gradativa, por sua vez, as pessoas com deficiências, muitas delas fazem parte do grupo de pessoas ativas que, por algum motivo, sofrem algum tipo de modificação em sua situação e passam a fazer parte do grupo com deficiência atendidos pelo BPC.

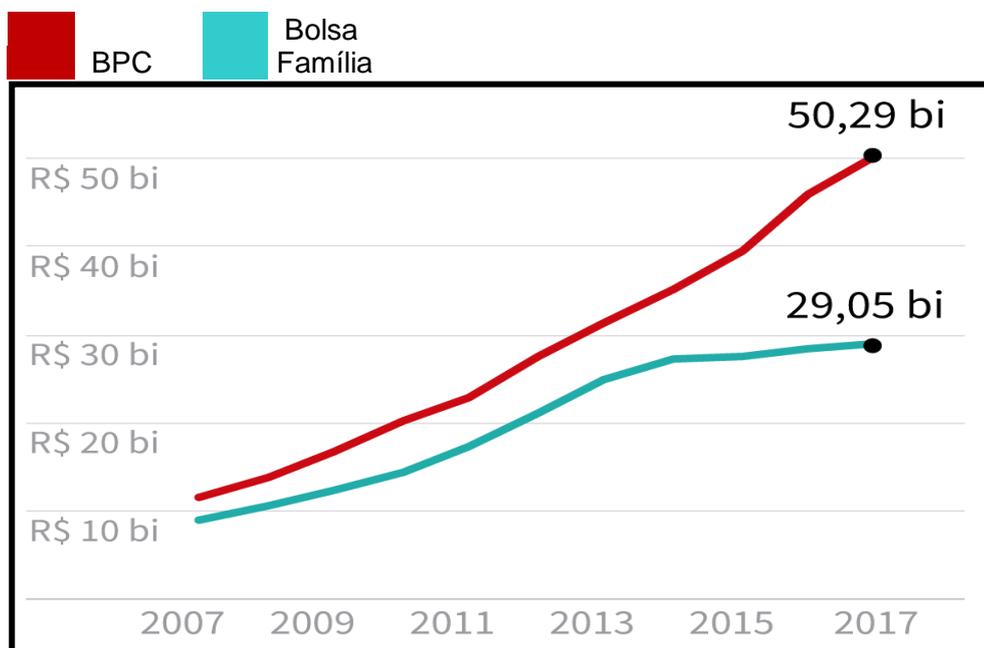
Consequentemente, fica demonstrado de que as projeções realizadas pelo LOAS são demonstrações consistentes, que se baseiam em parâmetros verdadeiramente comprovados, por dados gerados pelo próprio governo federal, que buscam prever a situação financeira para os períodos futuros.

Ao longo dos anos, como foi possível observar, que o Benefício de Prestação Continuada tem evoluído significativamente, principalmente para aos cofres público. Toda esta evolução, teve o seu custo equivalente a cerca de 0,77% do PIB, somente no ano de 2017.

Este aumento do BPC já apresenta superior ao custo do Bolsa Família, que somente ano de 2017, foi responsável pela entrega do montante R\$ 50,29 bilhões a cerca de 4 milhões de pessoas.

Essa evolução, que pode ser vista no gráfico 1, vem a demonstrar a evolução do crescimento do gasto com o BPC pago aos seus assegurados, dentro de um período de 10 anos.

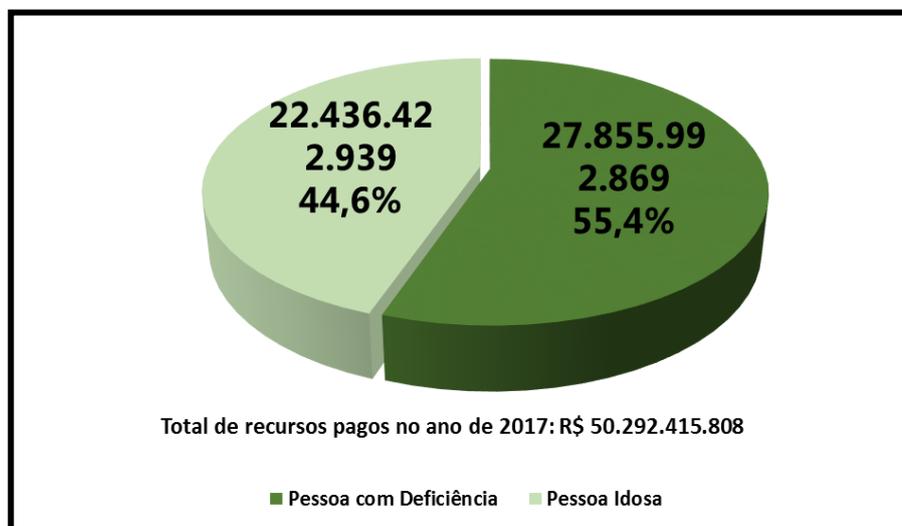
**Gráfico 1 - Custo, em % do PIB para o ano de 2017**



Fonte: Gazeta do Povo - Infográfico

É de fundamental importância frisar, que o foco deste trabalho consiste em fornecer dados quantitativos a respeito do número de beneficiários que atualmente recebem o Benefício de Prestação Continuada / LOAS e sua perspectiva numérica para o futuro, bem como o montante previsto que será pago, pelo respectivo benefício, para os três próximos anos.

**Gráfico 2 - Recursos investidos n**



Fonte: SINTESE/DATAPREV

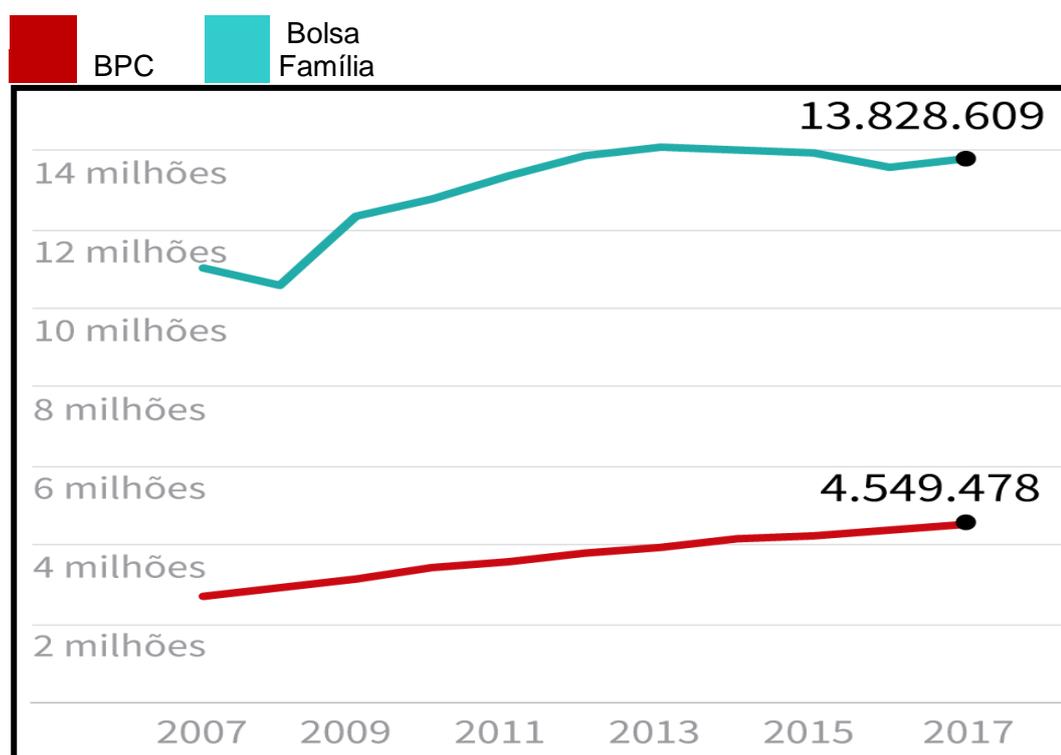
Também é visível a elevada quantidade de beneficiários que são atendidos, tanto pelo BCP como pelo Bolsa Família.

O gráfico 3, demonstra o quantitativo de beneficiários que atualmente recebem os benefícios pagos pelo governo federal. Assim, verificamos que o montante pago para o Bolsa Família é de 13.828.609 milhões de pessoas contra o BCP, que fica em torno dos 4.549.478 milhões.

Desta maneira, evidenciamos que a quantidade pessoas que são atendidas pelo programa Bolsa Família é bem superior aos atendidos pelo BCP, mas por outro lado, vai existir a questão financeira, que vai deixar o BCP, mesmo com quantidade inferior de pessoas, muito mais oneroso para o governo.

Somente como informativo, o BCP paga aos seus beneficiários um salário mínimo todos os meses. A seu tempo, o Bolsa Família paga para as famílias beneficiadas o valor de R\$ 85,00 por criança, o que gera uma certa variação nos valores pagos.

**Gráfico 3 - Beneficiários atendidos pelo BCP e Bolsa Família**



Fonte: Gazeta do Povo - Infográfico

Reforçando que este trabalho não tem a pretensão de discutir sobre a atual situação orçamentaria da previdência social e sua possível crise financeira. Ficando focado apenas na apresentação do que seria o Benefício de Prestação Continuada - BPC, na sua forma de constituição ao longo dos tempos, nos seus critérios de participação, e principalmente, no quantitativo que vem dizer respeito a sua participação no orçamento previdenciário, no seu montante de participantes na atualidade e projeções para os próximos anos. Tudo isto, sempre com base nos dados oficiais, divulgados pelo governo federal, como discriminado em anexo.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste trabalho foi abordado o Benefício de Prestação Continuada – BPC, que vem a ser um pagamento realizado pelo Governo Federal, no valor de um salário mínimo, direcionado aos idosos acima dos 65 anos de idade e a pessoas com

deficiência que estão expostas a situação de vulnerabilidade, com renda per capita inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo por integrante do grupo familiar.

No entanto, o principal objetivo abordado aqui, foi a questão do quantitativo, tanto de usuários do benefício, como do montante, em recursos monetários, que será necessário a ser disponibilizado pelo Governo Federal para cumprir com a obrigação de assegurar o pagamento a todos.

Assim, ficou evidente de que o número de indivíduos que recebem o benefício, sem que nunca tenham contribuído para a previdência social, vem aumentando de ano após ano. Este aumento gradativo e contínuo, vem onerando significativamente os cofres públicos, porém, como foi possível verificar, não se trata de uma problemática social, mas sim, de uma transformação da população brasileira que gradativamente deixa de ser de maioria jovem para uma maioria de idosos.

Como atualmente, o sistema previdenciário em geral, é financiado pelos trabalhadores, predominantemente da população considerada jovem e ativa, o aumento da população de idosos que serão aposentados e os que receberão benefícios, certamente se tornaram um grande peso sobre os ombros dessa parte da população ainda ativa.

Por sua vez, através dos dados quantitativos analisados, ficou evidente que o benefício vem cumprindo o papel para o qual foi destinado. Papel este, que se resume em um atendimento de uma grande parcela da população idosa em situação de risco e de pessoas com deficiências.

Na realidade, os dados levantados pelo governo federal, bem como as projeções futuras para as populações de idosos e deficientes são estimativas que servem para darem uma ideia do montante de recursos que devem ser destinados para o cumprimento desta obrigação.

Contudo, mesmo com as melhores estimativa e projeções não é garantido o resultado final. Pois, mesmo diante de um crescimento de maneira constante, ele ainda é moderado. Isto quer dizer que, diante dos dados obtidos, percebemos uma constância na evolução tanto dos idosos quanto das pessoas com deficiências. Porém, a tabela atuarial trabalha com a perspectiva de morte dos indivíduos com a idade, de forma que, os idosos, passam a receber o benefício apenas quando atingem a idade determinada de 65 anos, tanto homens como mulheres, que vai ser pago por curto espaço de tempo que se encerra com a morte.

Já, os beneficiários com deficiências, são assistidos com o benefício desde o momento que se enquadram nas condições específicas, ficando amparadas por ele pelo resto da vida, ou até que a sua situação se altere para melhor.

Neste sentido, comparamos os dados fornecidos pelo governo federal, de forma a levantar as informações pertinentes ao objetivo proposto, e obtivemos respostas pertinentes que foram capazes de demonstrar o panorama atual do benefício que é pago a todos os que dele necessitam.

Um ponto que também chamou a atenção, foram os dados obtidos com o cruzamento entre gráfico 1 e o gráfico 3. Os dados demonstram claramente que o custo com o Benefício de Prestação Continuada é mais elevado do que o custo com total do Bolsa Família, mesmo possuindo quantidade inferior de pessoas. Explicação bem simples, pois o BCP paga um salário mínimo a todas as pessoas atendidas, enquanto a o bolsa família paga apenas R\$ 85,00 por criança cadastrada no programa.

A exemplo do que foi descrito neste trabalho vimos o quantitativo de beneficiários que são atendidos atualmente e os que ainda serão atendidos nos próximos anos, o montante de recursos que são destinados ao pagamento destes benefícios atualmente e a sua projeção para os próximos anos, e o mais interessante, a evolução da população de idosos acima de 65 anos até 2026, que certamente será de fundamental importância para a saúde de nosso sistema previdenciário.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Decreto nº 8.805 de 07 de julho de 2016. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214 de 26 de setembro de 2007. Disponível em: Acesso em: 10 de julho de 2018;

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso em: 30 maio 2017

BRASIL. IV.9 – Avaliação da Situação Financeira e Atuarial dos Benefícios Assistenciais da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orçamentos-anuais/2019/pldo/anexo-iv-9-projecoes-de-longo-prazo-loas.docx>. Acesso em 18 de novembro de 2018;

BRASIL. Lei nº 10.741 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em 01 de julho de 2018;

BRASILEIRO, Derly Pereira. Direito Previdenciário – 1.ed. Salvador: JM Gráfica e Editora Ltda., 2018. pp. 30 -33;

GAZETA DO POVO. Infográfico. Disponível em: <<https://infograficos.gazetadopovo.com.br/politica/quanto-custam-os-programas-sociais/>>. Acesso em 06 de dezembro de 2018;

IBRAHIM, Fabio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 16. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015;

MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3;

NEXO JORNAL LTDA. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/03/30/O-que-%C3%A9-o-BPC-um-dos-itens-mais-pol%C3%AAmicos-da-reforma-da-Previd%C3%AAncia>>. Acesso em 01 de outubro de 2018.

## MAUS TRATOS AOS IDOSOS: COMO COMBATER ESSA PRÁTICA VIOLENTA?

Ricardo Fernandes dos Santos<sup>1</sup>  
Luciano Honório de Carvalho<sup>2</sup>

### RESUMO

Violência, agressão, maus-tratos, abusos contra os idosos são expressões que dizem respeito a processos e a relações sociais interpessoais, de grupos, de classes, de gênero, ou ainda institucionais, que causem danos físicos, danos psicológicos e morais à pessoa. As pessoas idosas possuem diversos desafios que vão sendo superados no dia a dia, portanto suas necessidades básicas precisam ser respeitadas, pois, viver e envelhecer com dignidade é um direito dessa população. A pesquisa tem como objetivo geral identificar como pode ser cessado o problema de maus tratos e de maneira mais específica levantar informações sobre os casos de violência e identificar os pontos positivos das políticas públicas. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, descritiva de caráter qualitativo, desenvolvida com base em materiais já elaborados, construído principalmente de livros e artigos científicos. É importante a criação de programas ou ações dirigidas à vítima, ao perpetrador dos maus-tratos, aos restantes cuidadores e aos profissionais que lidam com pessoas idosas, bem como a criação de serviços de suporte legal, psicológico, educativo e jurídico para este tipo de situação, tendo em vista que as políticas sociais devem ser construídas para uma maior participação desses idosos.

**Palavras- chave:** Estatuto do idoso, Violência contra o idoso, Maus Tratos contra o idoso.

### ABSTRACT

*Violence, aggression, abuse, abuse against the elderly are expressions that relate to processes and interpersonal, group, class, gender, or institutional social relationships that cause physical damage, psychological and moral damages to the person. Old people have several challenges that are being overcome in their daily lives, so their basic needs must be respected, because living and aging with dignity is a right of this population. The general objective of the research is to identify how the problem of mistreatment can be stopped and, in a more specific way, to raise information about cases of violence and to identify the positive aspects of public policies. The methodology used was to the bibliographic research, descriptive of qualitative character, developed based on already elaborated materials, constructed mainly of books and scientific articles. It is important to create programs or actions aimed at the victim, perpetrator of mistreatment, other caregivers and professionals dealing with the elderly, as well as the creation of legal, psychological, educational and legal support services for this type of social policies must be built for greater participation of these elderly people.*

**Key words:** Statute of the elderly, Violence against the elderly, Maltreatment against the elderly.

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

## **1 INTRODUÇÃO**

Violência, agressão, maus-tratos, abusos contra os idosos são expressões que dizem respeito a processos e a relações sociais interpessoais, de grupos, de classes, de gênero, ou ainda institucionais, que causem danos físicos, danos psicológicos e morais à pessoa.

Para Vono (2011), o processo de envelhecimento constitui a quinta etapa da vida humana, onde a velhice não é sinônima de doença, dependência e tristeza ou isolamento social, embora isso aconteça em um maior número nessas pessoas idosas.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define maus-tratos na terceira idade como ato único ou repetido, ou ainda, como ausência de ação apropriada que cause dano, sofrimento ou angústia, e que ocorra dentro de um relacionamento de confiança (WORLD, 2002).

Ainda segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o envelhecimento da população atinge grande parte dos países e no ano de 2030 o Brasil terá a sexta população mundial em número de idosos. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2000), apontam que o Brasil possuía, no ano de 2000, um número de 14.875.000 de idosos e que esse número cresce significativamente a cada ano, podendo chegar a 35 milhões em 2025.

As pessoas idosas possuem diversos desafios que vão sendo superados no dia a dia, portanto suas necessidades básicas precisam ser respeitadas, pois, viver e envelhecer com dignidade é um direito dessa população, apesar dos grandes desafios que as saúdes públicas brasileiras ainda têm pela frente, houve um relevante avanço na implementação de novas políticas ao combate da violência contra os idosos, a partir da promulgação do Estatuto do Idoso e do Plano de Enfrentamento da Violência Contra a Pessoa Idosa.

Artº2 - O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana; Artº10 - É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas Leis (BRASIL, 2003).

Dados epidemiológicos do Ministério da Saúde (2005) demonstram que, no

Brasil, 27% das internações, dos 93 mil idosos, são em decorrência de violências e agressões. Essas agressões que chegam ao Sistema Único de Saúde (SUS) são principalmente as explícitas, mas há os casos não discriminados, como os que ocorrem no ambiente intrafamiliar, que são bastante complexos, delicados e de difícil penetração no silêncio, por envolverem relações e sentimentos de insegurança e medo.

A escolha do tema da pesquisa se deu pelo fato de atualmente existir um grande clamor da sociedade por políticas públicas eficazes que objetivem a proteção ao idoso de maneira integral, uma vez que a cada dia cresce o número de casos de agressões físicas, morais e psicológicas praticadas contra este público mencionado, esta realidade é apresentada diariamente pelos meios de comunicação de massa, onde esta difunde para a população o conhecimento da impunidade presente para estes criminosos, gerando este grande sentimento de revolta popular.

Com isso desperta-se o interesse do estudo com a seguinte questão norteadora: como os maus tratos e a falta de dignidade com a população idosa pode ser cessado?

Espera-se contribuir de maneira eficaz na resposta desta questão, tendo a pesquisa como objetivo geral identificar como pode ser cessado o problema de maus tratos e de maneira mais específica levantar informações sobre os casos de violência e identificar os pontos positivos das políticas públicas.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 A TERCEIRA IDADE NO BRASIL**

Em 1994 surgiu a Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842 de 4 de janeiro), contudo tem se intensificado nas últimas décadas em razão do acentuado aumento da população idosa no Brasil.

A Organização Mundial da Saúde - OMS (1984), considera o idoso, sob o ponto de vista cronológico, como aquele indivíduo que possui 65 anos ou mais de idade em países desenvolvidos, enquanto que, em países em desenvolvimento, prevalece a idade de 60 anos ou mais.

Para Guerra e Emerique (2006), muitos são os riscos enfrentados pelas pessoas que se encontram na terceira idade, ou seja os idosos são mais susceptíveis devido a vulnerabilidade e fragilidade da idade, por isso se faz necessário proteção estatal a estas

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, assegurado pela Lei n. 10.741 de 1o de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso. Envelhecer é um processo natural na vida do homem, ocorre por meio de mudanças físicas, psicológicas e sociais, que se dão de forma subjetiva.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), a expectativa é que até 2055, o número de pessoas com mais de 60 anos supere o de brasileiros com até 29 anos. De acordo com o esse levantamento, metade dos idosos que residem no Brasil faz parte da classe média e usufrui de boas condições de vida.

De acordo com a pesquisa de Felisoni (2006), onde foram escutados 250 idosos na cidade de São Paulo, ele salientou dados importantes relatando que os idosos são consumidores conservadores, pois 55% dos entrevistados afirmam experimentar novas marcas, estando, portanto, aptos a novos produtos e também ao processo de mudança de marca.

## 2.2 VIOLÊNCIA E MAUS TRATOS

Para Brasil (2005), a violência contra o idoso faz parte da violência social, ou seja, ela vai expressar-se na forma como a sociedade organiza suas relações e de como o poder é exercido nas esferas políticas e institucionais.

A violência é considerada sócio histórico, pois ela acompanha o desenvolvimento da humanidade, tendo em vista que ela por si só não é questão de saúde pública, mas se transforma em problema pois a afeta diretamente a saúde individual e coletiva, fazendo com que se crie políticas específicas de práticas para essa população (MINAYO, 2006).

Segundo o NCEA (2007), os maus tratos se agrupam em sete categorias: abuso financeiro ou material, abuso físico, abuso psicológico ou emocional, abuso sexual, abandono, negligência e autonegligência, como mostra a tabela 1 abaixo.

**Tabela 1 – Tipos de maus tratos, características e exemplos.**

<b>TIPOS DE MAUS TRATOS</b>	<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<b>EXEMPLOS</b>
<b>Abuso financeiro/material</b>	Uso ilegal, inapropriado ou desautorizado de recursos financeiros, fundos, propriedades ou bens da pessoa idosa.	Roubo, transferência de dinheiro ou propriedades e desconto de cheques sem consentimento, forjar ou coagir a assinatura de um documento ou contrato, uso indevido de tutela, guarda ou procuração.
<b>Abuso físico</b>	Produção de dor ou dano físico.	Esbofetear, pontapear, empurrar, atirar com objeto, queimar, uso inadequado de medicamentos e restrições físicas, alimentação forçada, e castigos físicos.
<b>Abuso psicológico/emocional</b>	Produção de sofrimento, angústia ou aflição por meio de atos verbais ou não verbais.	Agressões verbais, ameaças, humilhação, infantilização, insultos, intimidação, isolamento social e "tratamento do silêncio".
<b>Abuso sexual</b>	Inclui contatos sexuais não consentidos de qualquer tipo ou conversas com conteúdo sugestivo.	Toque indesejado, agressão sexual ou estupro, sodomia e nudez forçada.
<b>Abandono</b>	Ausência ou deserção, por parte do responsável, da prestação de cuidados necessários ao idoso.	Deserção de idoso
<b>Negligência</b>	Incapacidade, fracasso ou recusa em prestar os cuidados imprescindíveis ao bem-estar do idoso.	Falha em satisfazer necessidades básicas como comida, água, vestuário, abrigo, assistência sanitária e higiene pessoal, cuidados médicos, conforto e segurança pessoal.
<b>Auto-negligência</b>	Conduta da pessoa idosa que ameaça a sua própria saúde ou segurança (excluindo situações de pessoas mentalmente capazes).	Recusa ou fracasso em prover a si mesma cuidados adequados, em termos de alimentação, água, vestuário, abrigo, assistência sanitária e higiene pessoal, cuidados médicos, conforto e segurança pessoal.

Fonte: NCEA, 2007.

Minayo (2004), aponta na tipologia da violência ao idoso as seguintes definições: violação dos direitos humanos (privatização de qualquer direito inalienável, como a liberdade, direito de fala e privacidade), abuso médico (cuidados médicos de forma negligente ou imprópria) e segregação involuntária (relaciona-se ao espaço das instituições sociais que abrigam o idoso, onde se manifesta por qualquer forma de segregação em outro ambiente ou ala de um idoso residente, sem o consentimento de seu representante legal).

Os principais locais de maus tratos estão presentes em lugares como instituições de longa permanência, domicílios, transportes públicos, ou seja, na vida em comunidade.

Em um estudo dos casos de violência aos idosos no município de Aracaju, Sergipe, Brasil, desenvolvido no Departamento de Atendimento a Grupos Vulneráveis (DAGV) da Polícia Civil de Sergipe, entre os 112 inquéritos analisados, 70,5% foram abertos a partir de Boletins de Ocorrência (AGUIAR, 2015).

Notam-se os seguintes, dados, 96,4% dos casos ocorreram em ambiente residencial, sendo que a maior taxa de tipo de violência empregada foi à psicológica com 40,2%, seguida da associação física + psicológica 14,1%. Já em relação ao sexo, nota-se o predomínio feminino 65,2% sobre o masculino. A faixa etária mais atingida foi entre 60-69, com 50,9%. Ao estado civil das vítimas, houve um predomínio da prática de violência em idosos viúvos, totalizando 36,6% das vítimas. Ao perfil do agressor, houve uma maior taxa do sexo masculino 74,1%. Quanto ao grau de parentesco, observou-se a taxa de 54,5% para os filhos das vítimas como protagonistas da agressão. É relevante ressaltar que 71,4% das agressões foram praticadas por parentes, contrapondo-se a apenas 4,4% praticados por cuidadores sem relação consanguínea. Ressalta-se também que o uso de drogas pelo agressor foi constatado em 18,8% dos casos (AGUIAR, 2015).

Os maus-tratos apresentam consequências devastadoras para as pessoas idosas, tais como diminuição da qualidade de vida, aumento dos níveis de stress, sensação de insegurança e impotência, problemas de saúde e aumento da mortalidade (SANTOS, VIEIRA, 2014).

Para Dinesh (2011), as consequências dos maus tratos podem ser muito graves nos idosos, devido a serem fisicamente mais fracos e mais vulneráveis do que os adultos jovens, ou seja, mesmo uma lesão relativamente pequena pode

causar danos graves e permanentes.

### 2.3 ESTATUTO DO IDOSO E A LEGISLAÇÃO

O estatuto do idoso foi criado com o intuito de regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, onde o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, segundo o art. 2º do estatuto.

Art. 43º As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado
- II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;
- III – em razão de sua condição pessoal.

Verificando qualquer das hipóteses previstas no art. 43º, o ministério público ou o poder judiciário poderá determinar outras medidas, tais como:

- I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;
- II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;
- IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;.

Resumindo, o Estatuto do Idoso traz normas substantivas que direcionam as políticas públicas e as medidas protetivas dos idosos, e normais instrumentais, onde os idosos ou seus representantes, dispõem de artifícios jurídicos para exigir o cumprimento através da ação dos órgãos judiciais (FILHO, 2013).

Para o mesmo autor citado acima, é muito difícil encontrar uma definição exata para as violações diversas que englobam os maus tratos, o abuso, a

negligência, o abandono, a violência física, sexual, psicológica, financeira e familiar, pois os autores desses atos podem ser múltiplos, ou seja, podem ser os familiares, profissionais, instituições e a própria sociedade onde esse idoso vive.

Diante desse cenário, o profissional de direito, assim como qualquer outro profissional que tenha que atuar nessa área de garantia e proteção de direitos dessa população em especial, precisa ter um raciocínio multidisciplinar da questão, não podendo se restringir a uma visão limitada ou só da sua área de atuação, pois assim, o profissional pode tomar medidas equivocadas, ou que em vez de atenuar ou solucionar o problema do idoso, acabe agravando sua situação.

Em relação aos avanços, deve-se destacar os interesses defendidos pela legislação em nosso país, ou seja, o estatuto do idoso, alguns pontos positivos como:

- Sistema de cotas nas moradias construídas com recursos federais;
- Salário mínimo mensal a todos os idosos com mais de sessenta e cinco anos;
- Fornecimento de medicamentos e instrumentos de reabilitação e tratamento pelo Estado;
- Proibição de reajuste de plano de saúde em detrimento a faixa etária;
- Transporte coletivo gratuito;
- Atendimento preferencial e imediato em todos os órgãos públicos e privados;
- Vagas preferências em estacionamento;
- Obrigatoriedade na adequação das empresas prestadoras de serviços, abrigar pelo menos 20% do seu quadro funcional com pessoas maiores de quarenta e cinco anos.

Para Berzins (2008):

“Muita coisa pode ser feita para minimizar, reduzir, ou cessar a violência contra a pessoa idosa, os diversos abusos, as violências, as negligências, as violações dos direitos, as discriminações dos direitos que as pessoas sofrem na vida cotidiana precisam ser prevenidos e superados”.

Para diminuir esse cenário de violência um passo muito importante é a denúncia, ou seja, quando há suspeita ou confirmação de maus tratos contra os idosos devem ser imediatamente e obrigatório a comunicação aos órgãos competentes pra serem tomadas as devidas providências, nos quais são: autoridades policiais, Ministérios Públicos ou Conselhos Estaduais e Municípios do

Idoso.

Essas medidas preventivas já estão previstas nos incisos I a VIII do art.3º do Estatuto do Idoso e são boas ações para diminuir a violência contra o idoso em nossa sociedade. Porém quando essas medidas não surtem efeitos e casos concretos de violência, discriminação, abandono e maus-tratos ocorrem, há necessidade da atuação pronta e presente do Ministério Público, Poder Judiciário e outros órgãos como a Polícia Judiciária e a Defensoria Pública.

Segundo o Ministério da Saúde (2005, p.29-30), foram criadas diretrizes que fundamentam o documento “Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências:

- Incentivo a promoção, à adoção de comportamentos e de ambientes seguros e saudáveis, mobilizando-se a sociedade, em especial a mídia e ossetores de educação e reforçando-se estratégias intersetoriais;
- Monitorização da ocorrência de acidentes e violências por meio do estabelecimento de ações padronizadas de vigilância epidemiológica;
- Sistematização, ampliação e consolidação do atendimento pré-hospitalar, prevendo-se a ampliação e implantação desse tipo de serviço, da padronização das normas e da criação de um sistema nacional de informações relativas a esses serviços;
- Assistência interdisciplinar e intersetorial às vítimas de violência buscando-se uma articulação do setor de saúde com as áreas jurídicas e de segurança;
- Apoio ao desenvolvimento de estudos e pesquisas interdisciplinares, estratégicas, operacionais e avaliativas.

Onde não é possível manter o idoso com a família em sua residência, em casos extremos, ou quando ele não possui família ou residência fixa, a medida protetiva a ser tomada com base no art.46 do Estatuto do Idoso é o encaminhamento provisório ou permanente a uma Instituição de Longa Permanência de Idosos (ILPIs), popularmente chamada abrigo ou asilo, o Estatuto prevê este tipo de entidade no seu art.48 e especificamente no art.49, onde deve ser garantido durante a estadia do idoso a preservação dos laços familiares, sua liberdade, dignidade e oferecimento de serviços personalizados a partir do perfil biopsicossocial do mesmo (FILHO, 2013).

O artigo 230 da Constituição Federal descreve:

“A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a vida” (SOUSA, 2004).

A Lei nº 8.842, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso, em seu capítulo IV define que é dever de todo cidadão denunciar maus-tratos ou negligência a essas pessoas. No artigo 10, inciso IV, esclarece que é papel da justiça “promover e defender os direitos da pessoa idosa, zelar pela aplicação de normas sobre o idoso, determinar ações para evitar abusos e lesões a seus direitos” (SIQUEIRA, 2004).

A pena definida contra violência ao idoso, prevê variável de dois meses a um ano de reclusão, mais multa com benefício de suspensão condicional, mas se caso houver lesão corporal de natureza grave, a pena é de um a quatro anos de reclusão, mas se resultar em morte aumenta para de quatro a doze anos de reclusão, sem o benefício da suspensão condicional do processo (SOUSA et.al, 2010).

### **3 METODOLOGIA**

#### **3.1 CARACTERIZAÇÃO DA PESQUISA**

Pesquisa bibliográfica, descritiva de caráter qualitativo, desenvolvida com base em material já elaborado, construído principalmente de livros e artigos científicos (GIL, 2008), uma revisão de literatura sobre as principais teorias que norteiam o trabalho, realizado a partir do mês de julho a dezembro de 2016.

Conforme Boccato (2006), a pesquisa bibliográfica busca a resolução de um problema, que são pesquisados através de referenciais teóricos publicados, analisando e discutindo as contribuições científicas escolhidas como fonte do trabalho.

Par Gil (2008), a pesquisa descritiva descreve as características de determinada população ou fenômeno, uma de suas principais características está na utilização de técnicas padronizadas de coletas de dados, através de uma observação sistêmica. Segundo Boente e Braga (2004), a pesquisa descritiva está dentro de análises qualitativas e quantitativas, tendo um levantamento de dados e o porquê destes dados.

A pesquisa qualitativa segundo Diehl (2004), descreve a complexidade de um determinado problema, possibilitando o entendimento das mais variadas particularidades dos indivíduos. Para Strauss e Corbin (1994), a pesquisa qualitativa

desenvolve uma teoria que está inserida em dados já coletados e analisados, “a teoria surge durante a própria pesquisa e isso ocorre através da interação contínua entre a coleta e a análise de dados”.

A pesquisa foi realizada através de acervo bibliográfico na biblioteca do Instituto de Educação Superior da Paraíba - IESP, na base online foram selecionados os seguintes descritores: Estatuto do idoso, Violência contra o idoso, Maus Tratos contra o idoso.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A violência contra os idosos é complexa devido aos aspectos que influenciam seu surgimento, como os culturais, sócias, históricos, familiares e demográficos, onde o que se pode prever, com o aumento da população idosa, é que as situações de violência e maus tratos se agravem.

Num cenário em que a discriminação da pessoa idosa é uma realidade, importante observar que não bastam somente medidas de proteção pós-violência, não se pode ficar aguardando situações de violações para tomar medidas de resguardo aos direitos dos idosos. Medidas preventivas, através de ações sociais e políticas positivas, são medidas que podem ser tomadas também.

No caso para se tomar medidas de proteção aos idosos, e que sejam eficazes e benéficas a eles, necessariamente deve o profissional do direito, além de uma visão multidisciplinar da questão do envelhecimento, ouvir os idosos e ter o apoio e colaboração de vários profissionais na resolução das questões a si impostas pelo caso concreto,

Para Andrade (2015), de igual modo, é importante a criação de programas ou ações dirigidas à vítima, ao perpetrador dos maus-tratos, aos restantes cuidadores e aos profissionais que lidam com pessoas idosas, bem como a criação de serviços de suporte legal, psicológico, educativo e jurídico para este tipo de situação, tendo em vista que as políticas sociais devem ser construídas para uma maior participação desses idosos.

É muito importante que a sociedade comece a se habituar com o processo do envelhecimento, para assim, transmitir uma imagem positiva das pessoas idosas, eliminando atitudes negativas contra eles.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, M.P.C. Violência contra idosos: descrição de casos no Município de Aracaju, Sergipe, Brasil. Esc. Anna Nery, v.19, n.2, 2015.
- ANDRADE, C.T. Os maus-tratos em idosos. Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015.
- BERZIN, M.A. Violência contra a pessoa idosa. Tomiko Born. Brasília, 2008
- BRASIL. (2003). Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União.
- BRASIL. (2005). Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. Política nacional de redução da morbimortalidade por acidentes e violências: Portaria MS/GM n.º 737 de 16/5/01, Brasília, DF: Ministério da Saúde.
- BOCCATO, V.R.C. Metodologia da pesquisa bibliográfica na área odontológica e o artigo científico como forma de comunicação. Ver Odontol.univ.Cidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- DIEHL, A.A. Pesquisa em ciências sociais aplicadas: métodos e técnicas. São Paulo: Prentice Hall, 2004, disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/243-982-1-PB.pdf, acessado em 15 de outubro de 2018.
- DINESH, S. European Report on preventing elder maltreatment. World Health Organization. 2011.
- FELISONI, M. Idosos gostam de comprar e vão com frequência ao supermercado. Londrina, 2006. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/idosos-gostam-de-comprar-e-va-com-frequencia-ao-supermercado-a1n9bsbihnvpchihygbhxbfk9a> Acesso em: 04/11/2018.
- FILHO, W.M. Medidas Protetivas a pessoa Idosa. 2013.
- GUERRA, S.; EMERIQUE, L. M. B. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. 2006
- GIL, A.C. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, disponível em <http://apps.cofen.gov.br/cbcentf/sistemainscricoes/arquivosTrabalhos/assistencia%20de%20enfermagem%20a%20pacientes.pdf>, acessado em 24 de outubro de 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO de GEOGRAFIA e ESTATÍSTICA. Rio de Janeiro: IBGE; 1995 - . Censo Demográfico de 2000; Disponível em: <https://www.seade.gov.br/produtos/idr/download/populacao.pdf>.
- MINAYO, M.C. Violência contra idosos: o avesso do respeito á experiência e à

sabedoria, Brasília, 2004.

MINAYO, M.C. A inclusão da violência na agenda da saúde, trajetória histórica. *Ciência Saúde Coletiva* v.11, Rio de Janeiro, 2006.

SANTOS, C.; VIEIRA, D. N. Maus-tratos em idosos in: Veríssimo M. T. *Geriatria fundamental - Saber e Prática*. Coimbra. Lidel. 2014.

SIQUEIRA, L.E.A. Estatuto do idoso de A a Z. São Paulo: Idéias & Letras; 2004. 238 p.

SOUSA, A.M.V. Tutela jurídica do idoso a assistência e a convivência familiar. Campinas: Alínea; 2004. 245 p.

SOUSA, J. D. et.all. (2010). Maus-tratos contra idosos: atualização dos estudos brasileiros. *Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia*.

VONO, Z.E. *Enfermagem gerontológica: atenção à pessoa idosa*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO. *Missing voices: views of older persons on elder abuse*. Geneva: World Health Organization; 2002.

## **DIREITO DO IDOSO**

Sandro Sidne Cesário Ferreira<sup>1</sup>  
Luciano Honório de Carvalho<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo analisar os Direitos do Idoso na sociedade, a forma como é respeitado, as Leis que protegem os idosos, como o Estatuto, a Política Nacional do Idoso, a forma como a sociedade aborda os fatores relacionados à temática. As garantias em que o Poder Público, o Estado em si proporciona boas condições de vida, saúde, moradia, lazer, entre outros fatores. As disponibilidades que os órgãos da Administração Pública Direita e Indireta conduzem o idoso a total satisfação, a comodidade, o respeito, o direito a locomoção, educação, ao atendimento preferencial, visando sempre às garantias constitucionais como uma das principais a dignidade da pessoa humana independente de idade, ração, cor ou origem.

Palavras- chave: Direito do Idoso. Poder Público. Garantias Constitucionais.

**ABSTRACT:** *This work aims to analyze the Rights of the Elderly in society, the way it is respected, the Laws that protect the elderly, such as the Statute, the National Policy of the Elderly, how society addresses the factors related to the issue. The guarantees in which the Public Power, the State itself provides good conditions of life, health, housing, leisure, among other factors. The availability that the organs of the Right and Indirect Public Administration conducts the elderly to total satisfaction, convenience, respect, right to move, education, preferential care, always aiming at constitutional guarantees as one of the main the dignity of the independent human person of age, ration, color or origin.*

*Key words: Right of the Elderly. Public Power. Constitutional Guarantees.*

### **1 INTRODUÇÃO**

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com a absoluta a prioridade, a efetivação do Direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. A Constituição Federal estipula que um dos objetivos fundamentais da República é o de promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão, bem como origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

A faixa etária também tem relevo constitucional, no tocante à individualização da pena. É o que dispõe o art. 5º, inciso XLVIII, do qual deflui que o idoso deve cumprir pena em estabelecimento penal distinto (68). O Constituinte demonstrou especial preocupação igualmente com os idosos economicamente frágeis, isentando-os do imposto sobre a renda percebida (art. 153, §2º, I).

O idoso tem direito ao seguro social, ou aposentadoria, variando as idades, se homem ou mulher se trabalhador urbano ou trabalhador rural (art. 201). Para o idoso que não integre o seguro social, ou seja, o benefício a que tem direito apenas quem contribui para a Previdência Social, a constituição assegura a prestação de assistência social à velhice. Tal proteção deve se dar com os recursos orçamentários da previdência social e prevê, entre outras iniciativas, a garantia de um salário mínimo mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (arts. 203, V, e 204).

## **2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DO IDOSO NA SOCIEDADE.**

A humanidade sempre esteve às voltas com a questão do envelhecimento humano. Através dos tempos e em diferentes culturas, o processo em si é objeto de estudos e reflexões. Nas sociedades primitivas, os velhos eram objetos de veneração. Os jovens a eles recorriam em busca de seus conselhos, eram respeitados e lhes confiavam negócios. Na antiga China, o filósofo Confúcio pregava que todos os elementos de uma família deveriam obedecer aos mais velhos. Em geral, as sociedades da antiguidade, consideravam o estado de velhice dignificante e adotavam como sábio aquele que atingia essa etapa. Passou a ser importante o papel de ancião, época terminal da vida, que aos que nela ingressavam era reservado um papel de intensa atuação nos destinos políticos dos grupos sociais e na tomada de decisões importantes.

No século XVIII, o idoso era tido como patrimônio e não encargo. Com a evolução e progressão em andamento e, fruto da revolução industrial, ocorre uma inversão de valores, em vez da sabedoria, passa-se a julgar o homem pela sua capacidade de produção-muito mais próxima do jovem – e, ao idoso começa a restar um lugar de exclusão e marginalização. A humanidade atualmente é marcada pela qualificação do potencial da juventude em detrimento da velhice estabelecida por

improdutividade e decadência. O fato de ainda não existir a integração de grupos etários mais jovens com os mais velhos, tem a participação de ambos os lados, em que se associa a rejeição do idoso ao próprio envelhecimento, os valores que norteiam as gerações mais novas e a insistência dos mais velhos em manter e impor valores culturais do passado.

## **2.1 ANÁLISE JURÍDICA PENAL DA TUTELA DO IDOSO.**

Hodiernamente, não se olvida de que o envelhecimento é um processo biológico natural, individual e subjetivo, cujas consequências se dão de maneira desigual em cada indivíduo, tendo em vista que cada um se desenvolve em um determinado tempo, e também é com base nesse tempo é que ele poderá se sentir envelhecido.

Por esta razão, não mais se admite a utilização de vocábulos como ancião, ou ainda expressões que, ao nosso sentir, traduzem uma conotação negativa ou mesmo pejorativa à pessoa em idade avançada, como a terminologia velho, fruto da ideia do “descarte do idoso” e cultuamento do belo e formoso. Para chegarmos a esta conclusão, basta voltar nossos olhares para a proliferação de clínicas estéticas que prometem o rejuvenescimento ou a manutenção do viço corporal. Evidente que não é esta a concepção que deve prevalecer. Sem delongas, o que inviabilizaria o atingimento do objetivo deste trabalho, passamos à abordagem dos critérios para a definição normativa ou jurídica de idoso no Brasil.

Para a elucidação da definição legal ou jurídica de idoso, nos valeremos do elucidativo escólio de Norberto, que indica três perspectivas fundamentais a serem inexoravelmente observadas: a cronológica, a biopsicológica e a econômico-social. (Norberto Bobbio (1997, p. 17)).

Segundo o critério cronológico, considera-se idoso a pessoa que se encontra com mais idade do que um patamar etário previamente estabelecido, configurando-se, pois, elemento objetivo, de fácil aferição concreta, a exemplo, do limite para fazer jus à aposentadoria por idade, concessão de imunidade fiscal, benefícios previdenciários, facultatividade de voto etc.

A Constituição Federal de 1988 erigiu a princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana. E o fez ainda em seu pórtico, de forma a assegurar que as normas e

garantias ali presentes tenham por fulcro a dignidade intrínseca do ser humano – homens ou mulheres, crianças ou idosos, tomada a expressão em acepção ampla, independentemente de raça ou cor, convicção política ou religiosa.

Ao traçar estes princípios como diretrizes fundamentais da República, o constituinte tratou de orientar "toda a atuação do Estado e da sociedade civil em direção à efetivação desses fundamentos, diminuindo, com isso, o espaço de abrangência da concepção de que as pessoas, na medida em que envelhecem, perdem seus direitos" (RAMOS, 2003, p.214/215).

Ainda segundo o referido autor, "a CF/88 não deseja que o dispositivo seja visualizado a partir de etapas da vida, a não ser com o objetivo de implementar políticas públicas diferenciadas para assegurar os direitos fundamentais dos quais todos os homens são credores". Tem-se, assim, em suma, a aplicação material do princípio isonômico, ao garantir tratamento desigual aos cidadãos, na medida da desigualdade destes, lastreado na clássica lição aristotélica.

## **2.2. LEIS DE PROTEÇÃO AO IDOSO (10.741-03)**

Os direitos da pessoa idosa estão reunidos no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741), aprovado em 2003, após quase uma década de tramitação no Congresso Nacional. O Estatuto, que regula os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, reúne 118 artigos. Em linhas gerais, ele estabelece a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público em assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Seus principais direitos são:

**Saúde** – O idoso tem atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde (SUS) e é vedada a discriminação nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Em julgamento recente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que planos com valores diferenciados por faixa de idade não praticam a discriminação proibida pela Lei. O entendimento foi de que a mudança de valores proporcionais à idade do segurado corresponde a uma legítima expectativa de aumento de demanda pelos serviços de assistência médica e hospitalares contratados. Na avaliação do STJ, o que a lei proíbe é a atitude discriminatória do

plano de saúde, que eleve tanto o valor da mensalidade de modo a inviabilizar a assistência ao idoso.

**Transporte** – Nos veículos de transporte coletivo, serão reservados 10% dos assentos para idosos, assim como é assegurada a reserva, para os idosos, nos termos da lei local, de 5% das vagas nos estacionamentos públicos e privados.

**Educação e Cultura** – O idoso tem direito a 50% de desconto nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer. O estatuto estabelece que os idosos participem das comemorações de caráter cívico ou cultural, com objetivo de assegurar a transmissão de conhecimentos e vivências às demais gerações, no sentido da preservação da memória e da identidade culturais. Nesse sentido, o documento também determina que nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal sejam inseridos conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria.

**Trabalho na terceira idade** – É proibida a discriminação e a fixação de limite máximo de idade na contratação de empregados, sendo passível de punição quem o fizer, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada. O estatuto determina que o Poder Público criará e estimulará programas de profissionalização especializada para idosos, preparação dos trabalhadores para aposentaria e o estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

**Violência** – O Estatuto do Idoso determina também que nenhum idoso poderá ser objeto de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão. A lei considera como violência praticada contra idosos qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico. A discriminação de uma pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade resulta em pena de reclusão de seis meses a um ano e multa.

**Abandono** – Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, conforme o artigo 98 do Estatuto do Idoso gera pena de detenção de seis meses a

três anos e multa. Pena de detenção de dois meses a um ano e multa para quem expuser a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes. Fica sujeito à mesma pena quem privar o idoso de alimentos e cuidados indispensáveis, ou quando sujeitá-lo a trabalho excessivo ou inadequado. A pena pode ser aumentada de um a quatro anos se houver lesão corporal de natureza grave, e reclusão de quatro a doze anos se o fato resultou em morte.

**Pensão alimentícia** – Os idosos que, a partir de 60 anos, não têm condições de se sustentar nem contam com auxílio de parentes próximos têm direito a pensão alimentícia. O benefício funciona nos mesmos moldes que a pensão paga pelos pais aos filhos. O artigo 12 do Estatuto do Idoso determina que a obrigação alimentar é solidária, ou seja, apesar de todos os filhos terem a obrigação, a ação pode ser promovida somente contra um deles que tenha melhor condição financeira. Caso a pensão alimentícia já esteja fixada judicialmente ou por acordo, o idoso pode ingressar com ação de execução de pensão alimentícia contra o devedor. A medida pode resultar na prisão do parente inadimplente, caso não pague os atrasados.

Caso os filhos não tenham condições financeiras de pagar o benefício, o idoso pode pleitear o benefício assistencial oferecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). De acordo com informações do Governo Federal, disponibilizadas no Portal Brasil, para solicitar o Benefício Assistencial ao Idoso é preciso agendar o atendimento por meio da Central de Atendimento 135. O valor do benefício corresponde à garantia de um salário mínimo, na forma de benefício assistencial de prestação continuada mensal, devido à pessoa idosa com 65 anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e também não possa ser provida por sua família.

### **2.3 DIREITOS POLITICOS DO IDOSO**

Nos Estados democráticos modernos, o conceito de política pública tem íntima ligação com o de cidadania, pensada como o conjunto das liberdades individuais expressas pelos direitos civis e políticos. O Estatuto do Idoso reafirma esse conceito expresso na Constituição de 1988. Os cidadãos idosos organizados e mobilizados em associações em defesa de seus direitos devem ser envolvidos no

processo de estabelecer instrumentos para viabilizar o cumprimento do Estatuto do Idoso.

Dessa forma, movimentos de aposentados, grupos de convivência, associações geriátricas, dentre outros segmentos, vêm fortalecendo mecanismos de participação e efetivação de direitos no âmbito das políticas voltadas ao segmento idoso e a principal forma de participação existente são os conselhos de idosos, hoje existentes em grande parte dos municípios brasileiros. Todos têm direitos e é necessário que tenhamos conhecimento deles. Adquirindo informações que facilitem e melhorem a qualidade de vida é um dos meios de obter esse conhecimento. Com a Constituição de 1988, ganharam importância, no âmbito das políticas nacionais, os conselhos gestores. A criação dos Conselhos de Idosos sempre foi uma reivindicação dos movimentos de idosos. Por sua importância e pelo rápido e expressivo crescimento desta população, a criação e fortalecimento de conselhos como órgãos de controle social em todos os Estados e Municípios da Federação deve ser objeto de especial atenção.

Os Conselhos de Idosos estão previstos na legislação brasileira, através da Lei nº 8.842 - Política Nacional do Idoso, de 04 de janeiro de 1994 (BRASIL, 1994) e da Lei nº 10.741 de 1 de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003). São órgãos permanentes, paritários e deliberativos para exercerem a função de supervisão, acompanhamento, fiscalização e a avaliação da Política Nacional do Idoso no âmbito da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A partir da promulgação do Estatuto do Idoso, a Secretaria Nacional dos Direitos Humanos reorganizou o Conselho Nacional do Idoso, tornou-o deliberativo e realizou várias ações de formação e de defesa de direitos como a I Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa em 2006, para a construção da Rede Nacional de Proteção e Defesa da Pessoa Idosa (RENADI) e, em 2009, a II Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa para avaliação da implantação da RENADI.

Os principais objetivos dos Conselhos do Idoso segundo Pereira (2005, p. 30), devem ser:

Defender os direitos da pessoa idosa previstos em lei;

Exercer o controle democrático das ações e omissões do poder público e da sociedade referentes aos direitos e bem-estar dos idosos;

Zelar pelo cumprimento dos princípios da descentralização político-administrativa e da participação popular, bem como pela realização efetiva do comando único das ações governamentais e não governamentais, na área dos idosos, em todas as Unidades da Federação;

Exercer intermediação estratégica entre os demais mecanismos de participação democrática com os quais compõe a cadeia gestora da política e dos planos de ação para os idosos.

A importância dos conselhos liga-se ao potencial que eles têm de gerar reflexão, desencadear novas formas de participação e permitir aos idosos a expressão de seus interesses, experiências, necessidades, ideias e propostas. Os Conselhos de Idosos representam um avanço no processo de transformação do idoso em protagonista da defesa dos próprios direitos.

Além disso, o diálogo e a troca de informações e experiências entre os diferentes conselhos, por intermédio de reuniões, encontros, seminários, etc., são instrumentos eficazes de integração, defesa e promoção dos direitos da pessoa idosa (BRASIL, 2005, p. 27).

De acordo com Pereira, Santos e Silva (2007, p. 399), “os conselhos têm a possibilidade de empenho maior na luta em defesa dos direitos da pessoa idosa. Eles podem avançar na formulação de novos direitos e em sua transformação, auxiliando, ainda, na fiscalização do cumprimento destes”. Eles ainda podem aumentar a inclusão social da população idosa tornando-a visível no ambiente que a circunda, procurando, assim, reduzir o preconceito que existe contra a pessoa idosa.

A divulgação do Estatuto e a criação de conselhos são importantes mecanismos para a fiscalização e a cobrança do cumprimento dos direitos da pessoa idosa.

Segundo Pelegrino (2009, p. 36), apud Pereira (2005), cria-se com os conselhos um espaço para uma maior participação do idoso e conseqüentemente de uma atuação mais organizada em sociedade que coincide com a descentralização do poder, com o crescimento do ideário neoliberal onde o Estado tem um papel menos regulador propiciando o fortalecimento da participação cidadã do idoso, sobretudo de sua atuação nos conselhos.

Não se pode negar a importância dos conselhos no estabelecimento da política do idoso, mas, para que os conselhos de políticas sejam de fato atuantes e de controle público, é indispensável que eles sejam paritários.

Eles devem, de acordo com Pereira (2005, p. 30), “ser compostos por um determinado número (a ser definido em lei específica) de conselheiros – titulares e suplentes – divididos paritariamente (metade e metade) entre representação governamental e não governamental”.

Apesar de ser uma política de âmbito nacional, é preciso reconhecer que a eficiência das instituições democráticas é parte da construção da cidadania e esta pode se dar no âmbito local, onde as pessoas moram, trabalham, lutam por seus direitos e se relacionam com seu meio. Contudo, a forma de escolha dos representantes dos idosos nos conselhos nem sempre é feita de forma clara, já que em muitos municípios ainda não são os idosos que fazem a escolha por meio de votos dos membros das organizações e associações que os irão representar. Geralmente os conselheiros são indicados pelos diretores e presidentes dessas associações.

Na verdade, os idosos nem sempre têm conhecimento de seus representantes nos conselhos. Isso vai de acordo com o que relata Andrade (1999, p. 7) quando diz que o modelo predominante na experiência dos conselhos é a indicação da representação pelos dirigentes das entidades sem nenhuma preocupação com a discussão e/ou o encaminhamento das questões de interesse da base social, o que transforma os representantes da sociedade em representantes de si mesmos, situação que compromete a legitimidade de suas posições e o seu poder de representação.

Wendhausen, Barbosa e Borba (2006, p. 142) confirmam dizendo: A pouca importância dada ao processo eletivo para a escolha dos representantes também se constitui em fator negativo, pois a clareza quanto a sua representatividade e a legitimidade real dos participantes em relação ao grupo que representam, constituem-se em recursos importantes para que se comprometam com os ideais que os tornaram conselheiros.

A política para a população idosa é de suma importância para fazer valer os direitos garantidos na Constituição, na PNI e no Estatuto do Idoso. Ela está inserida na política do município, pela Política Municipal do Idoso. Para a consolidação desta política municipal, foram instituídos os Conselhos Municipais do Idoso, que têm a responsabilidade de formular políticas de promoção, de proteção e de defesa dos direitos do idoso, e para que a política possa se desenvolver e se consolidar é essencial se conhecer o perfil dos membros desse conselho. Conselheiros não são simples representantes institucionais e muito menos defensores dos interesses da instituição que representam.

E segundo Pereira (2005, p. 32): Eles devem possuir condições para assumirem responsabilidades como pessoas jurídicas investidas de

autoridade legal e legítima para defender os direitos da população para a qual a instituição que representam está a serviço – no caso a pessoa idosa.

Entende-se que para uma representação de qualidade não basta apenas representar esta ou aquela instituição, mas, sim, é necessário que se tenha compromisso com o papel representado para que os interesses da população sejam efetivamente considerados.

## **2.4. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO IDOSO**

A constituição Federal de 1988 instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Ao tratá-la desse modo, o constituinte, além de atribuir dignidade às pessoas, impôs ao poder público o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários à realização de uma vida digna.

A expressão “dignidade da pessoa humana” é vaga e de difícil definição, não sendo possível estabelecer um conceito que consiga abranger seus infinitos âmbitos de sua atuação na tutela da personalidade humana.

Nesse sentido, Freitas Junior (2008, p. 10), citando Damásio de Jesus, leciona que: Conquanto não se possa estabelecer conceito absoluto para o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque vazio em conceitos indeterminados, plurissignificativos ou dotados de ampla ambiguidade ou porque a ele poder ser associada toda e qualquer qualidade intrínseca do homem como tal, ou seja, do homem segundo sua própria natureza, é certo ser da condição humana que decorre a necessidade de o Estado afirmar a ordem jurídica respeitante dos valores agregados à ideia (sic) de dignidade da pessoa humana, impondo a todos o dever de abstenção ou de ação capaz de concretizar a absoluta intangibilidade do homem como tal.

República Federativa do Brasil, fundada na dignidade da pessoa humana, consagra a organização do Estado centrada no ser humano, no homem como um fim em si mesmo e não como um instrumento para a realização de algo.

Para André Ramos Tavares (2011, p. 587), todas as pessoas são dotadas de dignidade, independentemente de qualquer condição pessoal, pois a Constituição da República a tratou como um atributo inerente à pessoa humana.

Quanto à sua abrangência, é indiscutível o fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana consagra os direitos fundamentais, como a vida, a saúde, a segurança, a moradia e o trabalho.

Quanto à consagração do princípio da isonomia como expressão da dignidade da pessoa humana, é necessário observar não só seu aspecto formal, consagrado na ideia de que todos são iguais perante a lei, mas também seu aspecto material, o qual considera as desigualdades existentes entre os seres humanos, em razão de distintas situações psicofísicas, sociais e econômicas (BARBOZA, 2009, p. 108).

Assim, deve-se conferir tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, a fim de alcançar a igualdade substancial. Dessa forma, dar tratamento diferenciado aos idosos em função de sua maior fragilidade social, é uma forma de efetivar o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Paulo Barbosa Ramos (2003, p. 65) ensina que: [...] o tratamento diferenciado aos idosos não constitui qualquer lesão ao princípio da isonomia, muito pelo contrário, é justamente a partir desse tratamento diferenciado que se assegura a eles os mesmos direitos que devem ser assegurados aos outros cidadãos que não se encontram nessa faixa etária.

Portanto, o atendimento preferencial nos hospitais, que se encontram superlotado; nas filas dos bancos, comumente intermináveis; a gratuidade nos transportes coletivos urbanos, em regra precários e lotados, são compensações não somente às fragilidades fisiológica e física desse segmento, como também financeira, em se tratando do último direito elencado anteriormente.

O artigo 47 do Estatuto do Idoso, assim, diz que as políticas sociais básicas, os programas de assistência social, os serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade ou opressão, o serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência, a proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos dos idosos e a mobilização da opinião pública no sentido da participação dos diversos segmentos da sociedade no atendimento do idoso constituem os objetivos principais da política de atendimento ao idoso. Ora, todos os objetivos mencionados caracterizam sem dúvida alguma, a observância, por parte do Poder Público, da dignidade da pessoa humana.

O artigo 230 da Carta Magna determina que seja dever da família, da sociedade e do Estado defender a dignidade dos idosos. Assim, é possível observar que a dignidade da pessoa de idade longa foi duplamente assegurada na Constituição Cidadã, tanto no inciso III do artigo 1º como no caput do artigo 230, o

qual busca não deixar qualquer dúvida sobre a aplicação desse importante princípio na tutela dos idosos.

Para Roberto Mendes de Freitas Junior (2008, p. 8), a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do estado brasileiro, todos os direitos da pessoa idosa estão garantidos constitucionalmente, uma vez que qualquer violação dos seus direitos fundamentais afrontará a sua dignidade. Assim, a dignidade da pessoa humana “constitui o princípio fundamental dos direitos dos idosos” (FREITAS JR, 2008, p.10)

Além disso, o inciso IV do artigo 3º da Carta Magna estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção dos bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dessa forma, Freitas Junior (2008, p. 9) alega, com base nesse artigo, que todos os direitos e garantias reservados aos demais cidadãos devem ser estendidos aos idosos sem necessidade de qualquer outro texto legislativo.

Nilson Tadeu Reis Campos Silva (2012, p. 131) acredita que a interpretação sistêmica que se faz das garantias de igualdade material contida no inciso III do artigo 3º e formal contida no caput do artigo 5º e dos os fundamentos republicanos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, formam uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Na seção referente à assistência social, a Carta Magna estabelece a proteção à velhice como um dos objetivos daquela e garante, no inciso V do artigo 203, a concessão de um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprovar a ausência de recursos suficientes para prover sua própria manutenção ou tê-la provida por sua família, nos termos em que dispuser lei específica, qual seja, a Lei nº 8742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social).

Trata-se do benefício da prestação continuada (BPC), o qual é concedido apenas aos idosos com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, nos termos do caput do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). A concessão desse benefício assistencial decorre diretamente da dignidade da pessoa humana e da garantia do mínimo existencial, que consiste no fornecimento de recursos elementares para a sobrevivência digna do ser humano (IBRAHIM, 2014, p. 14).

No Título VIII do Capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, a Constituição de 1988 tutelou os anciãos nos artigos 229 e 230. Estabeleceu que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, bem como que tanto a família como a sociedade e o Estado têm o dever de

amparar o idoso, assegurando sua participação na comunidade e defendendo sua dignidade e seu bem-estar. Nesse sentido, dispõem os supracitados artigos:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

O caput do art. 230 consagra o princípio da solidariedade social ao impor à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar o idoso. Interessante destacar que para Paulo Lobo (2013, online) a solidariedade é uma categoria ética e moral projetada no mundo jurídico e expressa um vínculo sentimental que impõe às pessoas deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras.

Observe que o constituinte procurou proteger o idoso da forma mais abrangente possível ao conferir de forma simultânea a sua tutela a todos os agentes sociais. Desse modo, o dispositivo deve ser interpretado sempre da maneira mais ampla, a fim de conferir maior proteção àqueles de idade longeva. O parágrafo primeiro do artigo 230 estabeleceu que os programas de amparo aos idosos fossem executados preferencialmente em seus lares.

Segundo Freitas Junior (2008, p. 13), os artigos 226 e 230 da Carta Magna, juntamente com o artigo 3º, inciso, V, do Estatuto do Idoso, consagram o princípio da manutenção dos vínculos familiares, de forma que a retirada do idoso de seu núcleo familiar é mediada extrema e excepcional. Leciona o autor que: O idoso tem o direito de ser mantido em seu próprio lar, a fim de que sejam preservadas sua intimidade, o direito de propriedade, a privacidade, cultura e costumes, bem como pra garantir a manutenção dos laços familiares. [...] Necessário não olvidar, porém, que o convívio familiar não pode ser imposto ao idoso capaz, devendo constituir uma opção do mesmo. (FREITAS JR, 2008, p. 13/15).

Destaca-se que Carta Magna garantiu no parágrafo segundo do artigo 230 o direito à acessibilidade dos idosos ao estabelecer a gratuidade dos transportes coletivos para os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos. Apesar de a Constituição Cidadã ter construído de uma rede de normas constitucionais aptas a proteger e incluir o idoso na sociedade, dois de seus dispositivos merecem críticas, pois vão de encontro à sistemática de proteção e promoção do idoso. São eles o artigo 40, parágrafo 1º e artigo 14, parágrafo 1º, inciso II, alínea b, os quais preveem respectivamente a aposentadoria compulsória do servidor público aos 70 (setenta) anos de idade e o voto facultativo para os maiores de 70 anos de idade.

Quanto à previsão de aposentadoria compulsória para o servidor público que alcançar 70 (setenta) anos de idade, cuida-se de uma exclusão funcional sem qualquer cabimento constitucional. Constitui uma norma introduzida no ordenamento jurídico por meio da Constituição de 1934 que em nada se coaduna com as diretrizes de um sistema legal que traz como fundamento a dignidade da pessoa humana.

A retirada compulsória do servidor público de suas funções simplesmente porque ele atingiu determinada idade consiste em uma presunção de incapacidade que contribui para exclusão social do idoso, veementemente combatida pela Carta Magna e pela legislação infraconstitucional, demonstrando-se flagrantemente inconstitucional.

Nesse sentido, Nilson Tadeu Reis Campos Silva (2012, p. 135) leciona que: Neste século XXI, a previsão da aposentadoria compulsória por idade, e não por inadequação funcional (como era à época do Império) configura uma excrescência constitucional a erodir o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, contribuindo para a conservação da imagem incapaz do idoso.

Com relação ao dispositivo que prevê o voto facultativo para os maiores de 70 anos, a doutrina diverge quanto ao seu papel no ordenamento jurídico.

Para alguns estudiosos, o dispositivo não exerce qualquer função protetiva contribui para a apatia política da população idosa (RAMOS, 2003, p. 168-169), uma vez que presume de forma equivocada, mais uma vez, a sua incapacidade. O exercício do sufrágio universal é obrigatório para todos os maiores de dezoito anos de idade, sendo facultativo para os maiores de 16 (dezesesseis) em razão de sua incapacidade relativa. Ora, o maior de 70 anos não é incapaz, não havendo qualquer

razão pra essa falsa benesse, que apenas estimula a exclusão social dos velhos, fortalecendo a ideia de que sua vontade não é essencial para a sociedade.

Corroborando esse entendimento, mais uma vez se faz necessária a transcrição das palavras de Silva (2012, p.135): Essa regalia constitucional se traduz, a rigor, em fator de exclusão social do idoso, e só pode ser explicada pela menor valia a ele atribuída pelo ordenamento jurídico, uma vez que, sob o pretexto de amparo, despe o idoso da própria condição de cidadania. Assim, a significação, histórica até, do idoso como sujeito de direitos, estampada no art. 230 da Constituição de 1988, é esmaecida pela presunção de incapacidade retratada nos arts. 14 e 40.

No entanto, para parte da doutrina o dispositivo encontra-se em total consonância com as diretrizes protetivas do idoso, constituindo-se em faculdade que beneficia aqueles que estão fisicamente debilitados, privando-os da obrigação de se deslocar-se até as urnas para exercer o voto.

Com todo respeito àqueles que se posicionam dessa forma, tal entendimento não pode prosperar, uma vez que presume uma incapacidade que não necessariamente acomete o idoso. Não se está negando as vulnerabilidades de que o idoso padece inclusive as de ordem física. No entanto, se aos deficientes não é dado o “benefício” do voto facultativo também não se deve fazê-lo com relação ao idoso, principalmente diante do quadro de exclusão social em que se encontram, o qual só é agravado com a existência de tal dispositivo.

Se em razão de vulnerabilidades físicas decorrentes da idade, tornar-se difícil para determinados idosos o deslocamento aos locais de votação, a eles devem ser garantidas condições de acessibilidade para que possam exercer sua cidadania por meio do voto. Caso isso não seja possível, em decorrência da completa impossibilidade de comparecer ao local de votação, poderia ser dispensado de votar, pelo juiz eleitoral, por meio de requerimento, da mesma forma que ocorre com os portadores de deficiência.

## **2.5 OS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS DO IDOSO**

A Previdência Social é uma política pública que oferece um benefício monetário a pessoas em situação de vulnerabilidade mediante contribuição. As nove contingências clássicas previstas na Convenção 102 da Organização Internacional do Trabalho - OIT são: idade avançada, invalidez, morte, enfermidade, maternidade,

acidente de trabalho, encargos familiares, desemprego e tratamento médico. No Brasil, as duas últimas contingências são cobertas pelo Seguro-Desemprego e pelo SUS, respectivamente, fora dos regimes previdenciários usuais. Quando da ocorrência de um acidente, da maternidade, invalidez, idade avançada etc., há uma redução da renda familiar disponível e o papel da Previdência Social é permitir que o segurado e seus dependentes mantivesse sua capacidade de consumo, produzindo-se segurança social.

Assim, em síntese, a Previdência tem dois grandes objetivos: garantir a reposição de renda dos seus segurados contribuintes quando não mais puderem trabalhar e evitar pobreza entre as pessoas que, por contingências demográficas, biológicas ou acidente não possam participar, por meio do mercado de trabalho, do processo de produção da riqueza nacional e, ao não participarem, não conseguem apropriar-se, por meio de remuneração do seu trabalho, de parte dessa riqueza gerada para garantir seu próprio sustento.

A política nacional do idoso ainda não tem força prática em nosso país. Muito se ver em termos de desrespeito aos idosos em nosso ordenamento. A lei deve ser colocada em prática. O acesso do idoso às casa lares e casa de ofício deve ser propiciado com escopo de retirar os idosos de seu habitual marasmo, trazendo ao indivíduo uma distração cumulada com uma atividade produtiva. Aposentadoria por Idade.

O idoso em sua essência já é um indivíduo que necessita de tutela específica promovida por lei. O primeiro raio que demonstra a preocupação com esse ente é a proteção constitucional que foi a ele fornecida no artigo 230 desse diploma normativo. Por força dessa determinação Constitucional surgiram a Lei 8.842/96 e o Decreto 1.948/96, que trataram de criar e regulamentar a Política Nacional do Idoso.

O “Amparo Social ao Idoso” é o benefício a que tem direito o idoso (seja ele homem ou mulher) que comprovar que possui 65 anos de idade ou mais, que não recebe nenhum benefício previdenciário, ou de outro regime de previdência e que a renda mensal familiar per capita seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (hoje R\$ 136,25) do salário mínimo vigente.

Portanto, por ser um benefício ASSISTENCIAL, previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (Loas), não requer contribuição, porém é um benefício de caráter pessoal e que se extingue com a morte do beneficiário ou quando houver superação

das condições que deram origem a concessão do benefício. Este benefício é limitado a um salário mínimo, não dá direito ao 13º salário e pensão por morte.

A aposentadoria por idade tem fundamento no artigo 201, parágrafo 7.º, II, CF: é garantido ao segurado que, tendo cumprido a carência, completar 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher. A idade é reduzida em 5 anos para os trabalhadores rurais. Os que ingressaram no RGPS APÓS a promulgação da EC n. 20/98, isto é, 16-12-1998, têm sua vida previdenciária regida pelas REGRAS PERMANENTES. Os que ingressaram ao RGPS ANTES de 16-12-1998 podem se encontrar em 02 (duas) situações:

Os que cumpriram todos os requisitos para a aposentadoria até 16-12-1998 têm garantido o direito à aposentadoria de acordo com as normas até então vigentes;

Os que não haviam ainda cumprido os requisitos para se aposentarem, que ficam, então, submetidos às regras de transição.

A lei n. 10.666/2003 acolheu o entendimento predominante na jurisprudência, no sentido de que não é necessário que os requisitos de idade mínima e carência sejam simultaneamente preenchidos, remanescendo direito à aposentadoria por idade mesmo completada após a perda da qualidade de segurado, desde que anteriormente tenha sido cumprida a carência.

O governo federal mantém um benefício para os idosos que não conseguem se sustentar e cujas famílias também não podem ajudá-los. O amparo assistencial ao idoso tem o valor de um salário mínimo e é pago a pessoas com 65 anos ou mais. O auxílio deixa de ser liberado após a morte do beneficiário e não há o pagamento do 13º salário.

Requisitos:

A pessoa tem de ter 65 anos de idade ou mais.

A renda familiar per capita (por pessoa) deve ser inferior a um quarto do salário mínimo. O “idoso não pode receber nenhum outro benefício e nem ter vínculo com planos de previdência”.

## **2. 6. CRIMES COMETIDOS CONTRA OS IDOSOS PREVISTOS NO ESTATUTO**

O Estatuto do Idoso traz em seu Título VI importantes disposições acerca da tutela penal ao idoso. Tal proteção tem como bem jurídico a dignidade da pessoa humana. Há no Estatuto do Idoso um capítulo inteiro apenas dedicado aos crimes em espécie, elencados nos artigos 95 aos 108. Logo de início, o artigo 97 que trata da omissão de socorro ao idoso, punindo com detenção de 6 (seis) a 1 (um) ano, aquele que não prestar assistência ao idoso, quando poderia fazê-lo sem risco pessoal, em situação de eminente perigo. Incorrerá, também, neste crime, quem se recusar retardar ou dificultar assistência à saúde do idoso, sem justa causa, ou ainda, não pedir assistência de autoridade pública.

O artigo 98 encontra-se o crime de abandono de idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres. A pena é de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos. Esta pena também recai àquele que não prover as necessidades básicas do idoso, quando for obrigado por lei ou por mandado.

No artigo 99, há o crime de exposição a perigo da integridade e da saúde física ou psíquica, sob condições desumanas ou degradantes, ou ainda, quando for compelido a fazê-lo, privá-lo de cuidados indispensáveis à sobrevivência humana, bem como, sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado. O sujeito ativo deste crime é a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Haverá qualificação desta infração, se de seu resultado decorrer de morte ou lesão corporal de natureza grave.

No artigo 102, observa-se uma modalidade bem específica do crime de apropriação indébita. Aqui, se pune a conduta do agente que se apropriar de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento de propriedade do idoso, legando-lhes outra aplicação da de sua finalidade. A pena, fixada em reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, foi imposta pelo legislador com vistas à proteger o patrimônio do idoso, representado por seus bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento, incluindo os oriundos de aposentadoria ou benefícios previdenciários.

Destarte, foi criado no artigo 104 o crime de retenção de cartão magnético de conta bancária, concernente a benefícios, proventos ou pensão do idoso, assim como qualquer outro documento, com o intuito de assegurar recebimento ou

ressarcimento de dívida, sendo punido com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Já aquele que coagir, sob qualquer maneira, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração, atentando contra sua liberdade individual, incidirá a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, como dispões o artigo 107.

Pelo que se depreende do art. 108, se algum ato notarial que envolva a pessoa idosa desprovida de discernimento de seus atos, for lavrado sem a devida representação legal, v.g., sem a obrigatória interveniência de seu curador regularmente nomeado, estará o agente sujeito a pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Encontra respaldo no artigo 96 do Estatuto, a discriminação ao idoso, punindo aquele que impedir ou dificultar o acesso do idoso à operações bancárias, aos meios de transportes, ao direito de contratar, ou discriminá-lo por qualquer outra maneira ou instrumento necessário ao exercício pleno da cidadania, tendo como base a sua idade. Nesta situação, a pena será de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de reclusão.

Do mesmo modo, o indivíduo que exhibir ou veicular por qualquer meio de comunicação (televisão, jornais, rádios, revistas, etc.), informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso, incorrerá na pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

No art. 100, estão listadas várias condutas que dizem respeito ao idoso que podem vir a serem caracterizadas como infração penal, são elas: impedir o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivo de idade; negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho; recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, à pessoa idosa; dentre outros.

Ainda sobre o artigo 100, reserva-se atenção ao inciso V ("recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público."). Aqui, o instrumento fornecido pelo Ministério Público é restrito ao idoso para instrução e propositura de ação civil pública, ou seja, subsiste na ordem jurídica a figura penal descrita no artigo 10 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), sem que tenha ocorrido sua revogação. Esta hipótese é ventilada pelo princípio da especialidade.

Igualmente disposto no artigo acima referido, está o inciso III, onde a conduta do agente que deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução

de ordem judicial expedida nas ações em que for parte ou interveniente o idoso, incidirá a pena privativa de liberdade e detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O idoso possui direito à liberdade, à dignidade, à integridade, à educação, à saúde, a um meio ambiente de qualidade, entre outros direitos fundamentais (individuais, sociais, difusos e coletivos), cabendo ao Estado, à Sociedade e à família a responsabilidade pela proteção e garantia desses direitos.

Pode-se afirmar que o cerne do Estatuto está nas normas gerais que referem sobre a ‘proteção integral’; a natureza e essência encontram-se no artigo 2º, quando estabelece a sucessão de direitos do idoso e visualiza sua condição como ser constituído de corpo, mente e espírito – já prevê a preservação de seu bem-estar físico, mental e espiritual.

É importante frisar que, o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando sejam-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde, em condições de liberdade e dignidade. Conforme consta previsto no art. 2º.

O grande desafio para este milênio é construir uma consciência coletiva de forma a que tenhamos “uma sociedade para todas as idades”, com justiça e garantia plena de direitos. O Estatuto do Idoso completou mais um ano de fundação, totalizando 13 anos de vigência. Se a legislação foi considerada um avanço por colocar na pauta do dia as demandas da parcela da população com 60 anos ou mais, com o envelhecimento gradual da população muito mais do que leis, os brasileiros precisam aprender a lidar com os mais velhos e se preparar, desde cedo, para atingir a terceira idade.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de idosos no Brasil alcança 22,9 milhões, 11,34% da população. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), a proporção de idosos de 60 anos ou mais passou de 9,7%, em 2004, para 13,7%, em 2014, sendo o grupo etário que mais cresceu. Em 2030, essa proporção seria de 18,6%, e, em 2060, de

33,7%, ou seja, a cada três pessoas na população uma terá ao menos 60 anos de idade.

Apesar de avançada, a lei ainda apresenta falhas, principalmente de implementação. “Os idosos têm direito a ter acompanhante nos hospitais quando estão internados. Os hospitais, na maioria das vezes, deixam pessoas acompanharem os idosos, só que não dão condições para eles ficarem como deveriam. Ficar sentado, dia e noite, em uma cadeira de plástico para dormir é muito desconfortável. Isso deveria ser modificado.

Por fim, entende-se por envelhecimento uma fase natural da vida, cujas alterações fisiológicas ocorrem com o passar do tempo. Tais pessoas gozam de proteção especial do Estado, especialmente tendo em vista o estado de vulnerabilidade em que se encontram. É dever do Estado e da sociedade proporcionar ao idoso as garantias previstas em lei, bem como, o respeito acima de tudo e o amor para com o próximo, e em especial, para com o idoso.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ilza Araújo Leão. **Gestão social e democracia: problemas e perspectivas**. 1999. Disponível em:  
<<http://www.ij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20VI/documentos/andrailz.doc>>. Acesso em: 17 dez. 2008.
- ÁVILA, Thiago Pierobom de. **Novos Crimes, nova polêmica**, in: Revista Reviva, ed. PRODIDE, 2004, v. 01, pp.33-38
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF: Poder Executivo, 4 jan. 1994. Regulamentado pelo Decreto nº 1.948, de 3 julho de 1996.
- BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**, 05-10-1998. In Vademecum. 7ed São Paulo: RT, 2012. p. 23-108. ISBN 978-85-203-4125-4
- BRASIL. **Estatuto do idoso**, 01-10-2004. In Vademecum. 7ed São Paulo: RT, 2012. p. 1020- 1028. ISBN 978-85-203-4125-4
- Biblioteca Virtual da Faculdade da Terceira Idade - UNATI, nos site da Universidade Estadual do Rio de Janeiro < <http://www.unati.uerj.br>>

CNDI – **Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa**. Disponível em:  
<[http://www.presidencia.gov.br/estrutura\\_presidencia/sedh/conselho/idoso/historico/](http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/idoso/historico/)>. Acesso em: 30 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 20. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de publicações, 2003a. 382 p.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e pessoa idosa. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos**. Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos. Brasília, 2005. 38 p.

ELEGRINO, Paulo Sergio. **Panorama atual da atuação dos conselhos de direitos das pessoas idosas**. In: Envelhecimento & Saúde. Boletim Instituto de Saúde, n. 47, p. 36-39, abr. 2009.

FREITAS JR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. ISBN 978-85-7308-969-1.

<<http://4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-anteriores-1>>. Acesso em 02 maio. 2014

<<http://michaelis.uol.com.br>> Acesso em 10 maio 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, ISBN 978-85-7626-787-7

\_\_\_\_\_. IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtml>. Acesso em setembro de 2014.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso 16 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Diário Oficial da União, Brasília, DF: Poder Executivo**, 3 out. 2003b.

\_\_\_\_\_. **Ministério da Saúde. Estatuto do Idoso**. 2. ed. rev. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. 68 p.

PEREIRA, Potyara Amazoneida P. **Controle democrático com garantias de direitos**. Brasília: Subsecretaria dos Direitos Humanos, Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2005. 40 p.

PEREIRA, Joici Aparecida; SANTOS, Larissa Silva dos; SILVA, Marysia Alves da. **Os conselhos do idoso: um estudo do período de 1991 a 2006**. Fragmentos de Cultura, Goiânia, v. 17, n. 3/4, p. 387-401, mar./abr. 2007.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A proteção dos idosos**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007. ISBN 978-85-36-21545-7.

SUXBERGER, **Antonio Henrique Graciana**. A Proteção Penal do Idoso na Lei 10.741/03, in: Revista Reviva, ed. PRODIDE, 2004, v.01, pp.28-32.

WENDHAUSEN, Águeda L. P.; BARBOSA, Tatiane Muniz; BORBA, Maria Clara de. **Empoderamento e recursos para a participação em Conselhos Gestores**. Saúde e Sociedade, v. 15, n. 3, p. 131-144, set.-dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v15n3/11.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

## MULTAS TRIBUTÁRIAS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

Thaís Campos Gomes<sup>1</sup>  
Marcel Silva Luz<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo apresentar as discussões acerca da aplicação do princípio da vedação ao confisco no âmbito das multas tributárias, trazendo vários conceitos relevantes quanto ao tema proposto, abordando posicionamentos do STF quanto a interpretação extensiva do art. 150, v, da Constituição Federal, e expondo algumas jurisprudências utilizadas como paradigma em casos de violação ao princípio. Observa-se ao final, que atualmente o STF vem adotando um entendimento muito coerente, no que tange a aplicação do princípio do não-confisco, sempre observando conjuntamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, chegando a percentuais máximos em torno de 100% sobre o valor cobrado referente ao tributo em questão, conforme algumas jurisprudências colacionadas.

Palavras-chave: Tributário; Direito Tributário; multas tributárias; princípios tributários; vedação ao confisco; limitação ao poder de tributar;.

**ABSTRACT:** This paper aims to present the discussions about the application of the principle of the fence to confiscation in the scope of the tax fines, bringing several relevant concepts to the proposed theme, addressing STF positions regarding the extensive interpretation of art. 150, v, of the Federal Constitution, and exposing some jurisprudence used as a paradigm in cases of violation of the principle. It is observed at the end that the STF is adopting a very coherent understanding regarding the application of the principle of non-confiscation, always observing jointly the principles of reasonableness and proportionality, reaching maximum percentages around 100% over the amount charged in relation to the tax in question, according to some related jurisprudence.

Key words: Tributary; Tax Law; tax fines; tax principles; waiver of confiscation; limitation to the Power to tax;.

### 1 INTRODUÇÃO

A multa tributária consiste em uma sanção punitiva, pela qual o contribuinte é submetido, em virtude de um descumprimento de uma obrigação tributária. É o modo pelo qual, o Estado, buscando a satisfação da obrigação tributária, seja ela principal ou acessória, usa o meio da sanção como forma de observância às violações das obrigações inerentes ao contribuinte.

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito no IESP.

<sup>2</sup> Professor orientador.

No ordenamento jurídico brasileiro se tem alguns princípios que regem o direito tributário, dentre eles o princípio da vedação ao confisco, ou simplesmente princípio do não confisco. Conforme previsão na Constituição Federal, em seu art.150 IV, tal princípio afirma que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado aos entes federativos utilizar tributo com efeito de confisco.

Tal princípio busca garantir o direito à propriedade que é garantido pela constituição Federal em seu art. 5º XXII, que fala acerca da proteção patrimonial, e ainda, procura limitar o poder de tributar do Estado.

Ao decorrer deste trabalho buscaremos compreender a aplicação específica do princípio da vedação ao confisco em matéria de multas tributárias, ou seja, analisaremos como podemos identificar se esta multa aplicada a um ilícito tributário caracteriza-se apenas uma sanção punitiva pelo descumprimento da norma, e em que momento ela pode ser caracterizada como uma espécie de confisco.

É bem verdade que há um campo investigativo vasto sobre o tema proposto, porém vamos os limitar a analisar os conceitos anteriormente citados, como também, a aplicação do princípio do não-confisco em multas tributárias, se o valor excessivo das multas fere o princípio do não confisco, e ao final, expor o atual entendimento do STF acerca do tema.

A grande dificuldade acerca do tema consiste na subjetividade quanto ao princípio que veda o confisco de bens em matéria tributária, e principalmente a subjetividade do percentual aplicado na fixação das multas que implica na configuração ou não do caráter confiscatório.

Muitas vezes as multas acabam excedendo muito mais que 100% do valor do tributo, chegando a casos de 200%, ou até mesmo 300%, devendo nesses casos serem analisados os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Deste modo, será possível identificar através desse trabalho que a falta de fixação de um limite interfere diretamente na manutenção do princípio a vedação confisco, bem como a garantia da segurança jurídica a qual deve ser observada.

Assim, vê-se como necessário que seja estabelecida uma limitação no percentual aplicado às multas tributárias, de modo que venha garantir aos contribuintes a segurança jurídica da aplicação de uma multa justa que tenha caráter não só punitivo, mas principalmente educativo, de modo que venha reprimir a reincidência de tal ato ilícito.

Diante da subjetividade do percentual de aplicação da multa é gerado em decorrência disto, insegurança jurídica quanto à sua punição pecuniária.

## **2 DA MULTA TRIBUTÁRIA**

### **2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA**

Diferentemente do tributo, o Código Tributário Nacional não contemplou em seus artigos um conceito para multas tributárias, apenas estabeleceu diretrizes para a sua fixação, trazidas pelo artigo 97, V, e pelo art.142, nota-se:

**Art.97. Somente a lei pode estabelecer:**  
(...) V- **a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;** (grifamos)

**Art.142. Compete privativamente à autoridade administrativa** constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, **sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível;**<sup>1</sup> (grifamos)

Leia-se abaixo o conceito de multa trazido pelo doutrinador Eduardo Sabbag:

A multa é a reação do Direito ao comportamento devido que não tenha sido realizado. Trata-se de penalidade cobrada pelo descumprimento de uma obrigação tributária, possuindo nítido caráter punitivo ou de sanção. (SABBAG, 2017,p)

Se formos analisar em uma perspectiva comparativa, o conceito de multa tributária é muito parecido com o conceito trazido pelo CTN no art. 3º para os tributos de modo geral. Vejamos:

**Art.3º.** Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Com o conceito acima trazido pode-se observar que se for substituída a palavra “tributo” por “multa” e também for retirado o “não” do referido artigo do CTN,

---

<sup>1</sup> Retirado de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm) acesso em 30 de nov. 2018

tem se claramente um conceito de multa tributária, vejamos: Multa é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela possa exprimir, que constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Portanto, diante de tais análises, conclui-se que a natureza jurídica da multa tributária é mista, e tem caráter indenizatório e de penalidade.

## 2.2 TIPOS DE MULTAS TRIBUTÁRIAS

Necessário se faz distinguir os tipos de multas em matéria tributária, para que se tenha um entendimento mais didático acerca do tema. Para tanto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal estabeleceu a diferença entre cada uma delas, bem como, trouxe a devida conceituação pra cada uma delas, através do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 727.872/RS, conforme o trecho extraído abaixo:

(...) “No direito tributário, existem basicamente três tipos de multas: as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício. As multas moratórias são devidas em decorrência da impontualidade injustificada no adimplemento da obrigação tributária. As multas punitivas visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária. Se o ilícito é relativo a um dever instrumental, sem que ocorra repercussão no montante do tributo devido, diz-se isolada a multa. No caso dos tributos sujeitos a homologação, a constatação de uma violação geralmente vem acompanhada da supressão de pelo menos uma parcela do tributo devido. Nesse caso, aplica-se a multa e promove-se o lançamento do valor devido de ofício. Esta é a multa mais comum, aplicada nos casos de sonegação.” (...)¹

## 3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

### 3.1 DA APLICAÇÃO RESTRITIVA AO TRIBUTO

“A proibição de confisco é imunidade tributária de uma parcela mínima necessária à sobrevivência da propriedade privada.” (TORRES, Ricardo, 2011, p.66)².

<sup>1</sup> Retirado de: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-15/lirian-cavalhero-multa-nao-cobrada-efeito-confisco> acesso em 30 de nov. de 2018)

<sup>2</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário – 18ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

“O conceito de confisco tem sido apresentado como a absorção da propriedade particular pelo Estado, sem justa indenização.” (SABBAG, Eduardo, 2017, P.243).<sup>1</sup>

O a vedação ao confisco é um dos princípios que tem como objetivo limitar o poder de tributar do estado, a fim de garantir o direito à inviolabilidade, assegurado pela Constituição Federal.

Existirá o chamado efeito confisco quando se exige do contribuinte um tributo de forma excessiva ou antieconômica, acarretando uma privação patrimonial e esgotando a riqueza tributável do sujeito passivo da relação jurídico tributária, ou seja, o contribuinte.

Esse efeito confiscatório será caracterizado toda vez que afrontar os seguintes institutos jurídicos: princípio da capacidade contributiva; princípio da isonomia; princípio da razoabilidade; princípio da proporcionalidade; direito à propriedade; entre outras diretrizes do sistema jurídico tributário.

Quando o tributo deixará de ser tributo e caracterizará o efeito de confisco?

Será configurado o confisco, no caso concreto, quando o estado absolver a propriedade do contribuinte, em parcela considerável, sem qualquer retribuição financeira sobre este ato.

### 3.2 DA APLICAÇÃO EXTENSIVA ÀS MULTAS TRIBUTÁRIAS

Muito se discute sobre a aplicação do princípio da vedação ao confisco no âmbito das multas tributárias, tendo em vista que se for feita uma análise no sentido literal do disposto no art. 150, inciso IV, o princípio constitucional só será aplicável apenas aos tributos. Veja:

**Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

**IV** - utilizar **tributo** com efeito de confisco;<sup>2</sup> (Constituição Federal)

Deste modo, a interpretação literal e restritiva de tal artigo leva ao entendimento de apenas os tributos teriam a aplicação do princípio.

<sup>1</sup> SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> (acesso em 11 de jun. de 2018).

A multa não é um tributo, pois decorre de um ato ilícito. Porém, ainda assim, como visto anteriormente, é uma prestação pecuniária compulsória, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, e possui o condão de desestimular os comportamentos ilícitos dos contribuintes agredindo seu patrimônio.

Segundo Eduardo Sabbag, é natural que sejam aplicadas multas consideráveis aos contribuintes, tendo em vista a essência da prestação relacionada ao tributo, que os remete ao interesse da coletividade. Ainda assim a aplicação de qualquer multa irá ao encontro dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade. Nesse próprio sentido o STF entende já que tem diversas decisões de minoração de multas sobre o fundamento de desproporcionalidade e caracterização do efeito de confisco que é passível sim a aplicação deste princípio também às multas tributárias.

Em que pese a intenção do legislador seja de inibir a conduta ilícita dos contribuintes, o percentual aplicado às multas deve observar principalmente a capacidade contributiva, ou até mesmo a capacidade econômica desse sujeito passivo.

Conforme as recentes decisões, o STF vem pacificando o entendimento quanto à aplicação do princípio da vedação ao confisco também nas questões que envolvem multas tributárias.

## **4. ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DO TEMA**

### **4.1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Pode-se observar que a aplicação de percentuais elevados, anos atrás, era algo bem corriqueiro, inclusive, trazidos pelas leis da época.

Leia-se o seguinte artigo:

Art. 3º Ao contribuinte, pessoa física ou jurídica, que não houver emitido a nota fiscal, recibo ou documento equivalente, na situação de que trata o art. 2º, ou não houver comprovado a sua emissão, **será aplicada a multa pecuniária de trezentos por cento sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado**, não passível de redução, sem prejuízo da incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e das contribuições sociais.

(lei 8.846/94 – artigo 3º Revogado pela lei nº9.532, de 10.12.1997)<sup>1</sup>  
(grifamos)

Ao analisar a lei 8.846/94, especificamente o seu art. 3º, atualmente revogado pela lei 9.532/97, observa-se que o legislador pouco se preocupava com o respeito aos princípios constitucionais, buscava apenas estabelecer a sanção punitiva, onerosa o suficiente para inibir a prática do ato ilícito.

#### 4.2. ATUAL ENTENDIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO E STF

A grande problemática existente na questão da aplicação do princípio do não confisco sobre a matéria das multas tributárias, está firmada consubstancialmente no fato de que nem a Constituição Federal, tampouco o Código Tributário Nacional, trouxeram a definição legal do que vem a ser o confisco.

Como apresentado anteriormente, apenas doutrinadores da matéria em tela tentam estabelecer alguns conceitos para o confisco. Porém, tais conceitos doutrinários não trazem segurança jurídica aos contribuintes.

Deste modo cabe ao poder judiciário julgar quando uma multa tem caráter confiscatório ou não. Dessa forma, a Fazenda Pública de forma administrativa não vem de encontro a essa posição, pelo contrário, a sua atividade administrativa é plenamente vinculada, conseqüentemente devem aplicar as legislações infraconstitucionais. Portanto, cabe ao contribuinte suscitar estas questões ao poder judiciário, pedindo a inconstitucionalidade, uma vez que vai de encontro a um princípio constitucional.

Percebe-se que o judiciário vem se posicionando a favor do contribuinte. Porém, como essas decisões não têm uma repercussão geral (o contribuinte afetado deve buscar via poder judiciário, a proteção ao seu direito violado, tendo como paradigma, as decisões do STF sobre o tema.

Veja a seguinte ementa de um recurso extraordinário para o STF:

Relatora Ministra **Carmem Lúcia**:  
**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO PELO NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: REDUÇÃO DO PERCENTUAL PARA**

<sup>1</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9532.htm#art82i6m](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm#art82i6m) (acesso em 30 de nov. de 2018).

**15%. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, 'a', da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal do Rio Grande do Norte: "CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SENTENÇA QUE JULGOU O PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE E DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DO DISPOSITIVO LEGAL QUE PREVÊ MULTA NO PERCENTUAL DE 100%. REDUÇÃO DA PENALIDADE APLICADA PARA 15% DO VALOR DO TRIBUTO. POSSIBILIDADE. TESE DA APELANTE DE NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO ÀS MULTAS TRIBUTÁRIAS. AFRONTA AO POSICIONAMENTO FIRMADO PELO STF E POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. VEDAÇÃO DO CARÁTER CONFISCATÓRIO QUE SE ESTENDE ÀS MÚLTAS. DESPROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DE MULTA NO PERCENTUAL DE 100%. REDUÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO."** (fl. 1101). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 2. Os Recorrentes alegam ter esse julgado contrariado os arts. 60, § 4º, inc. III, 97, 150, incs. I e IV, da Constituição da República. Sustenta que "no acórdão em questão, ao confirmar a sentença recorrida, foi declarada, implicitamente, a inconstitucionalidade do dispositivo legal que prevê multa no percentual de 100% (cem por cento), afastando-se a sua incidência e determinando-se a redução da multa para o patamar de 15% (quinze por cento)." (fl. 1131). Afirmam que "no caso, a Corte Estadual ratificou a decisão originária que julgou improcedente o pedido autoral, exceto quanto à multa aplicada, porquanto, de ofício, reduziu o percentual para 15%, por reputar inconstitucional a conduta estatal na aplicação da sanção prevista em norma local." (fl. 1132). Assevera que "o que se combate no presente recurso é a redução da multa aplicada regularmente, do patamar legal de 100% para 15% sobre o valor do crédito tributário apurado" (fl. 1132). Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 3. Este Supremo Tribunal reconheceu a aplicação da proibição do confisco às multas tributárias, ao afirmar que "a proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas" (ADI n. 1.075, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 24.11.2006). Assentou-se, portanto, que a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa até afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de tributação ou aplicação de multa por

descumprimento de obrigação tributária acessória. Nesse sentido, o Supremo Tribunal declarou inconstitucional multas que ultrapassavam o valor do tributo respectivo. 4. Ao julgar a Medida de 300% (trezentos por cento) sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado. Contudo, houve debate quanto a possibilidade de se verificar a contrariedade, em tese, o art. 150, inc. IV, da Constituição da República. Como anotou o Relator, Ministro Celso de Mello, “tal exame impõe, ordinariamente, a análise de situações concretas fundadas em realidades fáticas cuja constatação escapa ao âmbito do processo de controle concentrado de constitucionalidade”. Em outros julgados também o Supremo Tribunal concluiu contrariar a proibição do confisco a aplicação de multas que superavam o valor do tributo. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 551, Relator o Ministro Ilmar Galvão, o Plenário do Supremo Tribunal declarou inconstitucional o art. 57, § 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fluminense que previa multas de duas vezes o valor do tributo por atraso no pagamento e de cinco vezes o valor do tributo no caso de sonegação: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPUBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente” (ADI 551, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 14.2.2003). Nessa linha, precedentes da Segunda Turma deste Supremo Tribunal consideraram confiscatória multa superior ao valor do tributo: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRECEITO INSCRITO NO ART. 150, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CARÁTER SUPOSTAMENTE CONFISCATÓRIO DA MULTA TRIBUTÁRIA COMINADA EM LEI – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONFISCATORIEDADE DO TRIBUTO – CLÁUSULA VEDATÓRIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO MATERIAL AO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E QUE TAMBÉM SE ESTENDE ÀS MULTAS DE NATUREZA FISCAL – PRECEDENTES – INDETERMINAÇÃO CONCEITUAL DA NOÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO – DOUTRINA – PERCENTUAL DE 25% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO – “QUANTUM” DA MULTA TRIBUTÁRIA QUE ULTRAPASSA, NO CASO, O VALOR DO DÉBITO PRINCIPAL – EFEITO CONFISCATÓRIO CONFIGURADO – OFENSA ÀS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPÕEM AO PODER PÚBLICO O DEVER DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA, DE RESPEITO À LIBERDADE ECONÔMICA E PROFISSIONAL E DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE – AGRAVO IMPROVIDO.”

(RE 754.554-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 28.11.2013, grifos nossos). “Ementa: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRADO IMPROVIDO. I – Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. II – A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. III – Agrado regimental improvido” (RE n. 748.257-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 20.8.2013, grifos nossos). 5. Quanto às multas fixadas em percentuais que não ultrapassam o valor do tributo respectivo, este Supremo Tribunal tem considerado não haver manifesta contrariedade à proibição do confisco, pelo que a análise de eventual desproporcionalidade da multa adotada exigiria o exame de fatos e provas, inviável nesta sede recursal: “EMENTA: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VERIFICAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DO CARÉTER CONFISCATÓRIO DA MULTA TRIBUTÁRIA DISCUTIDA NOS AUTOS. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279. I – A verificação, no caso concreto, do caráter confiscatório ou não da multa tributária discutida nos autos não dispensa o exame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Incide, no caso, a Súmula 279 do STF. II - Agrado regimental improvido” (RE n. 583.516-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 29.5.2012, grifos nossos). “EMENTA: AGRADO REGIMENTAL. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA OU INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO E DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. SÚMULA 279 DO STF. De acordo com a orientação firmada neste Tribunal, a controvérsia relativa à aplicação da taxa SELIC como índice de atualização de débitos tributários encontra-se no âmbito infraconstitucional. Por essa razão, incabível o recurso extraordinário, visto que não há ofensa direta à Constituição Federal. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, quanto à alegada ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 279 do STF. Agrado regimental a que se nega provimento” (AI n. 505.908-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 14.8.2009).

“EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. MULTA DE 50% DO VALOR DO IMPOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA STF 279. A aplicação do princípio do não confisco tributário (art. 150, IV, da CF/1988)às sanções pecuniárias envolve um juízo de

proporcionalidade entre o ilícito e a penalidade. Pressupõe, portanto, a clara delimitação de cada um desses elementos. Diante da controvérsia acerca do ilícito praticado, a aferição, por esta Corte, de eventual violação do princípio do não confisco, em decorrência da aplicação de multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto devido, encontra óbice na natureza extraordinária do apelo extremo e, em especial, no entendimento cristalizado na Súmula STF 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Agravo regimental conhecido e não provido” (AI n. 769.089-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 14.3.2013). “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010)– ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – RECURSO IMPROVIDO. - Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório” (ARE n. 730.128-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 26.3.2013). 6. Na espécie, o Recorrente sustenta que “a redução da multa com base na aplicação do previsto no art. 150, IV, da Carta Magna Federal, afigura-se imprópria pelas razões já dispostas, impondo-se, por conseguinte, a reforma do julgado neste específico ponto, de forma a ser mantida a multa do patamar de 100% sobre o crédito tributário apurado, em obediência à previsão legal inserta nas normas que regem a espécie”. 7. No julgado recorrido, houve redução da multa aplicada de 100% para 15% do valor do tributo, conforme o voto do Desembargador Relator: “Em razão do exposto, considero a multa estipulada no exorbitante percentual de 100% como ofensiva aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como não assiste qualquer razão ao apelante quanto à tese de que o princípio do não-confisco só se aplica aos tributos, sem se estender às multas tributárias, razão pela qual, utilizo as razões expostas pelo magistrado a quo, e mantenho a redução do percentual de 15% sobre o valor do tributo devido.” (fls. 1104-1105). A análise do pleito recursal demandaria o reexame do conjunto fático probatório constante do processo, inviável nesta via recursal, estando a decisão que diminuiu o valor da multa e afastou o percentual de 100% coerente com a jurisprudência deste Supremo Tribunal. 8. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 7 de abril de 2014. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (STF - RE: 801734 RN, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 07/04/2014, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 10/04/2014 PUBLIC 11/04/2014) (grifamos)

E possível perceber através da ementa colacionada acima, que o entendimento do STF está cada vez mais consolidado acerca da aplicação do princípio da vedação ao confisco no que tange às multas tributárias, sempre analisando conjuntamente com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tem-se que ainda hoje que a maior dificuldade para a garantia da segurança jurídica nessa matéria está relacionada ao fato da atividade administrativa ser plenamente vinculada, de tal modo que age apenas em conformidade com a legislação vigente, e diante disso muitas leis que tratam da matéria são inconstitucionais, justamente por afrontar o princípio da vedação ao confisco.

Diante disso, faz-se necessário que os contribuintes, frente a multas estabelecidas com percentuais exorbitantes, claramente inconstitucionais, busquem a tutela jurisdicional para assegurar a eficácia do princípio da vedação ao confisco, utilizando como paradigma, os recentes julgados do STF.

Portanto, percebe-se que ao longo do tempo o STF buscou aprimorar o entendimento acerca do tema, de modo que, continuamente, em seus julgados, busca estabelecer um percentual justo que tenha seu caráter punitivo e educativo que respeite o direito à propriedade e dignidade da pessoa humana respeitando não só o princípio da vedação ao confisco, mas também os da razoabilidade e proporcionalidade.

## **REFERÊNCIAS**

AMARO, Luciano. Direito Tributário brasileiro. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BELTRÃO, Irapuã. Curso de direito tributário. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. Confisco tributário. São Paulo: RT, 2002.

COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABBAG, Eduardo (org.). Estudos Tributários, volume 2. São Paulo: Saraiva 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário – 18ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

<<https://www.conjur.com.br/2013-set-14/observatorio-constitucional-supremo-define-multa-confiscatoria>> (acesso em 11 de jun. 2018).

<<https://lucasecao.jusbrasil.com.br/artigos/212463824/o-principio-do-nao-confisco-e-a-elevada-carga-tributaria-do-brasil>> (acesso em 27 de set. 2018).

<[https://www.webartigos.com/artigos/multa-tributaria-principais-caracteristicas-e-particularidades/62586/.](https://www.webartigos.com/artigos/multa-tributaria-principais-caracteristicas-e-particularidades/62586/)> (acesso em 30 de nov. 2018).

<<https://www.conjur.com.br/2016-jun-15/lirian-cavalhero-multa-nao-cobrada-efeito-confisco>> (acesso em 30 de nov. de 2018).

Lei nº 9.532/97, disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9532.htm#art82i6m](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm#art82i6m)> (acesso em 30 de nov. de 2018).

Código Tributário Nacional. Lei 5.172/66, disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm)> (acesso em 03 de dez. 2018).

Constituição Federal de 1988, disponível

em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> (acesso em 11 de jun. de 2018).

## **DIREITO CONTRATUAL X DIREITO AUTORAL**

Thiago da Rocha Barbosa<sup>1</sup>  
Valberto Alves de Azevedo Filho<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho visa de forma direta e clara destacar as diferenças entre dois temas polêmicos no que se refere o direito autoral, quem tem por exclusividade o direito de exploração. Inicialmente o trabalho busca explicar características contratuais da empresa que tem funcionários devidamente fichados com todos os seus direitos resguardados, o freelance contratado apenas no dia do evento e a empresa ou profissional liberal contratado para realização de tal serviço. Traz ainda titularidade de direito, transmissão de direito, e a evolução histórica do direito autoral.

Palavras- chave: Autoral, Transmissão de direito, freelance, titularidade.

**ABSTRACT:** The present work aims directly and clearly to highlight the differences between two controversial themes in what refers to copyright, who has the exclusive right to exploit. Initially the work seeks to explain the contractual characteristics of the company that has employees properly registered with all their rights protected, the freelance hired only on the day of the event and the company or professional contracted to perform such service. It also includes ownership of rights, transmission of rights, and the historical evolution of copyright.

Key words: Autoral, Transmission of law, freelance, ownership.

### **1 INTRODUÇÃO**

Neste ramo tão vasto que é o do direito autoral vamos analisar uma temática muito interessante, porém de uma polemica enorme, pelo fato do contrato da toda exclusividade para o celebrante do contrato empresa ou profissional liberal. um ramo do direito privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais. as obras protegidas são as destinadas ou à transmissão de conhecimentos, a saber, que se inscrevem nas artes (pintura, escultura, projeto de arquitetura, filme cinematográfico, fotografia). o direito do autor é disciplinado em nível internacional e no plano nacional, em constituições e em leis ordinárias. de acordo com a lei 9610/98 a fotografia é obra intelectual e é protegida pelo art. 7º de tal lei, assim analisamos que o fotografo contratado legalmente de uma empresa de serviços fotográfico tem o direito autoral em imagens realizadas

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

pelo mesmo, mas o direito de utilização de imagens está assegurado pelo contrato formalizado pela empresa contratada para realização de tal serviço, o freelance para registrar um evento, fica a disposição do contratante do mesmo o direito pelos seus registro precisando apenas informar quem realizou a fotografia utilizada, os direitos do autor são chamados de direitos morais. de acordo com o art. 24 da lei dos direitos autorais.

## 2. TITULARIDADE JURIDICA

Iremos discutir acerca da titularidade jurídica no campo do direito autoral na fotografia de casamento. Nesse contexto, procuramos observar transmites do contratado e o profissional de fotografia que atua como segundo fotografo em seus serviços laborais no dia do evento. Tendo em vista, segundo a (LEI, 9.610/98 Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.), mesmo sendo segundo fotografo o mesmo contempla os direitos autorias das fotografias realizadas por ele no dia do evento, de acordo com a referida lei. (A LEI, 9.610/98 Art. 11). Embora o mesmo tenha o papel de segundo fotografo tem seus direitos salvo guardados para fins de publicações em revistas, jornais, meios de informações digitais tem obrigação de citar o autor da fotografia o contratado, mesmo sendo dele o direito de uso de tal material. De acordo com a (LEI, 9.610/98 Art.27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.), ou seja, o segundo fotografo fica impedido de transferir tal direito para um terceiro.

Partindo para um dos casos mais delicados que se trata de pessoas jurídicas com funcionários devidamente contratado perante todas as normas que asseguram os direitos regidos pela CLT, referido no Art. 72. O empresário, sem licença do autor, não pode entregar a obra a pessoa estranha à representação ou à execução. Da Lei 9610/98, alerta que mesmo contratado o empresário precisa da autorização do autor formalmente falando termos descritos em contrato por ambas as partes.

Sendo de relevante conhecer as dificuldades de manter o direito do autor vivo perante contratações para ser o segundo fotografo onde muitas vezes os mesmo tem seu direito sub-rogado a outro individuo por contrato falhos com clausulas sem nenhum embasamento jurídico correto, os mesmo por falta de conhecimento terminam por não utilizar de suas imagens realizadas em evento citados acima.

Normalmente, é o nome anunciado na comunicação da obra; daí por que se ,milita, na hipótese, a presunção de que se considera criador, salvo prova em contrário, aquele que , por qualquer das modalidades de identificação possível, tiver essa qualidade indicada na utilização da obra e conforme o respectivo uso.(EDUARDO C. B. BITTAR, 2013)

### 3. CONTRATAÇÃO DO SEGUNDO FOTOGRAFO

Analisando a contratação do segundo fotografo para a realização de eventos, são contratados muita das vezes sem ao menos um contrato formal, quando realizado o contrato trazem clausulas nulas sem efeito para ótica jurídica, por serem abusivas tais clausulas fazendo com que o segundo fotografo passe seus direitos morais na realização daquela imagem, assim tratamos de um desacordo com os envolvidos e de litigância de má fé perante o profissional contratado. Pois analisando que o direito autoral é dividido em 2 tipos os morais e patrimoniais, sendo assim de forma subjetiva a analisar esses direitos. De acordo com a (LEI 9.610/98 no Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar lhes a identidade da seguinte forma). Assim é pleno o direito do autor perante suas obras, fazendo necessário indicação do autor em publicações e uso pela responsável jurídica pela imagem nos estudos citados os fotógrafos contratados pelos casais ou empresas contratadas para a realização do evento.

Direito moral é o direito personalizado e absoluto do autor por se considerar que: toda produção não é, por princípio, objeto de negociação; todo autor pode reivindicar a titularidade sobre sua produção, nela indicando seu nome; pode decidir não publicá-la, conservando-a inédita; pode opor-se a autorização de sua modificação ou pode modificá-la depois de reproduzi-la; e pode a qualquer momento retirar de circulação seus exemplares. Já o direito patrimonial é o direito conferido ao autor, ou por este a terceiros, de utilizar, fruir e dispor de sua produção, no todo ou em parte (CABRAL, [199-]).

Sendo esse o fator primordial perante a problemática do assunto onde vários direitos são violados para com os profissionais contratados, isso acontece pela falta

de conhecimento dos fotógrafos contratados para realizar trabalhos para empresas e fotógrafos, assim como citado acima o autor trata do direito moral onde não pode se transferir tal direito.

Portanto tratando-se de direito autoral o direito moral tem fundamental importância nesse ramo, sendo primordial observar sempre esses direitos primordiais para a conjuntura do direito autoral, segundo a lei trata, (LEI 9.610/98 Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou).

### 3.1 SOBRE A AUTORIA

Segundo a Lei 9610/98 (BRASIL, 1998, p.579), autor “é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” que pode identificar-se com “seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional”.

Assim analisamos que o autor para nossos estudos sobre autoria na fotografia de casamento ela sobre sai simplesmente do contrato realizado com o fotógrafo principal ou a empresa que venha a realizar o serviço, sendo assim o direito de autoria preservado para o fotógrafo idealizador pela imagem, ângulos e olhar no momento da fotografia são únicos assim não podendo transferir para terceiros.

De acordo com (PRETTO,2013.) “Muito se questiona sobre quem é o autor e quem é o titular de uma obra. Veremos que há inúmeras diferenças sobre ambos institutos”.

Segundo a (CONSTITUICAO FEDERAL,1988. no seu art. 5º parágrafo XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilizacao, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; ).

Podemos ver que doutrinas e nossa carta magna versam na mesma direção onde o autor pela imagem ou obra intelectual te seus direitos resguardados, sendo de grande valor e importância esses direitos uma vez que são inalienáveis e intransferíveis de qualquer forma que seja invocada essa transferência por meio de contrato por meio de transferência de vontade independentemente da forma que seja tutelado tal direito fica salvo para o seu autor a autoria.

#### 4. EFEITOS DOS DIREITOS AUTORAIS

Iremos discutir agora sobre os efeitos para com os direitos autorais, onde veremos que são vários os mecanismos para sua proteção caso venham a ser utilizados de forma fraudulenta para com o seu respectivo autor, de forma que quando violado o autor terá meios suficientes para expor que aquela obra intelectual é sua e tem os direitos sobre elas para fins comerciais ou simplesmente de uso para o caso de publicações, fica sobre a supervisão da lei 9.610/98 esse dever de analisar qualquer tipo de afronta sobre esses direitos citados para com o autor de obras intelectuais.

“Tais direitos do autor, reconhecidos e protegidos, proporcionaram uma demanda de produção intelectual mais confiante, isto é, se um direito for violado, no caso por exemplo, de o editor publicar obra literária sem autorização do autor, este poderá entrar com ação cível pleiteando perdas e danos contra o editor. (CARDOSO, 2005.)

##### 4.1 CONTRATO DE CESSÃO

De acordo com a (LEI 9.610/98 dos art. 49 a 53), trata do licenciamento, concessão e cessão perante o âmbito jurídico sendo legal tais meios, mas como visto nos capítulos anteriores não se pode falar em passar o direito do autor é feito um contrato de uso sobre as imagens realizada pelo autor sem poder falar em hipótese alguma de transferência de autoria para o contratante do serviço do autor.

A diferença do contrato de cessão para o contrato de edição é que, enquanto na cessão se transferem todos os direitos patrimoniais do autor, com poucas reservas, na edição, o autor autoriza o editor a publicar a obra com tiragem de exemplares definida no contrato. (CARDOSO, 2005).

##### 4.2 SANÇÕES CONTRA À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

Então sempre que se falar em razão de violação dos direitos autorais veremos uma situação num entanto delicada, havendo meios a serem utilizados para a elucidação de tal violação, onde veremos que a lei mostra sua importância e autoridade para com quem ferir tal direito, segundo o (CODIGO PENAL,1941. no art.

184: violar direitos de autor e os que lhe são conexos: pena: detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.).

Aqui resolvemos abordar a letra fria das legislações que tratam sobre direitos autorais e direito da imagem. Denominamos de “microsistema legal” o conjunto de leis esparsas, mas que tratam dos temas acima citados. (PRETTO, 2013).

Importa salientar algumas figuras a respeito da violação dos direitos autorais, como o plágio (a apropriação indevida do trabalho intelectual, usurpação da paternidade da obra de outrem, cópia do trabalho com apenas algumas mudanças nas palavras, aproveitamento de ideias e textos sem referir a origem e autoria. A obra alheia é apresentada pelo imitador como sua, ideia de falsidade) e a contrafação (reprodução de obra alheia sem a devida autorização, com intuito de gerar proveito econômico). Em ambas há o proveito indevido moral e patrimonial. Por fim, a usurpação de nome ou de pseudônimo quando da utilização do prestígio e do nome de alguém em proveito próprio. Um exemplo de plágio e contrafação encontramos no artigo 102, relativo à apropriação indébita de obra alheia. (CARDOSO, 2005).

Segundo explica os autores e a lei não a do que se questionar em relação aos direitos autorais quando dispuserem de suas titularidades, comprovado tal direito não a do que se questionar para tal, sendo obedecida as normas e autenticando para quem de real titularidade cabe tal bem jurídico.

## 5. DIREITOS CONEXOS

Com relação aos direitos conexos ou de coautoria, de forma não menos importante que o a autoria propriamente dita no ramo da fotografia veremos que não se pode confundir com o auxiliar que de forma subjetiva o ajudou na criação de tal imagem. De acordo com (PRETTO, 2013.) “ todas as pessoas (profissionais ou não) que contribuíram significativamente na criação da obra gozam dos mesmos direitos que o autor”. Sendo assim de suma importância o reconhecimento do coautor para aquela imagem ou obra realizada, uma vez que sem sua contribuição pode se dizer que não chegaria aquela foto desejada. Ainda segundo (PRETTO, 2013.) “ se a maquiagem feita na modelo da foto, for criativa o suficiente, caracteriza-se uma obra autônoma, desvinculada da obra fotográfica. Neste caso o maquiador adquirirá direitos autorais próprios de sua obra”.

## 5.1 DIREITO AUTORAL DO FOTOGRAFO FREELANCER

Entendemos por freelancer o segundo fotografo contratado para não menos importante que o fotografo principal realizar o evento de forma brilhante como de fato o evento seu fosse, agindo com esmero e cautela para realizar um trabalho de valor moral elevado, e falando dos seus direitos falamos nos capítulos anteriores sobre o direito autoral para em nossos estudos chegarmos a esse ponto de importância crucial a nossos estudos onde o valor da autoria do freelancer tem seus direitos muitas vezes furtado ou até mesmo roubado quando o contratante de seus serviços o coage a usar suas imagens em uma publicação ou ate mesmo na montagem de um portfolio.

“ Pois bem, não haveria nenhuma duvida se entendêssemos que o freelancer nada mais é que um profissional de fotografia, e por isso merecedor de todos os direitos e deveres previstos na lei de direitos autorais. Todavia, a grande polemica criada no nosso mercado de trabalho ocorre devido a um entendimento equivocado que é amplamente difundido: “o cliente é meu, portanto todas as fotos são minhas”. (PRETTO, 2013.)

Ainda de acordo com (PRETTO, 2013) “ então, porque no site, no álbum ou no portfolio o colega contratante não colocou os créditos do freelancer como autor? Nesse caso, houve violação da lei de direitos autorais. Pois o “dono do cliente” deve colocar o nome do freelancer nas fotos.

Então podemos entender sobre uma ótica bem simples que o direito do freelancer é assegurado, mas na pratica acontece o que foi relatado muitos profissionais se aproveitam e usam de má fé para usar o serviço do profissional contratado como se seu fosse se ao menos colocar se nome de autor como a lei obriga e deixa bem claro, sendo assim bastante importante os estudos sobre caso que relatam o nosso cotidiano em desfavor do autor muita das vezes sem ao menos conhecer seus direitos e como agir perante tal desrespeito para com sua autoria.

## 5.2 CASOS PRATICOS SOBRE DIREITO AUTORAL

Marco Júlio é fotografo e cinegrafista em são Paulo, onde possui seu estúdio e grande parte de sua clientela. Entre seus clientes está uma família que o contratou para gravar em vídeo full-HD o aniversário de quinze anos de Rafaela. Tudo ocorreu de forma tranquila. Após editar o vídeo e o colocar no site vimeo, com autorização do contratante, Marco percebeu, depois de alguns meses, que o vídeo estava tendo muitas visualizações. Ao pesquisar a fonte de acessos pelas estatísticas oferecidas pelo vimeo, verificou que 90% das visualizações vinha de uma cidade chamada cachoeirinha, no Rio Grande do Sul. Marco achou estranho o interesse pelo vídeo, já que nunca teve clientes naquela cidade ou imediações. Intrigado, aprofundou-se na pesquisa e percebeu que o vídeo havia sido copiado por outra pessoa, que se dizia fotografo e cinegrafista, denominado aqui de Eduardo.

Ocorreu que Eduardo fez o download (cópia) do vídeo sem a devida autorização do verdadeiro autor. Como se não bastasse, simulou um falso depoimento (comentário) da aniversariante (que nem conhecia), elogiando-o pelo “lindo trabalho” executado. Para piorar utilizava como argumento de venda a tecnologia empregada no vídeo (full-HD) como se fosse sua. Ou seja, além de ferir quase todos os artigos da LDA, Eduardo extrapolou a esfera cível, podendo-se afirmar que chegou a praticar estelionato.

Interpelado por mim, a pedido de Marco Júlio, de início propus “notificação extrajudicial” para fins de cessar o delito civil e tentar negociação amigável. Como não obtivemos êxito no acordo, propus ação judicial. Veja a resposta do infrator (mantivemos o texto original sem correções):

“olá Marcelo, venho te explicar a minha parte sobre o procedimento do juizado especial cível. Eu não sou produtor de vídeo e também não sou fotografo e muito menos dono/socio de uma produtora. Criei o blog para um amigo meu que é fotografo na qual eu faço freelancer de filmagem, ele não é nem um pouco envolvido com a internet e muito menos om o seu vídeo. Até hoje não sei por qual motivo postei la o seu vídeo, creio que eu não tinha nenhum vídeo ou poucos vídeos no blog, e por bobagem muita bobagem um amigo meu pediu para mim escrever como se eu tivesse feito a festa, e logo depois ele escreveu um comentário como fosse ela e eu respondi, putz bobagem minha. Quando outro amigo meu viu o blog me perguntou se eu que tinha feito o vídeo nessa hora percebi que a brincadeira não era brincadeira, e como o blog não divulgado para clientes do fotografo demorei

umas duas semanas para tirar por ser desleixado mesmo. O blog tem acesso entre 5-10 pessoas. Te peço muitas desculpas acabei de fazer 18 anos esse mês, trabalho como freelancer, ganho 100,00 por filmagem e não tive a intenção nenhuma e gerar lucro com seu vídeo, foi uma brincadeira mal pensada. Se quiser que eu vá a SP para conversar eu vou mas também com poucas condições. Se fosse dono de uma produtora e gerasse lucro através do seu vídeo, e ganhasse por festa o valor que você cobra, ate entendo a sua parte por querer essa indenização e acharia justo, mas é uma situação bem diferente. Quando chegou a carta no Studio desse fotografo eu já tinha tirado o seu vídeo a um bom tempo, se quiser que eu tire do ar o blog posso tirar sem nenhum problema. Te peço mil desculpas e se podemos negociar sem ser pela justiça e eu agradeço, peço que me entenda e por favor responda esse e-mail”.

Fato que retrata bem sobre nossos estudos um caso bem típico nesse ramo por que novo em relação a litígios jurídicos, como uma brincadeira entre amigos pode se tornar um prejuízo ao autor, será que foi apenas uma brincadeira e esse jovem teria mesmo só 18 anos, levando pela lei de LDA podemos ver que foram feridos alguns direitos e podemos analisar ainda o crime como estelionato e o direito da imagem da jovem divulgado sem autorização.

## 6. DIREITO A IMAGEM

Segundo (OLIVEIRA, 1971), conceitua imagem como sendo a “representação de uma pessoa ou coisa; figura, efígie, semelhança, representação de uma ideia. Pessoa famosa”.

Na ótica de (DINIZ, 2005), “é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pela pessoa, reconhecidos socialmente, como a habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc...”.

Falar sobre imagem tem um ponto forte, preciso falar em meios os estudos uma vez que o fotografo de casamento por vezes poderá fotografar pessoas de valor midiático e valor político, sendo o fotografo por sua vez o profissional que não poderá divulgar tais imagens em âmbito de lazer e seio familiar sendo responsabilizado por tal postura se vier a cometer tal fato. O inciso X, do art.5º da

Constituição Federal, garante a proteção à imagem como retrato, e menciona o direito de indenização quando houver violação.

O direito de imagem não é absoluto, sendo assim, a sua tutela será cabível quando houver publicação sem autorização e desde que cause ofensa à honra, boa fama ou respeitabilidade do indivíduo, ou, ainda, quando for utilizada para fins comerciais. Contudo, a divulgação da imagem quando for necessária à administração da justiça ou manutenção da ordem pública não configurará violação.

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações (BRASIL, CJF, 2016).

Logo vemos o poder da LDA uma vez que tutelado o direito sobre imagens de pessoas que não firam os bons costumes e a moral e nem tão pouco à honra do indivíduo será possível a publicação, pois no ramo do casamento o fotografo retrata um momento de felicidade e não tem barreiras para fotografar o que acontece naquele dia tão esperado, o noivos por sua vez serão os porta voz de seus convidados se houver alguma objeção sobre publicações de fotos de algum convidado.

Portanto, o direito à imagem decorre do processo evolutivo de proteção, sendo que, em sua origem estava inteiramente ligado ao direito de autor e com o passar dos anos passou a constituir um capítulo específico dos direitos da personalidade.

## 7. DO USO DA IMAGEM

Diante do constante convívio com as redes sociais, temos uma difícil missão para com o uso da imagem, o autor não fica obrigado a colocar nome na imagem ou marca para ser reconhecido sua autoria de tal imagem, de acordo com a (LEI

9.619/98 no Art. 52. A omissão do nome do autor, ou de coautor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos).

Quando um fotógrafo capta a imagem de uma pessoa (com a autorização dela, é claro), quem tem os direitos autorais sobre a imagem é ele, não é a pessoa fotografada. A pessoa fotografada tem o direito sobre a sua imagem (a visualização do seu corpo, seu rosto), mas a partir do momento em que ela concede autorização para a sua imagem ser usada pelo fotógrafo, o fotógrafo detém os direitos autorais sobre a representação fotográfica ou audiovisual daquela pessoa.(RIBEIRO, 2018).

Segundo Clairen, o avanço tecnológico, a dinamicidade da criação de novos mecanismos de comunicação e as constantes atualizações de aplicativos e redes sociais fizeram com que novas circunstâncias que não se encontram expressamente previstas em lei facilitem a violação dos direitos autorais, mas que os créditos dos autores de obras artísticas devem ser resguardados mesmo no âmbito da internet.

Não há necessidade de ter a autorização do autor de algum texto ou foto para o compartilhamento do mesmo, mas a autoria do trabalho deve ser especificada, mesmo em caso de compra de fotos. "Via de regra, o compartilhamento que não cause prejuízo ao autor, que não seja realizado com intuito lucrativo ou pejorativo e que destaque a paternidade da obra é permitido sem que haja necessidade de se obter autorização expressa", explica a advogada. (SAANA, 2017).

Sendo assim, logo que o autor sentir lesado seu direito de autoria o mesmo pode ajuizar uma ação contra quem feriu seu direito, mas aconselhasse que seja resolvido por meios mais amigáveis como uma troca de e-mail ou mensagem por via de aplicativos de forma que não seja necessário o auxílio do judiciário para uma situação tal simples de resolução, onde o fato pode acontecer por um simples desconhecimento da parte geradora do dano causado ao autor.

Ao usar a imagem nas redes sociais para evitar esse tipo de problema ou até mesmo a solicitação do direito ao autor, poste a foto nas redes sociais e de os devidos créditos ao autor isso já vai contemplar a titularidade do mesmo em caso de postagem não lucrativas e caso aquela imagem já tenha sido postada pelo fotógrafo informa adicionando uma # repost, assim informando que esta apenas copiando a imagem de alguém e aproveitando a imagem de boa-fé.

segundo o juiz leigo (DIOGO SEGALA MACHADO,2017.) entende que o direito do autor mesmo se tratando de fotos para jornais fica resguardado seus direitos como diz em parte de sua sentença.

O juiz leigo Diogo Segala Machado, da Vara-Adjunta do JEC da Comarca de Encantado, disse que o fato de prestar serviços para o Correio do Povo não retira do fotógrafo sua condição de autor da fotografia republicada, “Não se pode dizer que a obra pertence ao Correio do Povo pelo simples fato deste ter publicado originariamente, não afastando o poder individual de criação do requerente bem como os direitos que recaem sobre essa criação”(MACHADO, 2017).

Confirmando a ideia do autor acima segue a explanação de outro autor que trata com o mesmo entendimento sobre o direito do autor no momento do conhecimento do autor de ser ferido seus direitos.

Uma vez que o fotógrafo toma o conhecimento de que ele e sua obra foram violados, o direito o protegerá nessas situações, porém, existem casos que poderá optar ou não pela via judicial, assim, bastará a notificação com o aviso de recebimento ao terceiro que violou seus direitos, solicitando que o mesmo desfaça a infração cometida, e retire de circulação ou seja inserido os créditos e a devida retratação (PRETTO, 2013).

## 8. RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL

Abaixo temos a apelação nº. 0016584-76.2003.8.24.0008 (SANTA CATARINA, TJSC, 2017), que tratou de um pedido de indenização por danos morais por utilização de imagem fotográfica sem que fosse indicado o fotógrafo responsável pela foto, sendo então reconhecido o direito do fotógrafo à proteção do seu direito de autor pela foto utilizada, bem como, o direito de ser indenizado pela utilização indevida do material.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA DEMANDADA. (1) PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO TRIENAL. TESE SUSCITADA NA CONTESTAÇÃO E SUFICIENTEMENTE REFUTADA ATRAVÉS DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA PELO JUÍZO SINGULAR. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA A TEMPO E MODO. PRECLUSÃO TEMPORAL. NÃO CONHECIMENTO. (2) MÉRITO. DIREITOS AUTORAIS. REPRODUÇÃO DE FOTOGRAFIAS DE AUTORIA EXCLUSIVA DO APELADO EM PERIÓDICO DIÁRIO, SEM A INDICAÇÃO DOS RESPECTIVOS CRÉDITOS. IMAGENS PRODUZIDAS DURANTE A

VIGÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO HAVIDO ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA. CONDUTA QUE OFENDE O DISPOSTO NOS ARTS. 22 E 24, II, DA LEI N. 9.610/1998. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA EMPRESA DE COMUNICAÇÃO. DANO MORAL PRESUMIDO. EXEGESE DO ART. 108 DA LEI DE REGÊNCIA. PRECEDENTES. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DAS IMAGENS PELO EMPREGADOR/EDITOR QUE NÃO EXCLUI OU AFASTA A RESPONSABILIDADE PELA DIVULGAÇÃO SEM OBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS PREVISTOS EM LEI ESPECÍFICA. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NOS ARTS. 36 E 46, 'A' E 'C', DA LEI N. 9.610/1998. DANOS MORAIS CONSAGRADOS INCLUSIVE NO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA CELEBRADO ENTRE AS 41 PARTES. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. É inegável que o fotógrafo contratado como empregado de empresa jornalística tem como incumbência precípua laborar na produção de fotografias, atividade pela qual recebe o salário convencionado, não estando impedido o empregador de utilizar a respectiva criação fotográfica na sua atividade fim. Entretanto, o fato do empregador poder fazer uso das fotos produzidas pelo fotógrafo/empregado, não o isenta de observar rigorosamente o comando timbrado no art. 24, inc. II, da Lei 9.610/98, divulgando o respectivo crédito (nome ou pseudônimo) do autor da fotografia, sob pena de afrontar direito moral do respectivo profissional, na exata definição expressamente prevista no mencionado perceptivo legal. (3) REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DESCABIMENTO. VERBA ADEQUADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. (4) JUROS DE MORA. RELAÇÃO CONTRATUAL, JUROS CONTADOS DA CITAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, QUE OS ESTIPULOU A PARTIR DA SENTENÇA, SOB PENA DE REFORMATIO IN PEJUS. CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL DESDE O ARBITRAMENTO. SÚMULA 362 DO STJ. (5) ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PLEITEADA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA EM RAZÃO DA CONDENAÇÃO INFERIOR AO VALOR POSTULADO NA INICIAL. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 326 DO STJ. (6) HONORÁRIOS PERICIAIS. CONDENAÇÃO DA RÉ AOS VALORES ADIANTADOS PELO AUTOR. VIABILIDADE. A REPARTIÇÃO DOS CUSTOS DA PROVA PERICIAL, MEDIANTE ACORDO ENTRE OS LITIGANTES, NÃO IMPEDE O VENCEDOR DA AÇÃO DE SER RESTITUÍDO DO MONTANTE QUE ANTECIPOU. (7) CONTRARRAZÕES. SUSCITADA A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 538 DO CPC/73. INCIDÊNCIA RESTRITA AOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PLEITO RECHAÇADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Sendo de forma imprescritível a referencia do autor em todo momento necessária para que não seja levado ao âmbito jurídico sabendo que o entendimento é indicado em uma única direção a proteção do autor e suas obras, no tocante aos

casamentos temos um pouco de bom censo em relação os autores quando se trata do cliente onde não se cobra a referencia quando postada as fotos em redes sociais.

No recurso especial nº. 1520978 do STJ, mesmo em uma imagem doada a uma instituição, não a do que se falar sobre a indicação do autor daquela foto, para seus direitos autorais permanecerem vivos e sem usurpação.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO CONFIGURAÇÃO. ARTS. 24, INCISO II, 28, 29, E 79, §1º, DA LEI Nº 9.610/1998. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. FOTOGRAFIAS. EXEMPLARES DOADOS VERBALMENTE. CESSÃO DOS DIREITOS AUTORAIS. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO ESCRITO. IMPRESCINDIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INSERÇÃO DAS FOTOS EM OBRA COMEMORATIVA ENCOMENDADA PELA DONATÁRIA. FALTA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA E DE INDICAÇÃO DO NOME DO FOTÓGRAFO AUTOR DA DEMANDA. EDITORA CONTRATADA PARA A CRIAÇÃO, REDAÇÃO E PRODUÇÃO DA OBRA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARTS. 103 E 104 DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS. 1. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais fundada na alegada ocorrência de violação de direitos autorais em virtude da inclusão, não autorizada e sem indicação de titularidade, 42 de fotografias realizadas pelo autor da demanda, em obra comemorativa encomendada por instituição que por ele foi agraciada com a doação de dois exemplares. 2. Acórdão recorrido que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva ad causam da empresa contratada pela donatária dos exemplares fotográficos para planejar, criar, redigir e produzir a obra na qual, segundo o autor, foi promovida a contrafação aludida na inicial. 3. Não se pode confundir a cessão de direitos autorais de obras fotográficas, que tem regramento próprio, com a doação civil (verbal e incondicionada, no caso) de exemplares dessas mesmas fotografias. 4. A cessão de direitos autorais, a teor do que expressamente dispõe o art. 50 da Lei nº 9.610/1998, deve se dar sempre pela forma escrita e, além disso, ser interpretada restritivamente. 5. A simples doação de cópias de fotografias não confere ao donatário o direito de explorá-las economicamente e sem a autorização expressa de seu autor, assim como não permite que se suprima o nome deste de eventuais publicações de suas obras, sejam elas totais ou parciais. 6. A legitimidade passiva ad causam é condição da ação e, portanto, deve ser aferida a partir da constatação de um liame (resultante da narrativa aposta na petição inicial ou de expressa determinação legal) capaz de vincular, pelo menos em tese, a pessoa daquele apontado como requerido à satisfação da pretensão apontada pelo autor como indevidamente resistida. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. Acórdão Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, divergindo do voto do Sr.

Ministro Relator, decide a Terceira Turma , por maioria, conhecer em parte do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Presidente). Votaram com o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (BRASIL, STJ, 2016).

Vemos assim, que a autorização para uso da imagem fotográfica deve ser escrita, e nenhuma imagem, mesmo a dada em doação, poderá ser utilizada sem a autorização do autor e a identificação de autoria.

#### 9. CONTRATOS DE CESSAO E USO DA IMAGEM

Analisaremos alguns contratos feitos com finalidades da cessão e uso da imagem relacionados a casamentos ou outros tipos de serviços fotográficos conexos segundo (PRETTO,2013).

**INSTRUMENTO PARTICULAR DE LICENCIAMENTO  
DE DIREITOS PATRIMONIAIS SOBRE OBRA FOTOGRAFICA**

LICENCIANTE: (ex: pessoa física)

Nome, nacionalidade, profissão, estado civil, RG, CPF, residente e domiciliada nesta capital, na Rua xxxxx, no. Xxx, bairro, xxxxx, CEP: xxxxx xxx

LICENCIADA: ( ex, pessoa jurídica)

Razão social, marca, com sede nesta capital, na R0ua xxxxxx, inscrita no CNPJ/MF sob o n, xxxxxxxxxxxxxx, neste ato representada pelo Sr. Nome, nacionalidade, profissão, estado civil, RG, CPF, conforme estatuto social.

CLAUSULA PRIMEIRA – Do objeto

O presente instrumento particular tem por objetivo o licenciamento, de forma (exclusiva ou não) de xx (quantidades por extenso) imagens fotográficas que integram o acervo da licenciante. Referido licenciamento será regido pelas clausulas abaixo e pelo que dispõe a Lei 9.610/98.

Paragrafo primeiro: As imagens escolhidas pelo licenciado, para utilização nos termos do contrato são as seguintes:

CLAUSULA SEGUNDA – Do prazo e do território

As partes pactuam que o licenciamento das imagens acima particularizadas será valido por xx (quantidade por extenso) meses, com inicio em dd/mm/aaaa. Durante este período a licenciada poderá utilizar tais imagens em todo território nacional

Paragrafo primeiro: Caso a licenciada deseje obter uma prorrogação do prazo para utilização das imagens ou mesmo utilizar tais imagens num espaço geográfico não compreendido naquela acima especificado, deverá consultar previamente a licenciante e negociar um aditamento escrito ao presente contrato.

#### CLAUSULA TERCEIRA – das mídias

As imagens que integrem o objeto deste contrato poderão ser utilizadas pela licenciada nas seguintes mídias e com as seguintes características:

- . Jornais – anuncio com ate meia pagina
- . Revistas – anuncio com ate pagina dupla
- . Folhetos – com o tamanho máximo A4
- . Internet

#### CLAUSULA QUARTA – Da remuneração

Fica estipulado que a licenciada pagará ao licenciante a quantia de R\$ x.xxx,xx (valor por extenso) a título de remuneração dos direitos patrimoniais das x (quantidade por extenso) imagens fotográficas.

Parágrafo primeiro: a quantia acima estipulada será paga pela licenciada ao licenciante da seguinte forma: (especificar a forma de pagamento, podendo ser à vista ou parcelada. É importante, em caso de parcelamento, especificar as datas do pagamento).

Parágrafo segundo: O inadimplemento de qualquer das obrigações financeiras assumidas pela licenciada levará ao vencimento antecipado de toda a dívida e a **SUSPENSÃO** da licença pelo período durante o qual persistir a inadimplência, sujeitando a licenciada – na hipótese de fazer uso das imagens fotográficas durante o período de suspensão – ao pagamento de multa contratual sem prejuízo de eventuais danos que sejam apurados judicialmente.

#### CLAUSULA QUINTA – Da Rescisão

O presente instrumento é firmado por prazo definido e não pode ser rescindido por qualquer das partes unilateralmente. Fica ressalvado, entretanto, o direito do licenciante considerar suspensa a vigência do contrato na hipótese de

inadimplemento do preço nas condições pactuadas. Suspensão esta que acontecerá a partir da inadimplência, independente de qualquer comunicado do licenciante a licenciada.

#### CLAUSULA SEXTA – Da Multa Contratual

As partes estipulam uma multa contratual equivalente ao dobro do valor pactuado para o licenciamento objeto dessa demanda, que será devida sempre de maneira integral e que não terá natureza compensatória, respondendo a parte infratora pelas perdas e danos que venha a ser apuradas judicialmente.

#### CLAUSULA SÉTIMA – Do Foro de Eleição

As partes elegem o foro do domicílio do licenciante como competente para julgar quaisquer demandas relacionadas à aplicação ou interpretação deste instrumento particular, em detrimento de qualquer outro por mais privilegiado que possa ser.

Local e data

---

LICENCIANTE

---

LICENCIADA

Testemunhas:

1) Nome \_\_\_\_\_ RG \_\_\_\_\_

2) Nome \_\_\_\_\_ RG \_\_\_\_\_

### TERMO DE CESSAO DE DIREITOS AUTORAIS (PATRIMONIAIS)

Pelo presente instrumento jurídico particular, na qualidade de cedente, nome completo, nacionalidade, estado civil, profissão, portador da cédula de identidade RG nº xxxxxxxx inscrito no CPF nº xxxxxxxx, residente na cidade de xxxxxx na Rua xxxxxxxx, bairro xxxxxxxx, CEP xxxxx xxx, na condição legal de autor/detentor dos direitos patrimoniais sobre a obra /criação intitulada xxxxxxxx, decide pelo presente termo de cessão de direitos autorais, ceder ao CESSIONARIO xxxxxxxxxxxxxx, Razao Social, Marca, com sede na cidade de xxxxxxxx, na Rua xxxxxxxx, inscrita no CNPJ/MF sob nº xxxxxxxxxxxxxx, neste ato representada pelo Sr, Nome, nacionalidade, profissão, estado civil, RG, CPF, conforme Estatuto Social, os direitos patrimoniais referente à obra supramencionada, com fundamento nos artigos 28 a 33 da Lei Federal nº9.610, de 19 de fevereiro de 1998 para a finalidade especifica de xxxxxxxxxxxx, sendo vedada a exclusividade dos direitos aqui cedidos para o xxxxxxxxxxxx em relação a outros cessionários, para todos os fins de direitos e obrigações.

Local e data.

\_\_\_\_\_

LICENCIANTE

---

LICENCIADA

Testemunhas:

1) Nome \_\_\_\_\_ RG \_\_\_\_\_

2) Nome \_\_\_\_\_ RG \_\_\_\_\_

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme dito em nossos estudos sobre a Lei 9.610/98 ( LEI DE DIREITOS AUTORAIS), vimos a importância da tutela jurídica sobre um bem tão importante como a autoria para vários tipos de casos onde uma vez ferido o autor pode perder ao só na parte financeira como na parte que toca o emocional fazendo o mesmo vir a tombar nas suas atividades artísticas por se trata de uso criativo de olhares de ângulos e muito esmero para alcançar uma imagem que saia da ótica comum, porque uma foto tirada com um celular ou de uma câmera profissional nas mãos de um profissional ela tem não o que enquadrar o objeto ali fotografado tem um ângulo a ser feito de forma que contemple uma paisagem no fundo da foto a importância da simetria de curvas e linhas naquela imagem, não é apenas apertar um botão é criar uma imagem que encha os olhos da pessoa que está sendo fotografada segundo, (Ansel Adams) " Não fazemos uma foto apenas com uma câmara; ao acto de fotografar trazemos todos os livros que lemos, os filmes que vimos, a música que ouvimos, as pessoas que amamos."

Ainda podemos citar alguns fotógrafos com frases que retratam o sentimento no momento de sua fotografia, não é apenas o momento mas a satisfação de eternizar um momento, vejamos algumas frases de fotógrafos de todo o mundo.

(Sebastião Salgado ) "Minhas fotografias são um vetor entre o que acontece no mundo e as pessoas que não têm como presenciar o que acontece. Espero que a pessoa que entrar numa exposição minha não saia a mesma."

(Henri Cartier Bresson )“A fotografia é uma lição de amor e ódio ao mesmo tempo. É uma metralhadora, mas também é o divã do analista. Uma interrogação e uma afirmação, um sim e um não ao mesmo tempo. Mas é sobretudo um beijo muito cálido.”

(Terence Donovan )“A mágica da fotografia é metafísica. O que você vê não é o que foi visto no momento. A verdadeira habilidade da fotografia é a mentira visual organizada.”

## **REFERÊNCIAS**

BITTAR, CARLOS, A. Direito de Autor. ed. Forense, 2013.

SILVA, SUELY,F; KRAEMER,LIGIA,L. Direitos Autorais: Resultados de sua Aplicação nos casos de autoria com vinculo empregatício, 2002.

CARDOSO, ANA, G,G. Os Negocios que Envolvem os Direitos do Autor, 2005.

MELLO, PATRICIA, M,C. Os Conflitos de Interesse no Direito Autoral, 2013.

MACIEL, TAINARA, G. Direito Autoral de Imagem Fotográfica, 2017.

RIBEIRO, ANA, C, A. Como Evitar Problemas com Direitos Autorais ao usar Imagens de Terceiros, 2018

PRETTO, MARCELO. Direito Autoral para Fotógrafos, ed. Iphoto, 2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988. Disponível em: acesso em: 2 dezembro. 2018.

BRASIL, Lei 9.610/98 (lei de direitos autorais). Disponível em: acesso em: 3 dezembro 2018.

BRASIL, Código penal brasileiro. Disponível em: acesso em 2 dezembro 2018.

## **ALIENAÇÃO PARENTAL**

Thiago Nascimento da Cruz<sup>1</sup>  
Luciano Honório de Carvalho<sup>2</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa monográfica, que aborda o tema da alienação parental, analisa as mais variadas formas de família no Brasil, sempre priorizando o princípio do afeto e do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a relevância do poder da família no mundo da esfera legal. Apresenta o instituto da alienação parental, diferenciando-o da síndrome da alienação parental. Explicar os critérios de identificação, as características do genitor alienante e as consequências para as crianças e adolescentes alienados, bem como apresentar os principais movimentos que combatem a alienação parental. Ele discute brevemente a Lei 12.318 / 2010, a Lei da Alienação Parental, comentando sobre suas disposições legais. Nessa perspectiva, evidencia-se os aspectos procedimentais, a dificuldade de produção de evidências e o uso de expertise multidisciplinar na verificação de atos alienatórios. Por fim, examina a custódia compartilhada como forma de redução da alienação parental e responsabilidade civil decorrente de atos alienantes. Palavras- chave: Alienação Parental. Criança e Adolescente. Família. Lei 12.318/2010.

**ABSTRACT:** The present work of monograph research that is about the parent alienate , that makes an analyze about the variety forms of family in Brazil nowadays, making the important point the principle of the affection and the best interests of the children and the teenagers, besides the relevance of the family power in the juridical scope. Presented the institute of parent alienation, differently of the syndrome of parent alienate. Explaining the criteria of identification, the characteristics of the alienator genitor and the consequences to the kids and teenagers, beyond of presenting the main projects that GO against the parent alienate. Discuss briefly the Law 12.318/2010, Law of parent alienation, making comments about their legal devices. In this perspective, evidentially the procession aspects and the difficulty of producing evidences and the use of multidisciplinary expertise in establishing of the alienation facts. Concluding examines the shared guard as a way to reduce the parent alienate and civil responsibility from de alienatories acts.

Key words: Children and Teenagers. Family.Law 12.318/2010.Parent alienate.

### **1 INTRODUÇÃO**

A alienação parental é uma temática relativamente nova para o cotidiano jurídico, uma vez que a Lei nº 12.318 fora promulgada somente em 26 de agosto de 2010. Com as inovações na seara do direito de família, surgiram novos desafios nas lides envolvendo os direitos das crianças e adolescentes. Para compreender com melhor destreza, far-se-á uma análise das principais modalidades de famílias

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

existentes atualmente no Brasil. Com as modificações no direito de família houve uma equiparação de direitos e deveres para pais e mães, não sendo mais possível aceitar que apenas o pai provenha o sustento da família e dos filhos enquanto à mãe cabe a educação dos mesmos. Esse modelo, apesar de cada vez mais raro, ainda é encontrado em diversos lares, não podendo mais ser visto de forma única: atualmente, os operadores do direito devem ter olhos abertos para as mais variadas formações de famílias.

Ademais, houve um aumento relevante no número de divórcios, momento em que se iniciam com maior frequência os atos de alienação parental. Logo, neste contexto, o poder familiar passou a ser exercido conjuntamente, ainda que os pais encontrem-se separados. O direito das crianças e adolescentes é prioridade para o ordenamento jurídico, sendo inclusive objeto de diversas leis específicas. A alienação parental é um dos temas tratados especificamente em lei, prezando-se sempre pela garantia e efetividade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para tratar da alienação parental, é imprescindível diferenciá-la da síndrome da alienação parental. Não que haja algum problema em confundir os conceitos; porém, existem diferenças relevantes. Há uma discussão acerca de qual seria a nomenclatura correta; concluindo-se que ambas são corretas, porém diferentes, optou-se no presente trabalho por “alienação parental”, em consonância com o utilizado na Lei nº 12.318/2010.

Através da leitura e posterior análise de diversas doutrinas, assinadas por profissionais do ramo do direito, psicologia, serviço social, dentre outros; averiguar-se-á as características do genitor alienante, bem como as consequências nas crianças alienadas. Conhecer os critérios de identificação da alienação parental tem grande relevância no meio jurídico, em especial para os amantes da área do direito de família, ou mais especificamente, dos direitos das crianças e adolescentes.

A alienação parental tem sido objeto de ações para reivindicar os direitos do genitor alienado, o qual está perdendo ou já perdeu o contato com os filhos, bem como têm sido matéria de defesa nos casos de acusação de abuso sexual. Portanto, identificar e conhecer os atos de alienação parental é extremamente importante para que não se cometam equívocos, transformando agressores em vítimas ou mães preocupadas e denunciadoras como praticantes de alienação parental. Não

obstante, serão abordados os principais movimentos que combatem os atos de alienação parental.

Estes atos são difíceis de serem comprovados, uma vez que não deixam marcas físicas, apenas psicológicas em todos os membros da unidade familiar. Por isso, far-se-á uma abordagem sobre os aspectos processuais e a dificuldade de produzir provas, bem como uma leitura mais atenta de todos os dispositivos tratados nesta lei. A perícia multidisciplinar tem sido uma grande aliada do Poder Judiciário, tanto na averiguação dos atos de alienação parental como no tratamento de crianças e adolescentes prejudicadas por estes atos.

Ainda, será feita uma abordagem sobre a guarda compartilhada, apontada como uma das formas de redução da alienação parental. A guarda compartilhada é prevista na Lei nº12318/2010; porém ainda é exceção se comparada com a guarda unilateral. Por fim, averiguar-se-á sobre a possibilidade de ocorrer à responsabilidade civil, em decorrência dos atos de alienação parental.

## **2 FAMÍLIA**

Ao receber o dom da vida, o ser humano passa a pertencer a um lar, a uma família, seja ela biológica ou afetiva. O Código Civil Brasileiro não define o que é família, entretanto, é perceptível que sua conceituação difere-se conforme o ramo do direito em que é abordada. Conforme Gonçalves (2011, p. 17) “o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência.”.

O ser humano sempre viveu aglomerado, haja vista sua necessidade de estar em comunidade, e de necessitar psicológica, social e economicamente um do outro, não sendo possível viver isoladamente. Nesse contexto, surgem as famílias, muito antes do direito, dos códigos e da religião. De fato, elas alternam-se há conforme o tempo, a cultura e a consolidação de cada geração. Para Diniz (2005, p. 7):

Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou significativamente com a migração destes do meio rural para centros urbanos. Contudo, as famílias têm apresentação distinta das antigas, especialmente no que concerne às suas finalidades, composição e papéis dos sujeitos que a compõem (VENOSA, 2012), desafiando os juristas e a legislação a amparar suas mais variadas formatações, tendo em vista sua função estrutural para a sociedade contemporânea.

Assim, enquanto instituto necessário na vida de cada sujeito merece estudo, pois “[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.” (GONÇALVES, 2011, p. 17). Desta forma, a condição jurídica dos filhos também assumiu papel importante no direito de família, em especial com a implantação de novas leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e a Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010).

Atualmente, outras instituições (como a escola) designam atividades que originalmente eram dos pais. Os ofícios já não são mais transmitidos de pais para filhos, a educação cabe ao Estado, além da religião não ocupar espaço tão importante, como outrora, nos lares. Ainda: a mudança de economia agrária para industrial fez com que homens e mulheres disputassem o mercado de trabalho, alterando drasticamente a composição familiar original (VENOSA 2012).

Família não é um conceito unívoco. Pode-se até afirmar, radicalizando, que a família não é uma expressão passível de conceituação, mas tão somente de descrições; ou seja, é possível descrever as várias estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não como defini-la ou encontrar algum elemento a todas as formas com que se apresenta este agrupamento humano. (Osório 1996, p. 14)

O que se pode afirmar é que, comumente, as famílias têm uma interdependência variável entre os sujeitos, na intenção de promover características que minimizem fatores negativos (como conflitos emocionais ou financeiros) e, por outro lado, disparem fatores positivos, como a melhora nas relações afetivas entre os genitores e, conseqüentemente, a garantia de desenvolvimento biopsicossocial dos filhos.

## **2.1 FAMÍLIA NO BRASIL ATUAL**

Até a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 a composição de família era taxativa, haja vista que somente os laços formados pelo casamento obtinham tal status. Ademais, a Lei de Divórcio atribuía à parte culpada pela separação uma série de sanções, o qual acabava fazendo com que os cônjuges mantivessem o casamento a qualquer custo.

A família contemporânea perdeu sua função puramente econômica, de unidade produtiva e seguro contra a velhice, em que era necessário um grande número de integrantes, principalmente filhos, sob o comando de um chefe – o patriarca. Perdeu também seu costume eminentemente procracional, deveras influenciado pela Igreja, para adquirir o contorno da solidariedade, da cooperação e da comunhão de interesses de vida (MADALENO e MADALENO, 2013, p. 18).

O princípio da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1º, III, da CF/1988, é entendido como cláusula pétrea, e, deste modo, além do matrimônio passou-se a considerar outras formas no que diz respeito à entidade familiar, sendo o ser humano o principal objeto de proteção do Estado. Logo, pode-se compreender que toda forma de constituição de família é protegida pela Carta Magna, ainda que não tratada expressamente. Foram previstas na Constituição as famílias formadas pelo casamento, união estável ou as monoparentais, fulcro ao artigo 226. Além das modalidades elencadas na Carta Magna, atualmente ocorreu um alargamento no conceito de família. Com a evolução social, o afeto passou a ocupar o lugar que outrora o patrimônio ou a procriação ocuparam: o centro da família, um dos principais fatores na formação do caráter de qualquer pessoa. O princípio da dignidade da pessoa humana, amparado pelos demais princípios que protegem a vida em sociedade, proíbe distinções entre as mais variadas formas de família.

Surgem, assim, novos arranjos familiares, novas representações sociais baseadas no afeto palavra de ordem das novas relações. Por isso, o casamento deixa de ser necessário, dando lugar à busca de proteção e desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, ultrapassando, de alguma forma, os valores meramente patrimoniais (MADALENO e MADALENO, 2013, p. 19).

O artigo 226 da CF/1988 não apresenta um rol taxativo; deste modo são possíveis (e estão presentes na sociedade brasileira) outras formas de família. Assim, na atualidade, não há modelo a ser seguido; cabe ao direito proteger e positivar os tipos que ainda não foram tratados em legislação.

## **2.2 CASAMENTO**

Nas palavras de Pontes de Miranda casamento é:

[...] contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, a sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a educar a prole que de ambos nascer. (Miranda 1947, p. 93)

O Código Civil de 1916 reconhecia somente a instituição constituída pelo matrimônio. O homem era o chefe da família, detentor de várias responsabilidades, dentre elas a econômica. A mulher, por outro lado, sequer era considerada capaz, portanto, não seria possível que gerisse os bens familiares. Assim, os filhos tinham a função de dar continuidade ao trabalho e proteger os bens da família. A Constituição Federal de 1988 passou a tratar os cônjuges de maneira igualitária, entendendo a evolução da sociedade atual. Exemplo desse tratamento igualitário é a alteração do regime de bens de comunhão universal para parcial, caso haja silêncio dos consortes, além da alteração de nomes, que passa a ser opcional no momento do casamento.

Diante da quantidade de exigências à celebração do casamento, de pouco ou quase nada vale a vontade dos nubentes. Os direitos e deveres são impostos para vigorarem durante sua vigência e até depois de sua dissolução, pelo divórcio e até pela morte. Assim, quase se poderia chamar o casamento de verdadeiro contrato de adesão. O alcance da expressão “sim” significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece, de forma rígida, como deveres dos cônjuges (SILVA, 2002, p. 354).

Novidade para o ramo jurídico é a decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determina que os Cartórios não possam negar-se a fazer a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esta decisão respeita o princípio da dignidade da pessoa humana, além de garantir que, de fato, todos sejam iguais perante a lei.

## **2.3 UNIÃO ESTÁVEL**

É reconhecida como união estável a convivência de maneira duradoura entre duas pessoas, independente o sexo, com o objetivo de constituir família. Um grande passo para este conceito de família foi à chegada da Constituição 1988, que em seu

artigo 226, § 3º proclamou: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Este dispositivo auxiliou na retirada do aspecto negativo que a revestia, por ser tratada até então como concubinato.

Ninguém duvida que haja quase uma simetria entre casamento e união estável. Ambas são estruturas de convívio que têm origem em elo afetivo. A divergência diz só com o modo de constituição. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do matrimônio, a união estável não tem termo inicial estabelecido. Nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios. (DIAS, 2011, p. 171).

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, garantiu, com base no artigo 5º da Carta Magna, que é possível a união estável entre pessoas do mesmo sexo. A doutrina não é unânime, havendo apontamentos tanto no sentido de seu reconhecimento como também a considerando como uma sociedade de fato.

## **2.4 DO PODER FAMILIAR**

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Note-se que ambos os genitores tem igualdade de condições e responsabilidades no poder decisório sobre os filhos. Esse poder conferido aos pais ocorre devido à incapacidade destes protegerem seus interesses. Ele é o resultado de uma necessidade natural, onde até mesmo os animais obedecem a uma hierarquia dentro de seu grupo familiar, muito mais presente na raça humana, que necessita formar caráter e personalidade.

O Código Civil de 1916 denominava o poder familiar de pátrio poder, devido a sociedade patriarcal da época, onde ao pai era atribuído o título de senhor absoluto sobre a família e os bens. A mãe era coadjuvante, somente recebendo a responsabilidade caso o pai sofresse algum impedimento ou faltasse no lar. Além disso, se a mesma casasse novamente perdia este poder. Atualmente, o termo é chamado de poder familiar, excluindo a ideia de que o dever de proteção dos filhos compete somente ao pai.

O Código Civil atual, em seu artigo 1.690, parágrafo único, determina que “os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e aos seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer a juiz para a solução necessária” (BRASIL, 2002).

Portanto, o legislador buscou deixar clara a igualdade que ambos têm para proteger os filhos e reivindicar seus direitos. O poder familiar é um encargo conferido aos pais; é um poder-dever, pois os mesmos tem o poder (dado pelo Estado) para exercê-lo e o dever de cumprir esta função. Ademais, ele é irrenunciável, inalienável, indisponível e imprescritível. Igualmente, é uma relação de autoridade, pois dele decorre um vínculo de subordinação de filhos para pais.

Os artigos 227 e 229 da CF/1988 determinam que é dever dos pais assistir, educar e criar os filhos, lhes assegurando direito à vida, educação, lazer, alimentação, dignidade, respeito, liberdade, deixando-lhes ainda a salvo de discriminações, negligências, explorações e crueldades. Também é dever dos pais tê-los em sua companhia e guarda, afinal compete-lhes criar os filhos, além de terem poder (e dever) legal para reter os filhos junto ao lar, caso seja necessário. Podem os pais proibirem os filhos de frequentar determinados lugares e vetar sua convivência com determinadas pessoas. Os pais são civilmente responsáveis pelos filhos, e o dever de guarda-os abrange sua vigilância, buscando garantir a devida formação moral dos menores (DINIZ, 2005).

Cabe aos pais, detentores do poder familiar, conceder ou negar consentimento para casar, conforme artigo 1.517 do Código Civil Brasileiro, além de poder nomear tutor, representá-los até os 16 anos nos atos da vida civil e assisti-los dos 16 anos até a maioridade. Podem ainda exigir que os filhos prestem obediência, respeito e cumpram os serviços próprios a sua idade e condição, sem prejuízo de sua formação. Por fim, na esfera patrimonial, incumbe aos pais administrar os bens dos filhos menores e sob sua autoridade, além de ter o usufruto dos bens que se acham sob seu poder.

O artigo 1.635 do Código Civil Brasileiro dispõe que “extingue-se o poder familiar: pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único, pela maioridade, pela adoção, por decisão judicial, na forma do art. 1.638”.

A perda ou destituição constitui espécie de extinção do poder familiar, decretada por decisão judicial (arts. 1.635, V, e 1.638). Assim como a suspensão, constitui sanção aplicada aos pais pela infração ao dever genérico de exercer a pátria potestade em consonância com as normas regulamentares, que visam atender ao melhor interesse do menor. (Gonçalves (2011, p. 427)).

O poder familiar é uma responsabilidade que deve ser exercida sempre em favor das crianças e adolescentes e não sendo respeitado esse princípio o Estado tem direito de interferir nessa relação que está afetando o infante e, conseqüentemente, a família. A suspensão do poder familiar pode ser total ou parcial, podendo ser sujeita à revisão, uma vez superadas as causas que a incitaram, sendo utilizada pelo juiz quando outra medida não puder produzir o efeito desejado. São causas da suspensão o abuso de autoridade, faltar com os deveres a ele inerentes (guarda, educação e sustento) e ruína aos bens do filho.

A destituição do poder familiar é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando-se por sentença judicial, se o juiz se convencer que houve uma das causas que justificam, abrangendo, por ser medida imperativa, toda a prole e não somente um filho ou alguns filhos. A ação judicial, com esse fim, é promovida pelo outro cônjuge, por um parente do menor, por ele mesmo, se púbere, pela pessoa a quem se confiou à guarda, ou pelo Ministério Público. A perda do poder familiar, em regra, é permanente, embora seu exercício possa ser, excepcionalmente, reestabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso (DINIZ, 2005, p. 525).

O artigo 1.638 do Código Civil elenca as causas geradoras da destituição. Uma delas é o castigo imoderado (inciso I), inibindo atos de maus-tratos, tentativas de homicídio, castigos exagerados operados pelos pais ou responsáveis. Deixar o filho em abandono material e moral (inciso II) é outra possibilidade, afinal não podem os pais deixar, por exemplo, de prestar assistência a saúde do filho. A prática de atos contrários à moral e os bons costumes (inciso III) diz respeito àqueles atos praticados pelos pais que podem influenciar na formação cidadã, de personalidade e caráter dos filhos: a doutrina cita exemplos de pais que fazem uso ou traficam entorpecentes. E por fim, a incidência reiterada nos casos geradores da suspensão (inciso IV), leva à destituição do poder familiar.

É inegável a importância de manter os pais junto de sua prole. Contudo, com base nos princípios e na leitura sistêmica da legislação, o âmago é resguardar as crianças e adolescentes de todo o mal, mesmo que para tanto seja necessária sua retirada do lar. O que se espera é que toda família tenha capacidade de promover, independente de condições financeiras, um ambiente saudável à formação dos filhos. Entretanto, nem sempre se pode constatar esta realidade, sendo necessária a

intervenção do Estado que tentará, de todas as formas, proteger e reestruturar o lar propiciando um meio verdadeiramente positivo, favorável e adequado para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

## **2.5 ALIENAÇÃO PARENTAL**

De acordo com Madaleno e Madaleno (2013), a primeira definição da Síndrome da Alienação Parental surgiu em 1985, por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica na Universidade de Columbia nos Estados Unidos da América, a partir de suas experiências como perito judicial. Segundo argumentação em obra dedicada ao tema os autores descrevem a Síndrome da seguinte maneira:

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado a assedio, a própria criança contribui para a alienação (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 42).

Todas as crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar. Contudo, apesar de ser um direito expresso na Carta Magna e nos princípios regentes da família, muitas vezes esta garantia é violada. A alienação parental é uma maneira de interromper os vínculos afetivos de um genitor para com seus filhos. Este fenômeno não é novo, porém só foi regulamentado em 2010 com o advento da Lei nº 12.318, o que demonstrou uma dificuldade tanto jurídica como social de entender esta espécie de conflito como prejudicial para a formação de famílias e crianças e adolescentes saudáveis. O conceito legal da alienação parental está disposto no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, que define:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Após a separação é normal haver divergências de interesses entre o casal, o que pode provocar animosidades entre os mesmos por diversos motivos, como desejo de vingança, não superação do fim do relacionamento, ciúmes, desvios de

personalidade; assim, tenta-se atingir o elo mais precioso que há entre o casal: os filhos. Neste contexto o genitor que detêm a guarda dos filhos, na tentativa de magoar o antigo parceiro, pode usar os filhos, manipulando-os para que não amem mais aquele que não é seu guardador.

A síndrome da alienação parental é um distúrbio da infância que aparece quase que exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação da Síndrome da Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. Para melhor compreender a alienação parental deve-se alertar que o modelo de família contemporânea não corresponde mais aquele onde o sustento dependia do pai e a criação e proteção dos filhos de responsabilidade da mãe. Atualmente, pais e mães têm árduas jornadas de trabalho e precisam compartilhar a tarefa e o prazer de participar na criação e educação dos filhos.

## **2.6 CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO**

O ambiente familiar onde ocorre a alienação parental é bastante conflituoso, com fortes animosidades entre os pais e até mesmo as famílias do casal que está se divorciando. Nestes casos uma das tarefas mais árduas para o Poder Judiciário e para os profissionais para legais (psicólogos e assistentes sociais) é identificar se de fato há algum abuso para com os direitos das crianças e adolescentes ou se estão sendo implantadas falsas memórias.

Sendo assim, os profissionais que trabalham nas Varas de Família precisam estar atentos para não tratar o agressor como vítima. Ou seja, defender o genitor que está violando a criança por entender se tratar de alienação parental.

## **2.7 CARACTERÍSTICAS DO GENITOR ALIENANTE**

O genitor alienante age no intuito de romper os laços afetivos entre os filhos e o outro genitor. “Da mesma forma que é difícil descrever todos os comportamentos que caracterizam a conduta de um alienador parental, conhecer um a um de seus sentimentos é tarefa praticamente impossível” (TRINDADE, 2013, p. 27), pois suas atitudes podem ser decorrentes dos mais variados motivos.

Referindo-se a esses comportamentos, não há dúvida de que a finalidade do genitor alienador é evitar ou dificultar, por todos os meios possíveis, o contato dos filhos com o outro cônjuge. No entanto, os pais ou responsáveis não percebem que o direito à convivência familiar é direito fundamental previsto não apenas na CF/1988 e no ECA, mas também na Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) (SOUZA, 2014, p. 128).

As atitudes do alienante iniciam-se quando surge a separação, pois junto dela emanam sentimentos de rancor, mágoa e rejeição. Assim, não raramente, as investidas denegatórias são conscientes, pois há intenção de prejudicar o antigo companheiro. Entretanto, o alienante não percebe que ao tentar afetar o ex-cônjuge a maior vítima são os filhos, que perdem o laço afetivo com o pai. Não se compreende que ao afastar um pai de um filho, deprecia-se o direito, primeiramente, das crianças e adolescentes.

Logo, o genitor alienante usa das mais variadas e criativas formas para afastar o filho do outro genitor, fazendo com que pouco a pouco a criança não se sinta mais a vontade na companhia do alienado. Por vezes o alienante pode agir na intenção de afastar pai e filho, como se fosse um ato de escolha: ou mantêm-se o relacionamento e os filhos ou nada se tem. Também pode acontecer de o relacionamento entre o casal não ter sido bom para os companheiros e haja de fato um receio de que a aproximação de pai e filho não será positiva para a criança.

As ações do genitor alienante podem ser as mais inocentes e inofensivas num primeiro momento, dificultando o diagnóstico de alienação parental. Quando a mãe apresenta um novo companheiro para o filho e diz que ele é o novo pai da criança ou do adolescente, assim como quando interceptam cartas, e-mails, telefonemas já estão sendo burlada a intimidade de pai e filho. Atitudes como estas podem ter um caráter protetor, mas dependendo de como são abordadas podem caracterizar alienação parental (TRINDADE, 2013).

Percebe-se que a interferência do Poder Legislativo e Judiciário nos conflitos familiares é de extrema importância, uma vez que os pais, ao romperem o relacionamento entre si, automaticamente excluem do cotidiano dos filhos aquele que não é detentor da guarda. Infelizmente, esta situação nem sempre é imposta

apenas pelo genitor guardião, pois o pai que não é guardião acredita que se cumprirem os horários de visitação já estará cumprindo o “papel de pai”.

Não raro, após o desenlace, os pais – e muitas vezes os operadores do direito – esquecem-se de que, mesmo que a guarda seja exercida unilateralmente, o poder familiar cabe a ambos os genitores, casados ou não. É comum assistirmos a um verdadeiro vilipêndio da essência do poder familiar quando o guardião monopoliza em suas mãos as decisões que dizem respeito à vida dos filhos, recusando a participação do não guardião nessa tarefa (SOUZA, 2012, p. 7, grifo nosso).

Costumeiramente ocorre uma confusão entre guarda e poder familiar, deixando o processo de separação ainda mais difícil. Muitas vezes os pais entendem que por não receber a guarda dos filhos, não têm responsabilidades com estes, deixando a tarefa de educar a cargo da mãe – que normalmente é nomeada como guardiã. Assim, a alienação também pode se dar pelo genitor não guardião, que faz o papel de “bom pai”, deixando a criança fazer o que quer, dizendo que a mãe é má por não permitir determinadas atitudes e delegar tarefas.

A missão de educar os filhos deve ser desempenhada por ambos os pais, ainda que separados. Para que isso seja possível é imprescindível haver diálogo entre os genitores, afinal “[...] no cenário da organização familiar moderna não há mais lugar para o genitor espectador, visitante de finais de semana, pagador de pensão alimentícia e fiscal do guardião. Mesmo depois da separação, a criação dos filhos é peça a ser tocada por quatro mãos” (SOUZA, 2012, p. 8).

## **2.8 CONSEQUÊNCIAS PARA AS CRIANÇAS ALIENADAS**

De acordo com Madaleno e Madaleno (2013, p. 53) “o modo como os pais enfrentam um processo de divórcio ou dissolução de sua união é determinante para verificar como seus filhos se comportarão no futuro [...]”. Logo, passado o desgosto da separação, se os pais retomam sua rotina, demonstrando naturalidade aos filhos, estes entendem que o afastamento do lar de um dos genitores é normal e não afetará sua vida e seus sentimentos para com os filhos.

Entretanto, se os pais evidenciam aos filhos o aborrecimento que estão sentindo um pelo outro, esses entendem que alguém é culpado por aquilo que está acontecendo. Neste contexto, podem os filhos passar acusar um dos genitores de ter abandonado o lar, afastando-se dele em solidariedade àquele que permanece em casa. Não obstante, pode a criança ou o adolescente sentir-se culpado,

desencadeando uma série de transtornos, como depressão, ansiedade e perda da autoestima.

Para suportar o ambiente conturbado que se instaurou entre os pais, esses filhos aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos para decifrar o ambiente emocional, aprendem a falar apenas uma parte da verdade e a demonstrar falsas emoções (PODEVYIN, 2001). Ademais, “se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com as preocupações próprias da idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental” (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 54).

Assim, para que a separação não deixe cicatrizes irreversíveis no relacionamento de pais e filhos e na própria personalidade destes, deve os genitores manter os filhos longe dos desentendimentos advindos do divórcio, afinal a separação deve ser entre os pais e não para com os filhos.

## **2.9 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 12.318/2010**

Em 07 de outubro de 2008 foi apresentado no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.053/2008, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, do Partido Social Cristão (PSC), dispondo sobre a Alienação Parental. Este projeto tramitou na Comissão de Seguridade Social e Família, tendo parecer favorável, e após o substitutivo<sup>1</sup> da deputada Maria do Rosário, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania foi aprovado no Senado. Posteriormente, o projeto seguiu para aprovação do então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sendo sancionada em 26 de agosto de 2010 a agora Lei nº12.318/2010, Lei da Alienação Parental.

Em agosto de 2010 o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva aprovou o texto, vetando, no entanto, dois artigos por recomendação do Ministério da Justiça. Com a Lei consolidou-se o instituto da guarda compartilhada como a melhor forma de dirimir conflitos familiares, além de garantir aos filhos viver com equidade tanto com família da mãe como também com a família do pai.

## **2.10 TRANSCRIÇÃO E ANÁLISE DA LEI Nº 12.318/2010**

A redação da Lei é composta de onze artigos (sendo dois vetados) e estabelece o que é alienação parental. O artigo 1º institui: “esta Lei dispõe sobre a alienação parental”. Assim como ocorreu com a Lei da Guarda Compartilhada, em que, na verdade, apenas houve um resgate do conceito originário de Poder Familiar, a fim de romper com os vícios decorrentes de má interpretação da Guarda Unilateral, mas que surtiu efeito nas relações paterno-filiais acreditamos que a Lei da Alienação Parental, além de oficialmente assinalar a população em geral, inclusive aos operadores, a existência desta síndrome e formas de combatê-la, também promoverá grande impacto jurídico-social.

Logo, a disposição de Lei específica sobre a temática traz não somente repercussão no meio jurídico, mas também no social, visto que muitas pessoas não conhecem o que se encontra “dentro” de cada lei. Porém, ao se falar em “Lei da Alienação Parental”, o assunto entra em pauta nos meios de comunicação e nos debates sociais.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo Único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz, ou constatados por perícia, praticados diretamente com o auxílio de terceiros:

I- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II- dificultar o exercício da autoridade parental;

III- dificultar contato de criança ou adolescente com o genitor;

IV- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a

dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

Portanto, a doutrina aponta que não só os genitores podem ser os agentes passivos ao ato de alienação parental, mas também os avós. É de grande valia a maneira como o legislador abordou o artigo em questão, pois deixou o rol em aberto, o que propicia ao magistrado observar a particularidade de cada caso. O artigo 4º da reportada Lei diz respeito a normas processuais, devendo o processo tramitar em regime de urgência devido à sua dificuldade de reversão. Ademais, o legislador optou por deixar facultativa a propositura em ação própria ou incidental, caso já exista algum processo conexo.

Foi o parágrafo único concebido para debater os efeitos produzidos pelas falsas denúncias de abuso sexual contra um dos genitores, que de ordinário levavam o Judiciário a determinar a interrupção da convivência do acusado com a suposta vítima. Doravante, terá o magistrado de assegurá-la, no mínimo na presença de terceiros, a menos que haja ou sobrevenha laudo elaborado por profissional especializado [...] atestando sua nocividade (NADU, 2010)

Por conseguinte, a Lei da Alienação Parental busca garantir que as relações pai-filho não sejam prejudicadas, exceto quando há provas do prejuízo causado às crianças e adolescentes. Para evitar as interferências do genitor alienante, é conveniente mantê-lo afastado no momento da visita, evitando que o mesmo influencie o infante a reprovar as atitudes do genitor visitador.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá o prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em

justificativa circunstanciada (BRASIL, 2010).

É tarefa difícil identificar os atos de alienação parental e, justamente pela complexidade necessária na sua elaboração, essa empreitada deve ser delegada a quem tem conhecimento, necessitando o magistrado desse auxílio técnico para compreender e interpretar os fatos que estão envolvidos no litígio.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III – estipular multa ao alienador;
- IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V- determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução a convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (BRASIL, 2010).

Observando-se o dispositivo legal do artigo 6º da Lei da Alienação Parental, deve o magistrado analisar a gravidade dos atos praticados, elencando uma série de sanções – que fazem parte de um rol exemplificativo – de níveis distintos. Assim como ocorre na Justiça do Trabalho, onde o empregador deve ser proporcional ao aplicar penalidades ao empregado, também deve o juiz perpetrar nas ações do genitor alienador.

As variações de penalidades apresentadas pelo art. 6º demonstram que a intenção central não é a punição, mas sim o cessar dos atos de alienação parental. Isto é, nos casos menos gravosos, não há necessidade de imediatamente o juiz fixar

multa ou alteração da guarda, que são medidas mais extremas; pode o mesmo tão somente advertir o alienador ou determinar acompanhamento psicológico e biopsicossocial.

Estabelece ainda o “art. 7º A distribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferencia ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada” (BRASIL, 2010).

Esta regra ratifica o artigo 1.584, § 2º do Código Civil<sup>9</sup>, sendo a guarda compartilhada a recomendada, e, não sendo possível sua manutenção, deverá ser o titular a guarda unilateral o genitor, que melhor proporcionar convivência com aquele que não detêm a guarda.

Preceitua o art. 8º: “A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial”. Em virtude disso, em regra, a competência para ações de interesse das crianças e adolescentes é o domicílio do detentor da guarda, conforme Súmula 383 do STJ<sup>10</sup>.

O art. 8.º da Lei da Alienação Parental parece contrariar toda a estrutura processual sobre o foro competente ser o do menor, inclusive com recente súmula do STJ nesse sentido. Entretanto, em uma leitura mais atenta, nota-se que a “alteração de domicílio” seria aquela decorrente da prática da alienação parental, principalmente quando já proposta a ação. O presente artigo deve ser interpretado de forma sistemática com o inciso VI do art. 6.º desta lei, que permite ao juiz, caracterizados os atos típicos de alienação parental, “determinar a fixação cautelar do domicílio da criança e do adolescente” (FREITAS, 2014, p. 50).

O artigo 9.º da Lei da Alienação Parental foi vetado, porém o seu texto previa:

As partes por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1.º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2.º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental (BRASIL, 2010).

As razões do veto foram as seguintes:

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Ademais, o dispositivo contraria a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável (BRASIL, 2010).

O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto.

## **2.11 GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE REDUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Guarda é uma atribuição do poder familiar e, também, um dos aspectos mais importantes dos efeitos do divórcio de um casal. Até a ruptura do relacionamento do casal a guarda é exercida pelos companheiros com relação aos filhos, porém, com a dissolução conjugal, os pais precisam acordar com quem ficará a guarda dos filhos, cabendo ao outro direito de visitas ou ela pode ser realizada de maneira compartilhada.

Para determinar o detentor da guarda [unilateral], existe uma série de circunstâncias a serem verificadas, como aquelas que dizem respeito à comodidade do lar, ao acompanhamento pessoal, a disponibilidade de tempo, ao ambiente social onde permanecerão os filhos, às companhias, à convivência com outros parentes, à maior presença do progenitor, aos cuidados básicos, como educação, alimentação, vestuário, recreação, saúde (esta não apenas curativa, mas principalmente preventiva); ainda, quanto às características psicológicas do genitor, seu equilíbrio, autocontrole, costumes, hábitos, companhias, dedicação para com o filho, entre diversas outras (RIZZARDO, 2004, p. 334).

Comumente ocorre nos casos de guarda unilateral, de a mãe ser a guardiã e o pai contenta-se com o simples direito de visitas nas datas estipuladas. Entretanto, não é possível exercer a paternidade em tão poucos momentos, afinal o desenvolvimento dos filhos não espera o dia determinado para a visita. A guarda

compartilhada é uma solução para esta problemática, vez que nesta modalidade não há fixação de um guardião, ambos os genitores são detentores do poder familiar.

Com relação à alienação parental, a guarda compartilhada é uma solução, vez que para que seja possível exercer este tipo de guarda, os pais precisam manter um contato sadio e saber diferenciar a separação conjugal e do relacionamento com os filhos: não existe “ex-pai, ex-mãe”.

Guarda compartilhada é compreender que para o bem dos filhos, devem os genitores esquecer as desavenças surgidas na separação e fazer o melhor por aqueles que são os destinatários de tanto amor e disputa. Se para amar é preciso dividir, devem os pais escolher sempre o amor dobrado, que é dado por cada um dos pais, sem exigir uma escolha dos pequenos.

## **2.12 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Os atos de alienação parental ferem os direitos fundamentais das crianças e adolescentes e, em decorrência destes atos, efetiva-se um abuso moral.

O artigo 73 do Estatuto da Criança e do Adolescente definiu que “a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei” (BRASIL, 1990).

Neste sentido, deve haver uma sensibilidade do Poder Judiciário para não comercializar o amor dos pais para com os filhos. A responsabilidade civil pelo abandono afetivo é um instrumento jurídico existente e eficaz, mas não pode criar um interesse maior do que o afeto. Logo, as indenizações são possíveis e devem ocorrer, mas é necessário cautela para que não se torne um negócio lucrativo o não afeto dos genitores para com sua prole.

## **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As crianças e adolescentes têm sido vítimas deste mal sem ao menos conhecê-lo. Muitos pais e mães sequer percebem que estão sendo vítimas ou

alienadores, por tão somente entender ser normal em determinadas atitudes. Portanto, o tema gera grande impacto, afinal somente conhecendo-o é possível evitá-lo, combatê-lo e remediá-lo. Com este mesmo intuito, existem movimentos, os quais há anos lutam pela institucionalização – de fato, da guarda compartilhada, da diminuição dos atos de alienação parental e quaisquer outras prejudiciais aos direitos das crianças e adolescentes.

O fato de um pai distanciar-se de um filho pode ter diversos motivos, dentre eles a alienação parental ou o simples desamor. A jurisprudência já se manifestou e se tem entendido que é possível a responsabilidade civil decorrente da alienação parental. Logo, percebe-se que a matéria gera discussão nas mais variadas formas e aspectos do direito, pois também tem sido usada a alienação parental como matéria de defesa nos casos de abuso sexual. É importante que os operadores do direito conheçam este instituto, sob pena de não cumprirem sua principal missão, que é perpetuar a justiça.

Em regra, estes movimentos são iniciativa de pais e mães separados que na ânsia de reestruturar os laços afetivos com seus filhos, uniram-se uns aos outros para promover ações em prol dos infantes. Com o auxílio destes movimentos, é que surgiram leis como a da Alienação Parental e da Guarda Compartilhada. Assim, tais associações têm colaborado na propagação de informações sobre estes atos, publicam livros, produzem documentários e dão suporte às vítimas destes conflitos familiares.

Por fim, dada a riqueza de informações e estudos sobre a alienação parental, conclui-se que o presente trabalho não esgotou todas as fontes existentes sobre o assunto. Não obstante, não foi possível discutir aprofundadamente diversos temas, porém o leitor terá dimensão da importância de conhecer a problemática e instigá-lo a continuar pesquisando sobre o tema.

Os direitos das crianças e adolescentes são encantadores, e facilmente fascinam e instigam sua defesa. Por outro lado, é muito frustrante quando se percebe que diversas vezes os mesmos são subtraídos dentro do próprio lar e por aqueles que deveriam ser seus maiores guardadores, os pais. Para intermediar estas lides, que cada vez com mais frequência tem sido levadas ao judiciário, o operador do direito -seja o magistrado, o advogado, ou o promotor de justiça-

precisa ser mais sensível ao fato de que muitas vezes o réu também é vítima dele mesmo.

Conseqüentemente, o vértice deve ser a preservação dos direitos das crianças e adolescentes, num primeiro momento, mas que tão logo sejam reestruturados os laços familiares. O operador do direito precisa compreender esta sistemática multidisciplinar e ter olhos de psicólogo, assistente social, juiz, criança, para dar o melhor parecer possível. Vale lembrar que nenhuma sentença mudará sentimentos, mas sim fatos isolados. A alienação parental precisa de reeducação dos pais e dos filhos, para que aprendam novamente a amar uns aos outros e este é um desafio ao Judiciário.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL, Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: . Acesso em: 28 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 05 jun. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: Acesso em: 08 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Dispõe sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2006. Disponível em: Acesso em: 06 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2008. Disponível em: Acesso em: 16 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 12.013, de 06 de agosto de 2009. Altera o art. 12 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, determinando às instituições de ensino obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos. Disponível em: . Acesso em: 14 ago. 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: de acordo com a Lei 10.406, de 10.01.2002**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Viviane Aparecida Liz da Silva. **O princípio do livre convencimento motivado**. São Miguel do Oeste: UNIEDU, 2010. Disponível em: Acesso em: 22 out. 2010.

SILVA, Paulo Lins e. **O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 353-363.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

## DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: A MAIS RECENTE E INOVADORA CATEGORIA DE INDENIZAÇÃO CIVIL PELO PREJUÍZO DO TEMPO DESPERDIÇADO

Waleska Vidal Lopes<sup>1</sup>  
Valberto Alves de Azevedo Filho<sup>2</sup>

**RESUMO:** Algumas situações corriqueiras vivenciadas pelo consumidor, como esperar por longo período por atendimento na fila do banco, ou esperar por horas na linha telefônica tentando cancelar os serviços de TV por assinatura ou serviço de telefonia móvel, entre outras, são situações intoleráveis e que causam um determinado prejuízo: a perda do tempo, que poderia ser destinado ao convívio familiar, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, etc. Esse mau atendimento a que os consumidores são submetidos diariamente, gera um desvio involuntário deste valioso tempo destinado a atividades desejadas, tendo os consumidores que suportar um dano, denominado de desvio produtivo do consumidor. O presente artigo analisará a possibilidade de reconhecimento deste dano temporal suportado pelos consumidores brasileiros e seu consequente ressarcimento, através argumentos doutrinários e jurisprudenciais que corroborem a sua natureza jurídica, baseado na tese *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*, do advogado capixaba Marcos Dessaune, teoria reconhecida pelos diversos Tribunais, gerando uma mudança jurisprudencial a favor do consumidor, assim considerada a parte hipossuficiente da relação de consumo.

Palavras-chave: tempo perdido; desvio produtivo; reconhecimento; indenização.

**ABSTRACT:** Some common situations experienced by the consumer, such as waiting for long periods of service in the queue of the bank, or waiting for hours on the telephone line trying to cancel the TV services by subscription or mobile phone service, among others, are intolerable situations that cause a certain injury: the loss of time, which could be destined for family life, work, rest, leisure, etc. This poor service to which consumers are subjected daily, generates an involuntary deviation of this valuable time destined to desired activities, with consumers who bear a damage, called the productive deviation of the consumer. This article will analyze the possibility of recognizing this temporal damage supported by Brazilian consumers and their consequent reimbursement, through Doctrinarian and jurisprudential arguments that corroborate their legal nature, based on the thesis *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*, from the capixaba lawyer Marcos Dessaune, a theory recognized by the various courts, generating a jurisprudential change in favor of the consumer, considered the hipossufficient part of the consumer relationship.

Key words: lost time; productive deviation; recognition; indemnity.

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

## **1 INTRODUÇÃO**

Algumas situações corriqueiras vivenciadas pelo consumidor, como esperar por longo período por atendimento na fila do banco, ou esperar por horas na linha telefônica tentando cancelar os serviços de TV por assinatura contratado ou serviço de telefonia móvel; tentar frustrada mente por inúmeras vezes, reaver o valor cobrado indevidamente na conta telefônica; esperar além do tempo estabelecido em lei o conserto de um produto adquirido e, ter seu pedido de troca por outro ou a devolução da quantia paga negados, são situações intoleráveis e que causam um determinado prejuízo: a perda do tempo, que poderia ser destinado ao convívio familiar, ao descanso, ao trabalho, ao lazer, entre outras coisas.

Nas diversas ocasiões de mau atendimento que os fornecedores submetem os consumidores diariamente, ocorre um desvio involuntário deste valioso tempo destinado a atividades desejadas, e com isso fica a cargo dos consumidores suportar um dano, denominado usualmente de dano temporal, de perda do tempo ou de desvio produtivo do consumidor.

Apesar de se tratar de um evidente prejuízo, a doutrina e a jurisprudência, usualmente resistem em reconhecer o ressarcimento do dano temporal e consideram tratar-se de um ‘mero dissabor’ ou ‘aborrecimento inevitável’, o tempo desperdiçado pelos consumidores nas situações acima tratadas.

Diante de tais circunstâncias, o presente trabalho tem a intenção de estudar a possibilidade de reconhecimento, pela jurisprudência e pela doutrina, deste recente dano temporal suportado pelos consumidores em geral, bem como seu consequente ressarcimento, abordando a importância do tempo em nossas vidas, buscando argumentos doutrinários e jurisprudenciais que corroborem a sua natureza jurídica e conseqüentemente a possibilidade de seu ressarcimento.

Além disso, o presente artigo terá por base a tese *“Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada”*, do advogado capixaba Marcos Dessaune e como tal tese vem sido adotada pelos diversos Tribunais, gerando uma mudança jurisprudencial a favor do consumidor, assim considerada a parte hipossuficiente da relação de consumo, promovendo uma maior aplicabilidade e efetividade da justificativa de desvio produtivo nas mais diversas situações. Assim define o autor em sua obra:

O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências — de uma atividade necessária ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável. (DESSAUNE, 2017)

A teoria elaborada aborda ainda a existência de um dano extrapatrimonial e que tal dano ocorre em razão da resistência por parte do fornecedor de tentar resolver, de forma espontânea, célere e efetiva, um potencial problema de consumo ou problema efetivamente lesivo que o próprio fornecedor gerou, e em consequência de tal resistência, o consumidor, considerado parte carente e vulnerável da relação de consumo, é levado a tentar solucioná-lo, desperdiçando assim o seu tempo vital, alterando as suas atividades cotidianas, assim consideradas pelo autor da teoria, como um bem de interesses existenciais constitucionalmente protegidos, e por outro norte a desídia por parte do fornecedor que enriquece, sem justa causa, à custa das práticas abusivas impostas ao consumidor vulnerável.

A realidade latente é que inúmeros fornecedores, descumprindo seus deveres legais frequentemente infringem a lei, e se utilizam de diversas justificativas ou artifícios a fim de se esquivar de solucionar o problema criado, dentro de um prazo razoável e que atenda a necessidade do consumidor, e tal conduta provoca o surgimento de um dano de consumo e que enseja a sua responsabilização civil de sanar o dano ou indenizar o consumidor.

Esse comportamento do fornecedor, bem como sua prática abusiva, fere direitos básicos do consumidor assegurados pela Lei 8.078 de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), conforme segue:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

...

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

...

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Anteriormente configurado como mero aborrecimento pelos tribunais, o tempo dispendido pelo consumidor na tentativa de solucionar um problema de consumo vem sendo considerado passível de indenização, ao se observar os mais recentes acórdãos neste sentido, representando uma nova abordagem jurisprudencial sobre o assunto, a exemplo de desembargadores que já utilizaram o termo “desvio produtivo” nos seus julgados para justificar a reparação moral do consumidor, nos casos de demora em fila de banco e nos casos de devolução de parcelas pagas em cursos, corroborando uma possível tendência de que os julgados promovam a responsabilização do fornecedor pelo tempo gasto pelo consumidor para resolver problemas de consumo que eles mesmos causaram.

Por fim, será realizado um levantamento de acórdãos recentes de Tribunais que já aceitam a tese do “desvio produtivo”, corroborando uma nova tendência de responsabilização do fornecedor e em favor do consumidor.

## **2 O TEMPO E SUA IMPORTÂNCIA NA VIDA HUMANA**

A teoria tratada neste artigo tem por fundamento o tempo, e mais do que isso, de um desperdício de tempo indevido e intolerável. Deste modo, sendo o tempo o elemento norteador do presente artigo, faz-se necessário uma breve conceituação do tempo.

O escritor e advogado Marcos Dessaune, aborda em sua obra, *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*, interessantes considerações do astrônomo e escritor Ronaldo Mourão que distingue o “tempo físico” do “tempo subjetivo”. O primeiro, oriundo da palavra grega *chrónos*, representando o tempo do relógio, uma entidade objetiva que independe de nós, que pode ser considerada uniforme e que estabelece o ritmo de nossas vidas”; e o segundo termo, originário do latim, da palavra *tempus*, considerado o tempo da consciência, uma entidade subjetiva não uniforme, “que possui fluidez variável e que se utiliza para medir o tempo psicológico em nosso interior”. De acordo com o autor, para Mourão (*apud* DESSAUNE, 2017), “o tempo é o suporte implícito de todo pensamento de gênese, de origem, de história e de destino. Ele é o principal responsável pelas inquietações da vida humana”.

Compartilhando deste mesmo pensamento, o filósofo francês Bernard Piettre

(1997) também afirma que toda preocupação existencial está sob domínio do tempo, uma vez que o homem não tendo consciência do tempo, sem a consciência de sua finitude, o mesmo não teria qualquer noção de passado, e com isso, nenhum remorso ou nostalgia, e sequer apresentaria consciência do futuro, logo nenhuma angústia ou esperança.

Na Itália Contemporânea, o sociólogo italiano Domenico De Masi aprofunda-se na questão do tempo livre no qual surge o ócio criativo, e assim define:

Tempo livre significa viagem, cultura, erotismo, estética, repouso, esporte, ginástica, meditação e reflexão. Significa, antes de tudo, nos exercitarmos em descobrir quantas coisas podemos fazer, desde hoje, no nosso tempo disponível, sem gastar um tostão: passear sozinho com os amigos, ir à praia, (...). Em suma, dar sentido às coisas de todo o dia, em geral lindas, sempre iguais e sempre diversas, que infelizmente são depreciadas pelo uso cotidiano (...) A pedagogia do ócio também tem a sua ética, a sua estética, sua dinâmica e suas técnicas. O ócio requer uma escolha atenta aos lugares justos: para se repousar, para se distrair e se divertir. Portanto é preciso ensinar aos jovens não só como se virar nos meandros do trabalho, mas também pelos meandros dos vários possíveis lazeres. Significa ensinar como se evita a alienação que pode ser provocada pelo tempo vago, tão perigosa quanto a alienação derivada do trabalho (DE MASI, 2000).

Outro interessante conceito de tempo, ainda na obra de Dessaune, é o elaborado pela física sueca Bodil Jönsson (*apud* DESAUNE, 2017), na qual aduz: “quando o homem criador começou a rodear-se cada vez mais de técnica, condenou-se a levar uma existência na qual não é mais dono de seu tempo”. A física defende que o padrão ouro da vida é o tempo, e que é o tempo e não o dinheiro, o “capital que possuímos passível de ser convertido em dinheiro, em relações humanas, em interação com o meio ambiente, em conhecimento, em aprofundamento de sentimentos e, por conseguinte, o maior e mais valioso capital do homem”.

Desta forma, sendo o tempo o principal, maior e mais valioso capital do homem, Jönsson (*apud* DESSAUNE, 2017) assinala que “não é justo nem digno, sob um ponto de vista humano, aceitar que o tempo seja transformado em um bem sempre em falta, tal como o encaramos”.

## 2.1 TEMPO COMO BEM JURÍDICO

Para o Direito, a noção de bem possui uma funcionalidade singular, que de acordo com o professor Pablo Stolze (2013) está intrinsecamente atrelada à busca de realização dos sonhos do ser humano, que persegue a conquista de bens, patrimoniais ou não, durante toda a sua existência. Por esse prisma, emerge a noção da necessidade de se tutelar os valores maiores da vida, conforme asseverar o doutrinador Paulo José Costa Jr.:

É sobre o bem jurídico que se assenta a elaboração dos modelos legais que, em última análise, se revelam como técnica penal de proteção aos mais elevados valores, indispensável ao bom convívio social. Os fatos da vida só são tipificados em lei porque atentam contra estes bens, ou valores, aos quais uma dada coletividade, num determinado período, reconhece como sendo da maior importância e significação (COSTA JR. *apud* DESSAUNE, 2017).

O bem jurídico pode ser material ou imaterial, objeto de um direito. Assevera Pablo Stolze (2013) que “todo bem econômico é um bem jurídico, mas a recíproca, definitivamente não é verdadeira, tendo em vista que há bens jurídicos que não podem ser avaliáveis pecuniariamente”, assim tidos os bens imateriais tais como a vida, a saúde, a honra, a imagem, a dignidade e até mesmo o tempo.

O tempo que conhecemos possui um grande significado e valor, que não devem passar de maneira indiferente ao jurista do século XXI. Durante anos, a doutrina, notadamente a que estuda a responsabilidade civil, não percebeu a importância do tempo como um bem jurídico passível de tutela. As demandas da contemporaneidade demonstram situações de flagrante agressão ao uso do tempo livre, em favor do interesse econômico ou ainda, da simples conveniência negocial de um terceiro.

Não obstante as já consolidadas figuras jurídicas: contratos, família, propriedade, posse, empresa; o tempo surge, como figura jurídica, e logo, passa a possuir natureza jurídica.

A fim de se definir a natureza jurídica do tempo, necessário é considerá-lo, conforme preleciona Pablo Stolze (2013), em uma dupla perspectiva, qual seja, a dinâmica e a estática. A perspectiva mais difundida, a dinâmica, considera o tempo

como um fato jurídico em sentido estrito ordinário, um acontecimento natural, representado pelo decurso do tempo e apto a surtir efeitos na órbita do Direito. Podemos tomar o exemplo de Stolze (2013) em seu artigo *Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo*, de uma tempestade em alto-mar, um fato da natureza estranho ao Direito. Entretanto, se tal tempestade ocorre em zona urbana e causa graves prejuízos a um determinado bem, objeto de um contrato de seguro, o fato deixa de ser um fato natural e passa então a ser considerado um fato jurídico qualificado pelo Direito, uma vez que gerará efeitos obrigacionais entre o proprietário e a companhia seguradora, devedora da indenização estipulada pelo advento de um fato da natureza.

Na perspectiva denominada estática, Stolze (2013) considera o tempo como um relevante bem, passível de proteção jurídica, que vem recebendo importância por parte da doutrina, especialmente no âmbito do Direito do Consumidor. Dessa forma, segundo o autor, diante de sua importância, o tempo pode ser considerado um bem passível de indiscutível tutela, isto é, um bem jurídico.

Em síntese, percebe-se que a noção de bem jurídico está intrinsecamente ligada à uma noção de valor decorrente das necessidades do homem e oriundas da experiência concreta da vida, conforme preleções do professor Luiz Regis Prado (*apud* TEIXEIRA, 2015), de modo que somente se atribui valor a alguma coisa na medida em que esta pode satisfazer uma necessidade humana, uma vez que a necessidade gera valor.

Seria possível, desta forma, denominar o tempo como um bem jurídico, uma vez que se trata de um bem intangível, que não se pode parar ou tampouco reverter. Marcos Dessaune (2017), em sua já citada obra, trata o tempo como um recurso produtivo escasso e por este modo, se revela como o bem mais valioso de que a pessoa dispõe em sua vida, que ao lado das competências (conjunto de conhecimentos ou saber, habilidades ou saber-fazer e atitudes ou saber-ser), se apresenta como um dos recursos produtivos escassos de que dispõe o consumidor em suas relações de troca com o fornecedor.

Diante do exposto, inobstante inexistir disposição expressa, podemos considerar a possibilidade de reconhecimento do tempo como um bem passível de tutela e, conseqüentemente o dever de reparar o dano causado a ser atribuído para aquele que eventualmente o lesar.

### **3 FORNECEDOR E CONSUMIDOR: A DICOTOMIA DE SUAS RELAÇÕES**

As inúmeras situações de atendimento a que o consumidor vem sofrendo nos leva a questionar a qualidade dos mesmos. Muitos profissionais e empresas, ao invés de atender o consumidor com qualidade e com observância na legislação, corriqueiramente submetem o consumidor a situações de mau atendimento, situação evidenciada quando o fornecedor em desacordo com a lei e descumprindo sua missão, fornece ao consumidor um produto defeituoso ou utiliza práticas abusivas, gerando insatisfação ou algum tipo de prejuízo ao consumidor.

Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação da perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamento em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade. O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação dos obrigados morosos, na grande maioria das vezes, pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento de seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente veem os consumidores como meros números de sua contabilidade. (ANDRADE *apud* MIOLA, 2017).

Independentemente da causa, o mau atendimento por parte do fornecedor de fato concorre para o que Dessaune denominou de “problema de consumo potencial ou efetivamente danoso”, um problema que não foi causado pelo consumidor, que não é de sua responsabilidade e um problema que por lei não deveria existir, frustrando assim, as expectativas desse consumidor.

Inobstante os meios criados pelos fornecedores para reclamações do consumidor, como os SAC’s e outros, nem sempre a solução do problema reclamado pode ser imediata, e muitos fornecedores, mesmo conscientes de situações potencial ou efetivamente danosas ao consumidor, se esquivam de se responsabilizar pelos problemas que criaram, transferindo para o consumidor - muitos deles desinformados, acomodados, ou com receio de sofrer represálias, ou até mesmo céticos – o custo temporal, operacional e material de sanar tais problemas.

Embora o CDC estabeleça os deveres do fornecedor, a exemplo de colocar no mercado de consumo, produtos e serviços com padrões de qualidade e segurança, com as devidas informações claras e necessárias ao consumidor; o de sanar os vícios que seus produtos ou serviços apresentem, entre outros, o que se observa é um profundo desrespeito à legislação quando se observa as inúmeras situações nocivas ao consumidor, exemplificadas a seguir, além de outras inúmeras situações, frequentemente noticiadas:

- Enfrentar longas filas em banco por tempo superior ao tempo razoável determinado em lei local, com caixas insuficientes para atendimento ao público;
- As delongas ao tentar falar com o SAC de um fornecedor ao telefone para cancelar um serviço ou uma cobrança indesejada, cujo procedimento é transferir o consumidor de um atendente para outro de modo a forçar o mesmo a repetir sua história à exaustão;
- A obrigatoriedade de permanecer indefinidamente em casa, à espera de um técnico para realizar um serviço que não pode ser resolvido por telefone, ou até mesmo para reparar um serviço anterior;

De acordo com Marcos Dessaune, muito embora a responsabilidade objetiva seja a regra no Direito do Consumidor, há uma certa subversão da ordem jurídica:

*(...) uma observação casuística das relações de consumo indica a existência de uma relação direta entre o domínio do conhecimento, o poder econômico e a intenção de certos fornecedores em se comportar de modo desleal, não cooperativo e danoso no mercado de consumo. Ou seja, *um exame empírico dessas relações sugere que, quanto maiores são o domínio do conhecimento e o poder econômico de um dado fornecedor, maior parece ser a intencionalidade dele na subversão da ordem jurídica para se beneficiar economicamente de problemas de consumo* (grifo do autor). (DESSAUNE, 2017).*

As consequências de tais considerações são amplamente observadas ao analisar dados do Ministério da Justiça, no Boletim SINDEC, no qual assinala que no ano de 2017 foram realizadas 2.287.459 (dois milhões, duzentos e oitenta sete mil e quatrocentos e cinquenta e nove) atendimentos pelo PROCON, envolvendo reclamações e denúncias. Na tabela abaixo, pode-se observar que as cinco atividades econômicas mais reclamadas em todo o território nacional são exercidas

por grandes fornecedores de telefonia celular e fixa, de cartões de crédito, de banco comercial e de energia elétrica.

O boletim revela que somente essas cinco empresas foram responsáveis por 909.307 das 2.287.459 reclamações feitas pelos consumidores no período em análise, demonstrando que apenas essas cinco grandes empresas foram responsáveis por 41,2% de todas as demandas registradas no ano de 2017, conforme se observa na tabela que segue:

Tabela 1: os assuntos e problemas mais demandados pelos consumidores nos Procons no ano de 2017.

Posição	Assunto	Quantidade	%
1º	Telefonia Celular	309.150	14,0%
2º	Telefonia Fixa	187.027	8,5%
3º	Cartão de Crédito	163.277	7,4%
4º	Banco comercial	141.562	6,4%
5º	Energia Elétrica	108.354	4,9%
6º	Aparelho Celular	107.883	4,9%
7º	TV por Assinatura	95.411	4,3%
8º	Financeira	73.588	3,3%
9º	Água / Esgoto	54.645	2,5%
10º	Móveis	43.027	1,9%
11º	Seguros (exceto Saúde)	42.821	1,9%
12º	Eletrodomésticos Linha Branca	39.588	1,8%
13º	Cartão de Loja	36.645	1,7%
14º	Internet (Serviços e Produtos)	31.364	1,4%
15º	Escola ( Pré, 1º, 2º Graus e Superior )	29.465	1,3%
16º	Plano de Saúde (Médico / Odontológico)	29.376	1,3%
17º	Vestuário (Calçados / Roupas / Acessórios)	27.158	1,2%
18º	Carros	22.585	1,0%
19º	Televisão / Aparelho DVD / Filmadora	22.185	1,0%
20º	Cursos Livres Outros	20.948	0,9%
	Demais Assuntos	623.893	28,2%
	<b>Total</b>	<b>2.209.952<sup>1</sup></b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Boletim Sindec 2017, Ministério da Justiça.

Vale destacar ainda, os cinco principais problemas mais reclamados pelos consumidores, apresentados pelo SINDEC em 2017:

Tabela 2: principais problemas reclamados em 2017.

Posição	Problema	Quantidade	%
1º	Problemas com Cobrança	901.972	40,8%
2º	Problemas com Contrato	366.094	16,6%
3º	Vício ou Má Qualidade de Produto ou Serviço	289.170	13,1%
4º	Problemas com SAC	195.194	8,8%
5º	Problemas Diversos com Produtos e Serviços	157.619	7,1%
	Demais Problemas	299.903	13,6%
	<b>Total</b>	<b>2.209.952</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Boletim Sindec 2017, Ministério da Justiça.

Tais dados, apenas corroboram o mau atendimento por parte dos

fornecedores e a comprovação da inobservância aos princípios estabelecidos no CDC, em seu artigo 4º que trata da Política Nacional de relações de Consumo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Aproximadamente a partir do ano de 2010, observou-se no âmbito jurisprudencial uma redução de valores das indenizações e até mesmo redução das condenações, abrindo precedentes para que em muitos casos, empresas fornecedoras provisionassem quantias com o intuito de pagar esses valores, inobstante inalterados seus procedimentos internos inadequados, e assim permanecem desrespeitando os consumidores.

Corroborando tais fatos, soma-se a constatação do escritor, advogado e professor, Bruno Miragem:

O estágio atual do direito do consumidor não consegue atender a contento o contingente das demandas de massa que chegam ao Poder Judiciário: o número de litígios envolvendo questões atinentes às relações de consumo revela um contingente de fornecedores, litigantes habituais, para os quais tornou-se vantajoso produzir danos individuais frente às atuais respostas em termos de procedência de ações e valores de condenação praticados pela jurisprudência (*apud* DESSAUNE, 2017).

Nessa perspectiva, é fácil depreender a intenção maliciosa desse tipo de conduta danosa praticada pelos fornecedores, condutas que até pouco tempo eram consideradas pelos tribunais como um “mero aborrecimento” ao consumidor. De acordo com Marcos Dessaune (2017) esse modo de “agir antijurídico e corriqueiro desses grandes fornecedores evidencia, a priori, uma prática abusiva que frequentemente ocasiona danos de massa a uma coletividade de consumidores vulneráveis que, contudo, sentirá seus efeitos individualmente”.

Vale destacar ainda o que preleciona Vitor Guglinsk (2012), em seu artigo *Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade*, no qual assevera que “para o empreendedor, tempo é dinheiro; para o consumidor, tempo é vida”.

#### **4 A RELAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E A PERDA DO TEMPO**

Segundo preleção de Marcos Dessaune (2017), o desperdício injusto do tempo, especificamente no direito do consumidor, é denominado de desvio produtivo do Consumidor e assevera que nas relações de troca com os consumidores, os fornecedores devem “contribuir para a existência digna, promover o bem-estar e possibilitar a realização humana do seu consumidor, bem como de eventuais empregados e sócios e da comunidade que o cerca, em função dos quais ele existe”.

Assim, no âmbito de uma perspectiva constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana, e infraconstitucional da busca do bem-estar da pessoa, bem como da defesa do consumidor, tem-se a figura do fornecedor como um ente que possui o dever legal de disponibilizar, no mercado de consumo, produtos e serviços com a observância de padrões adequados de qualidade, de segurança, de

desempenho e de durabilidade, tornando-se efetivamente úteis, esperando-se assim, que o fornecedor sempre aja de boa-fé e se responsabilize pelos danos já causados ou que possam causar ao consumidor.

Diante de tais argumentos depreende-se que o fornecedor tem o dever legal de atender às necessidades dos consumidores, com respeito a sua dignidade, sua segurança, contribuindo para a proteção de seus interesses econômicos e para a melhoria de sua qualidade de vida.

A situação se configura a partir do momento em que o fornecedor ciente de seus deveres e responsabilidades, transfere para o consumidor o ônus de suportar o custo temporal, operacional e material de sanar problemas que os mesmos criaram.

Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação da perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamento em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade. O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação dos obrigados morosos, na grande maioria das vezes, pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento de seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente veem os consumidores como meros números de sua contabilidade. (ANDRADE *apud* MIOLA, 2017).

Resta então o questionamento de como se legitimar de atitudes danosas, de como restaurar o tempo depreendido pelo consumidor ao tentar sanar os vícios de um produto adquirido ou de um serviço mal executado ou prestado - ainda que o Código de Defesa do Consumidor preconize que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo devam ter padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade, como se resguardar das práticas abusivas e nocivas a fim de que não seja configurado um “mero aborrecimento”? Pablo Stolze assevera que as referidas indagações devem ser tratadas à luz da teoria do desvio produtivo do consumidor:

Vale dizer, uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é situação geradora de

potencial dano, na perspectiva do princípio da função social (...) A perda de um turno ou de um dia inteiro de trabalho – ou até mesmo a privação do convívio com a nossa família – não ultrapassaria o limiar do mero percalço ou aborrecimento, ingressando na seara do dano indenizável, na perspectiva da função social? Em situações de comprovada gravidade, pensamos que esta tese é perfeitamente possível e atende ao aspecto, não apenas compensatório, mas também punitivo ou pedagógico da própria responsabilidade civil. (GAGLIANO, 2013).

De certo, não é tolerável que um terceiro, tenha esse condão de parar indevidamente o nosso tempo conforme sua conveniência. O que deve restar cristalino, de acordo com Pablo Stolze, é que nem toda situação de desperdício do tempo enseja a responsabilização por dano civil, pois deste modo estaríamos convertendo a vítima em algoz, à luz da teoria do abuso de direito. Assim “apenas o desperdício injusto e intolerável poderá justificar eventual reparação pelo dano material e moral sofrido, na perspectiva, como já dito, do superior princípio da função social” e finaliza que caberá destarte, à doutrina especializada e à própria jurisprudência, estabelecer “as balizas hermenêuticas da sua adequada aplicação” (GAGLIANO, 2013).

## **5. DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR**

Partindo da premissa de que a atual sociedade de consumo brasileira tem repetidamente despendido o seu tempo vital para enfrentar verdadeiras batalhas de consumo potencial, desviando assim suas atividades cotidianas, podemos aferir que se trata de um fenômeno socioeconômico que afeta diuturnamente a vida de um número considerável de consumidores no país, cujas consequências ultrapassam o mero dissabor ou aborrecimento.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor – que estabeleceu regras e princípios para regularização das relações de consumo esse fenômeno tem ganhado respaldo. Numa visão mais ampla, tal fenômeno origina-se no exato momento em que o fornecedor descumpra as regras estabelecidas e em razão disso acaba empregando práticas abusivas e fornecendo ao consumidor um produto com vício ou defeito ou um serviço insatisfatório, gerando um problema de consumo

potencialmente danoso e cuja responsabilidade lhe é atribuída pela própria legislação.

Ao omitir, dificultar ou recusar a resolução do problema primitivo em prazo compatível com a real necessidade do consumidor, o fornecedor gera para o consumidor duas novas alternativas de ação, que são indesejadas: assumir o prejuízo ou tentar, ele mesmo, solucionar a situação lesiva. (DESSAUNE, 2017).

Desse modo, o fornecedor restringe a possibilidade de escolha do consumidor e influencia a sua vontade. Conforme afirma Dessaune (2017) o consumidor induzido pelo fornecedor possa a tomar uma decisão “sob a influência inevitável de fatores incontroláveis, a renunciar a alguns de seus direitos especiais instituídos pelo CDC e a se submeter ao *modus solvendi* do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe”. A expressão *modus solvendi* foi criada pelo autor para designar a forma desidiosa de o fornecedor “solucionar” problemas de consumo que ele mesmo descreve como de potencial ou efetivamente danosos.

O consumidor, por sua vez, impelido por seu estado de carência e sua vulnerabilidade, emprega uma parcela de seu tempo vital para assumir deveres operacionais e custos materiais exclusivos do fornecedor, configurando o fenômeno que Marcos Dessaune denominou de “desvio produtivo do consumidor”.

Um dos fundamentos basilares de sua teoria está respaldada num dano extrapatrimonial de natureza existencial sofrido pelo consumidor, representada pela perda definitiva de parcela de seu tempo de vida, pela alteração nociva do seu cotidiano ou de seu projeto de vida e pela criação de um período de inatividade existencial em sua vida, evidenciando uma lesão antijurídica ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora, tutelados no âmbito do direito fundamental à vida (DESSAUNE, 2017).

Em sua obra citada alhures, o advogado capixaba argumenta a existência de duas lesões antijurídicas: a lesão antijurídica ao tempo – que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana, que caracteriza o dano moral; e a lesão antijurídica às atividades existenciais do consumidor, como um dano existencial e argumenta:

Ocorre que a vida, que dura certo tempo e nela se desenvolve, constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem;

consequentemente um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial, que, sendo certo, imediato e injusto, é indenizável *in re ipsa* (requisito obrigatório). (DESSAUNE, 2017).

Assim, resta claro a configuração do dano extrapatrimonial decorrente do desvio produtivo do consumidor, dano este de natureza indenizável *in re ipsa*, corroborado por Dessaune (2017):

O fornecedor, ao atender mal, criar um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso e se esquivar da responsabilidade de saná-lo espontânea, rápida e efetivamente, induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a incorrer em um dano extrapatrimonial de natureza existencial, que deve ser indenizado *in re ipsa* pelo fornecedor que o causou, independentemente da existência de culpa.

## **6. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E SUA ADOÇÃO PELOS TRIBUNAIS**

Conforme mencionado, o presente projeto visa abordar a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, elaborada pelo advogado e escritor capixaba, Marcelo Dessaune, que em sua obra, dissertou sobre o tempo desperdiçado e a vida alterada do consumidor que constantemente e diariamente sofre com o desrespeito e a resistência por parte do fornecedor em solucionar de maneira espontânea, rápida e efetiva um problema de consumo potencial ou efetivamente lesivo criada por ele próprio.

Em razão de tal resistência, o consumidor, parte hipossuficiente e vulnerável da relação de consumo, é levado a tentar solucionar um problema que ele não causou, desperdiçando assim o seu tempo vital, e alterando danosamente as suas atividades corriqueiras, consideradas um bem de interesses existenciais constitucionalmente protegidos, enquanto que o fornecedor faltoso presumidamente enriquece, sem justa causa, à custa dessa exploração abusiva do consumidor vulnerável.

Muito embora se trate de um inequívoco e inestimável prejuízo, a doutrina e a jurisprudência, de maneira geral, resistiam em reconhecer a possibilidade de ressarcimento do dano temporal, sob a alegação de tratar-se de um 'mero dissabor'

ou 'aborrecimento inevitável' no que tange o tempo desperdiçado pelos consumidores nas diversas situações cotidianas já apresentadas.

Marcos Dessaune ao criar sua teoria, e difundi-la na esfera jurídica, contribuiu para uma nova visão jurisprudencial, com a aplicação de sua teoria em diversos julgados de Tribunais, gerando uma mudança jurisprudencial a favor do consumidor, e seu conseqüente reconhecimento do tempo desperdiçado como de valor e de status de bem jurídico passível de indenização.

O tempo não é considerado um bem jurídico tangível e expressamente previsto na Constituição, entretanto, as decisões demonstram que o mesmo pode ser englobado na figura do dano moral. Dessaune (2017) explica, que a reparação pelo "desvio produtivo" não deve ser confundida com o "dano punitivo", como forma de punir a empresa e coibir novos casos para além da indenização. Explica ainda que, ao contrário da dor e do sofrimento abrangidos pela reparação moral, o tempo é mensurável, a exemplo de um registro de ligações aos serviços de atendimento ao consumidor, além da demonstração por parte do consumidor, que pode ser estimado através da inversão do ônus da prova em seu favor, fato já previsto pelo Código de Defesa do Consumidor.

O autor também desconsidera argumentos conservadores de que a aplicação de sua tese abriria precedente para um montante de ações e a conseqüente sobrecarga dos tribunais. "Se os fornecedores não cumprem a lei espontaneamente, só resta aos consumidores lesados fazerem valer seus direitos por intermédio dos Procons e do Poder Judiciário" (*apud* LELLIS, 2014). Acrescenta ainda que condenações morais mais elevadas podem impedir que novos casos se repitam, diminuindo, em oposição ao que se pensa, o número de demandas judiciais.

Em diversos julgados, os termos "perda de tempo" ou "dano temporal" vem sendo adotado para justificar o favorecimento de indenização ao consumidor por parte dos Tribunais.

Embasado neste fundamento, a 27ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou, no ano de 2014, uma rede de lojas a indenizar um consumidor, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em razão de defeito em um aparelho celular que lhe custou R\$ 246,90 (duzentos e quarenta e seis reais e noventa centavos). O aparelho apresentou defeito dois dias após a compra e a loja pretendia cobrar R\$ 60 (sessenta reais) pelo reparo. O consumidor, recorrendo à

Justiça que, em 1ª instância, considerou o tempo gasto um simples aborrecimento cotidiano. No TJ-RJ, entretanto, o entendimento se modificou a favor do consumidor:

APELAÇÃO CÍVEL–DIREITO DO CONSUMIDOR–AÇÃO SOB O RITO SUMÁRIO–COMPRA DE CELULAR–DEFEITO NO PRODUTO–RECUSA NA TROCA DO APARELHO – CONSTATAÇÃO DE DEFEITO NA FABRICAÇÃO - COBRANÇA DE TAXA PARA CONserto – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE CONDENOU AS RÉS À DEVOLUÇÃO SIMPLES DO VALOR DO APARELHO – APELA AUTORA REQUERENDO CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACOLHIMENTO - RESTOU CARACTERIZADA A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CONSUMIDOR OBRIGADO A AJUIZAR AÇÃO PARA REAVER QUANTIA PAGA POR UM CELULAR QUE PAROU DE FUNCIONAR EM 48 HORAS – **DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR** (Grifo nosso) - DEVER DE QUALIDADE DESRESPEITADO PELOS RÉUS – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE DEVE SER FIXADO DE FORMA A ATENDER AOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DO PROVIMENTO AO RECURSO POR SER ESTE MANIFESTAMENTE PROCEDENTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 557, §1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (Des(a). FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA - Julgamento: 31/01/2014 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - TJRJ).

A 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou um fabricante de eletrodomésticos em razão do mesmo ter levado cerca de seis meses para reparar uma máquina de lavar:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS –VÍCIO DO PRODUTO - Máquina de lavar – Aquisição em decorrência de a consumidora ser portadora de 04 (quatro) hérnias discais extrusas e, por orientação médica, foi privada de realizar esforços físicos – Inúmeras tentativas de resolução do problema que restaram infrutíferas – Tentativa de resolução por intermédio do processo administrativo junto ao Procon, onde avençou-se acordo que não foi cumprido pelo fornecedor – Nítida ocorrência do “Venire contra factum proprium” - Fixação de cláusula penal – Dano material que não se confunde com o dano moral - Tempo demasiado sem o uso do referido produto – Desídia e falta de respeito para com o consumidor – **Tempo perdido do consumidor para tentativa de solução do infortúnio, que acarreta dano indenizável – Inteligência da tese do Desvio Produtivo do Consumidor.** (Grifo nosso). Danos morais – Configurados - Afronta à dignidade da pessoa humana - Caso dos autos que não se confunde com um “mero aborrecimento” do cotidiano – Indenização fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais). Sentença de improcedência reformada. Recurso provido.(TJ-SP - APL: 00078521520108260038 SP 0007852-15.2010.8.26.0038, Relator: Fábio Podestá, Data de

Julgamento: 13/11/2013, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/11/2013).

A vigésima Quarta Câmara Cível do Consumidor do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em maio de 2016 adotou a tese do desvio produtivo em sua decisão:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SÚMULA 75 DO TJRJ. DESVIO PRODUTIVO. DANO MORAL IN RE IPSA.** (Grifo nosso), Frisa-se que no contrato sub judice consta a data de nascimento da parte autora/Apelante, não restando dúvida quanto a sua idade. Desse modo, a infração cometida pelo fornecedor de serviço advém circunstância que atenta contra a dignidade do consumidor. Conjunto probatório que evidencia a falha na prestação do serviço. O fornecedor de serviço não cumprindo o disposto no artigo 14, § 3º, do CDC e do artigo 333, II, do CPC/73, torna-se verossímil as alegações do consumidor, ensejando a aplicação do artigo 14, caput, do CDC no julgamento da presente lide e o dever de indenizar o dano moral in re ipsa. Desprovemento do recurso. (TJ-RJ - APL: 00624293520108190038 RIO DE JANEIRO NOVA IGUACU 5 VARA CIVEL, Relator: ANDREA FORTUNA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 11/05/2016, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 13/05/2016).

O STJ passou a reconhecer a aplicação da “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”, em decisões recentes, confirmando o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para condenar fornecedores a indenizar em danos morais por desvio produtivo do consumidor.

A primeira menção, em 12 de setembro do ano 2017, no julgamento colegiado do REsp 1.634.851/RJ interposto pela Via Varejo, a 3ª Turma do STJ, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, mencionou o termo “Desvio Produtivo do Consumidor” para negar provimento ao recurso especial daquele fornecedor, sob a alegação de que não seria razoável que o consumidor se desgaste para tentar resolver um problema ao qual ele não deu causa, uma vez que se o próprio comerciante tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo:

Embora, na ocasião, eu tenha acompanhado a Turma, o julgamento deste recurso me trouxe a oportunidade de uma nova reflexão sobre o tema. Isso porque, malgrado na teoria a tese seja bastante sedutora, o dia a dia – e todos que já passaram pela experiência bem entendem isso – revela que o consumidor, não raramente, trava verdadeira batalha para, enfim, atender a sua legítima expectativa de obter o produto adequado ao uso, em sua quantidade e qualidade. A começar pela tentativa – por vezes frustrada – de localizar a assistência técnica próxima de sua residência ou local de trabalho ou

até mesmo de onde adquiriu o produto; e ainda o esforço de agendar uma “visita” da autorizada – tarefa que, como é de conhecimento geral, tem frequentemente exigido bastante tempo do consumidor, que se vê obrigado a aguardar o atendimento no período da manhã ou da tarde, quando não por todo o horário comercial.

Aliás, já há quem defenda, nessas hipóteses, **a responsabilidade civil pela perda injusta e intolerável do tempo útil: Marcos Dessaune (Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado** (grifo nosso). São Paulo: RT, 2011, p. 47-48); Pablo Stolze (Responsabilidade civil pela perda do tempo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23925>>. Acesso em: 3 mar. 2017); Vitor Vilela Guglinski (Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 3 mar. 2017) [...] Assim, não é razoável que, à frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. (STJ - REsp: 1634851 RJ 2015/0226273-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018).

Em decisão monocrática publicada em outubro de 2017, o ministro Paulo De Tarso Sanseverino, relator do AREsp 1.132.385/SP na 3ª Turma, conheceu, porém, negou provimento ao Agravo em Recurso Especial da Universo Online. Sua decisão foi fundamentada e seguida conforme o acórdão do TJ-SP que reconheceu, na hipótese, a ocorrência de danos morais com base na no Desvio Produtivo do Consumidor.

Em precedente publicado em 25 de abril do corrente ano, AREsp 1.260.458/SP na 3ª Turma, o relator Marco Aurélio Bellizze, em decisão monocrática que conheceu do agravo para rejeitar o Recurso Especial do Banco Santander, adotando em seu fundamento o acórdão do TJ-SP que reconheceu, no caso concreto, a ocorrência de danos morais com base na “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”.

Para o relator, ficaram caracterizados o ato ilícito e o conseqüente dever de indenizar, em consonância com o decidido no tribunal paulista, que reconheceu como “absolutamente injustificável a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos” contestados pela consumidora. Assim asseverou:

Com efeito, tem-se como absolutamente injustificável a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos fundamentadamente impugnados pela consumidora, notório, portanto, o dano moral por ela suportado, cuja demonstração evidencia-se pelo fato de ter sido submetida, por longo período [por mais de três anos, desde o início da cobrança e até a prolação da sentença], **a verdadeiro calvário para obter o estorno alvitado, cumprindo prestigiar no caso a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, por meio da qual sustenta Marcos Dessaune que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável, ao perfilhar o entendimento de que a "missão subjacente dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência** (grifo nosso). (BELIZZE, Agravo em Recurso Especial nº 1.260.458-SP, 2018).

Na decisão mais recente, datada de 27 de setembro de 2018, o ministro Moura Ribeiro, da 3ª Turma do STJ, em REsp 1.763.052/RJ, manteve decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL DO CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2208868-95.2011.8.19.0021), que aplicou a teoria no caso de um cancelamento indevido de cartão de crédito. Ao realizar sua compra, a parte Janete Beraldo de Castro descobriu que seu cartão havia sido bloqueado. Sem conseguir desbloqueá-lo, recorreu ao Judiciário. A Desembargadora Andréa Fortuna, relatora da decisão do TJRJ, embasou sua argumentação com base em outros precedentes, conforme segue:

A hipótese dos autos bem caracteriza aquilo que a doutrina consumerista contemporânea identifica como "desvio produtivo do consumo", assim entendido como a situação caracterizada quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento em sentido amplo precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências — de uma atividade necessária ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável. Em outra perspectiva, o desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado por este, onerando indevidamente seus recursos produtivos, *in verbis*:

0460569-74.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO – DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA – JULGAMENTO 27/01/2014 –VIGESIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR –APELAÇÃO CÍVEL – direito do consumidor prestação de serviços educacionais –rescisão

do contrato – cláusula contratual que prevê a devolução de 50% da mensalidade aos alunos que efetuarem o cancelamento até o 15º dia após o início das aulas –autora requer a devolução de 50% de sua mensalidade, conforme previsto contratualmente, bem como indenização por danos morais –sentença de improcedência que merece reforma –A autora preenche as condições para ser ressarcida em 50% da mensalidade paga, sendo absolutamente indevida a sua retenção –aplicação do artigo 42 do CDC - devolução em dobro – A autora tentou diversas vezes, sem sucesso, resolver seu problema com a ré, que permaneceu inerte consumidora obrigada a ajuizar ação para reaver quantia a qual fazia jus – **demora injustificada no reembolso – desvio produtivo do consumidor – dano moral configurado** (grifo nosso) – quantum indenizatório que deve ser fixado de forma a atender aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade –condenação ao pagamento de R\$ 5.000,00 pelos danos morais causados à consumidora. Recurso, em parte, manifestamente procedente, aplicação do artigo 557, §1º-a, do Código de Processo Civil.

Precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça: 0339091-65.2013.8.19.0001 –APELACAO –DES. SEBASTIAO BOLELLI – Julgamento: 17/07/2014 –23ª CC/Consumidor. 0096992-64.2013.8.19.0001 –APELACAO –DES. ANDREA FORTUNA TEIXEIRA –Julgamento: 13/08/2014 –27ª CC/Consumidor.

Com o advento do lançamento da primeira edição da obra aqui analisada, em novembro de 2011, começaram a surgir, em todo o Brasil, as primeiras decisões judiciais tendo por parâmetro a “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”. Em sua 2ª edição revisada e ampliada, Marcos Dessaune comprova dados da evolução jurisprudencial ocorrida nos períodos de 2011 até janeiro de 2017, onde o mesmo realizou consultas em sítios de todos os Tribunais de Justiça estaduais e levantou o quantitativo de Tribunais que apresentaram em seus acórdãos, oriundos de câmaras cíveis e de turmas recursais, a expressão “desvio produtivo”, quer nas ementas quer nos votos das correspondentes decisões:

Tabela 03: quantitativos de julgados nos tribunais do Brasil com o termo “desvio produtivo”

Sigla do tribunal	Quantidade de acórdãos encontrados
TJSP	304
TJSE	201
TJAM	104
TJPR	57
TJMG	54
TJRJ	39

TJRS	27
TJPE	20
TJMA	16
TJSC	09
TJMS	07
TJDFT	06
TJBA	05
TJMT	03
<hr/>	
Total de Tribunais	Total de acórdãos encontrados
14	852

Fonte: adaptação da tabela trazida na obra Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada, de Marcelo Dessaune, 2017.

Além das estatísticas trazidas por Dessaune, dados fornecidos pela revista eletrônica Consultor Jurídico (2018) demonstram a adoção da teoria criada pelo advogado capixaba pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual confirma decisões dos Tribunais do Estado de São Paulo, e do Rio de Janeiro, num período de setembro de 2017 - correspondente à primeira menção (REsp 1.634.851/RJ), até 27 de setembro do presente ano, correspondente ao caso mais recente (REsp1.763.052/RJ), tendo o STJ aplicado a teoria em ao menos cinco casos no referido período, reconhecendo e garantindo indenização por danos morais a consumidores em razão do tempo desperdiçado para resolver problemas gerados por maus fornecedores, o que confirma um novo posicionamento pautado na garantia ao consumidor - assim considerada parte hipossuficiente da relação de consumo, e portanto mais suscetível de ser lesada - de ter seus direitos resguardados juridicamente, além de forçar os fornecedores a cumprirem efetivamente o determinado em lei, abstendo-se de práticas abusivas e lesivas.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando que a reparação efetiva e célere dos danos causados às vítimas pelos maus fornecedores é o principal valor a ser protegido pelo Direito, conforme preleciona Dessaune (2017), preceito este corroborado pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), que estabelece em seu art. 6º, inciso VI como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e

morais, individuais, coletivos e difusos”, conclui-se que a partir do momento em que o fornecedor, descumprindo a legislação e a sua missão, atende mal o consumidor ou oferece um produto ou serviço aquém do esperado por este, criando um potencial problema de consumo ou um problema de consumo efetivamente danoso, abre-se um precedente para uma obrigação de sanar o problema ou indenizar o consumidor de maneira célere e efetiva.

Ocorre que inúmeros fornecedores assumem a postura que Marcelo Dessaune denomina de “*modus solvendi*” do problema, onde os mesmos utilizam inúmeras justificativas e artifícios para a não resolução do problema, situações corriqueiras e impostas pelos fornecedores no mercado, configurando uma prática abusiva, proibida pelo CDC, onde os mesmos oferecem alternativas de ação indesejadas pelo consumidor, restringindo sua possibilidade de escolha, influenciando sua vontade, configurando uma conduta desleal na qual o consumidor precisa desviar seu tempo, adiar ou reduzir algumas de suas atividades planejadas ou desejadas, na tentativa de resolução de um problema ao qual não deu causa, problema este decorrente do mau atendimento pelos fornecedores.

Como consequência, o consumidor assume deveres operacionais e custos materiais inerentes ao fornecedor, que assim o faz na tentativa de buscar solução que seja possível no momento, ou para evitar prejuízo futuro ou ainda, para conseguir reparação, ainda que não satisfatória, que o problema causou, conforme o caso.

Tais condutas configuram a chamada teoria do “Desvio Produtivo do Consumidor” decorrente do fato ou evento danoso que se configura no momento em que o consumidor se desvia de suas atividades cotidianas e existenciais e gasta seu tempo vital na tentativa de solucionar problemas causados pelos fornecedores. Assevera Dessaune (2017), que esse *modus solvendi* do fornecedor de tentar amenizar ou exonerar sua responsabilidade de solução do problema, está diretamente ligado ao evento desvio produtivo do consumidor e evidencia o nexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante.

De acordo com as assertivas elaboradas por Macelo Dessaune (2017) em sua obra aqui analisada, ao aferir que o tempo é o suporte implícito da vida que a existência digna é um bem jurídico tutelado no âmbito do direito fundamental à vida,

que o tempo vital possui valor inestimável, possui natureza jurídica e se trata de um bem econômico escasso que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida, que as atividades existenciais assim consideradas aquelas que possuem interesses passíveis de prejuízo inevitável quando deslocados no tempo, podemos concluir que a teoria do desvio produtivo é passível de ser adotada uma vez que configura uma lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora que sofre um dano extrapatrimonial de cunho existencial e que, de acordo com o criador da teoria, enseja um dano indenizável *in re ipsa*, além de danos patrimoniais, ressarcíveis mediante comprovação e danos coletivos decorrentes da lesão a direitos individuais homogêneos, verificada em cada caso.

A intenção por fim, é de que a jurisprudência não pode mais sustentar a afirmação de que a *via crucis* percorrida pelo consumidor na tentativa de enfrentar e solucionar problemas de consumo potencial e efetivamente danoso criados pelos fornecedores corresponde a um “mero dissabor ou aborrecimento”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 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/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em 26 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 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/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em 26 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (27ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 2216384-69.2011.8.19.0021. Apelante: Teresa Ramos de Santana. Apelado: Ricardo Eletro Divinópolis LTDA e Outros. Relator: Des. Fernando Antônio de Almeida, Rio de Janeiro, 31 de março de 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000478A1043652455FA2DD1FF884890EDB9BC5025B615F22>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo (5ª Câmara do Direito privado). Apelação APL 00078521520108260038 SP 0007852-15.2010.8.26.0038. Apelante: Patrocínia Aparecida Francisco e Virgínia Isabel Borin Thimotheo. Apelado: Electrolux Brasil S/A. Relator: Fábio Henrique Podestá. São Paulo, 13 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118832671/apelacao-apl-78521520108260038-sp-0007852-1520108260038>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial Nº 1..260.458-SP (2018/0054868-0). Agravante: Banco Santander (Brasil) S/A. Agravado: Márcia Renata de Nobre. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 05 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-min-bellizze-teoria-desvio.pdf>>. Acesso em 04 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.132.385-SP. Agravante: Universo Online S/A. Agravado: Guimaraes e Gallucci Sociedade de Advogados. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 27 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505922743/agravo-em-recurso-especial-arep-1132385-sp-2017-0165913-0?ref=juris-tabs>>. Acesso em 04 de junho de 2018.

CASTAGNA, Patrícia Rodrigues de Menezes. **O reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da teoria do desvio produtivo do consumidor: dano indenizável em valor ínfimo**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/65825/o-reconhecimento-pelo-superior-tribunal-de-justica-da-teoria-do-desvio-produtivo-do-consumidor-dano-indenizavel-em-valor-infimo>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

CREPALDI, Thiago. **STJ reconhece aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor**. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor?utm\\_source=consumidor?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor?utm_source=consumidor?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook) >. Acesso em: 04 de junho de 2018.

DE MAIS. Domenico. **O ócio criativo**. Entrevista à Maria Serena Palieri. 10ª edição. Rio de Janeiro: editora Sextante. 2000.

DIEZ, Carmen Lúcia Fornari. HORN, Geraldo Balduino. **Orientações para Elaboração de Projetos e Monografias**. 3a edição rev e amp. Petrópolis: Editora Vozes. 2013.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2ª edição rev. e amp. Espírito Santo: Edição Especial do Autor, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23925>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

JACOBINI, Maria Letícia de Paiva. **Metodologia para o Trabalho Acadêmico**. 4ª edição rev.e amp. Campinas: Alínea Editora, 2011.

LELLIS, Leonardo. **Caminho da jurisprudência – Tempo gasto em problema de**

**consumo deve ser indenizado.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-26/tempo-gasto-problema-consumo-indenizado-apontam-decisoes>>. Acesso em 22 de maio de 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Boletim Sindec 2017. Secretaria Nacional do Consumidor, Brasília, 2017. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/boletim-sindec-2017.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

MIOLA, Ana Luisa Imoleni. **Da teoria do desvio produtivo como nova modalidade de dano indenizável.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-teoria-do-desvio-produtivo-como-nova-modalidade-de-dano-indenizavel,589603.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência do tempo.** Tradução de Maria Antonia Pires de Carvalho Figueiredo. Bauru: Edusc, 1997.

**STJ reafirma aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor.** Consultor Jurídico. 2018. Disponível em :< <https://www.conjur.com.br/2018-out-03/stj-reafirma-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>>. Acesso em 26 de novembro de 2018.

TEXEIRA, Tarcísio. **O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo).** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490/113072>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

VADE MECUM. 15ª edição. São Paulo: Editora Rideel, 2018.

## **IMUNIDADE MUSICAL – EC75/2013 – E AS IMPRECIÇÕES TÉCNICO-JURÍDICAS QUANTO A SUA EXECUTORIEDADE**

Wellinton Teodósio dos Santos Júnior<sup>1</sup>  
Professor José Gomes de Lima Neto<sup>2</sup>

**RESUMO:** Em um cenário como o nosso, onde a produção musical vive o seu ápice, trabalhando e produzindo a todo vapor, valendo-se de trabalhos conjuntos com estrangeiros e, levando em consideração sempre tornar as leis o mais cristalino possível, é que se faz necessário um estudo que esclareça e defina o entendimento do que venha dizer e qual a sua finalidade no plano jurídico, em um caso concreto, a Emenda Constitucional 75/2013, sem o cerceamento de direitos e garantias pátrios, assegurados pelos tratados internacionais e pela nossa Constituição Federal. Com isso, o presente artigo tem o condão de exposição dos conceitos, finalidades, possíveis problemáticas e, a busca para a compreensão da referida imunidade, conhecida como Imunidade Musical, buscando com isso, contribuir com o ramo jurídico e com aqueles no qual possam vir a ser beneficiados por essa benesse jurídica, que por inobservância do legislador, não foram sanadas na sua elaboração.

Palavras- chave: Imunidade Musical, Conceito, Constituição.

**ABSTRACT:** In a scenario such as ours, where music production is at its peak, working and producing at full steam, using joint works with foreigners, and taking into account always making laws as clear as possible, it is necessary a study that clarifies and defines the understanding of what it says and what its purpose in legal terms, in a concrete case, Constitutional Amendment 75/2013, without the restriction of rights and paternal guarantees, guaranteed by international treaties and by our Constitution Federal. With this, the present article has the potential to expose the concepts, purposes, possible problems and the search for the understanding of this immunity, known as Musical Immunity, seeking to contribute with the legal branch and with those in which they may come to be benefited by this legal benefit, which due to non-compliance by the legislator, were not remedied in its preparation.

Key words: Musical Immunity, Concept, Constitution.

### **1 INTRODUÇÃO**

Um dos temas que mais dão origem a uma série de polêmicas no âmbito tributário são as Imunidades Tributárias, dispostas no rol do artigo 150, inciso VI, em razão de que estão sempre atreladas a aspectos subjetivos e polêmicos, abrangendo alguns temas que se constituem uma linha tênue em nossa sociedade,

---

<sup>1</sup> Discente do UNIESP.

<sup>2</sup> Docente do UNIESP.

como por exemplo, aspectos religiosos, políticos, sindicais, direitos humanos, dentre outros.

O presente trabalho tem por objetivo traçar uma breve análise sobre a mais nova imunidade que surgiu, conhecida como imunidade musical, através da EC/75, narrada na alínea “e”, do referido artigo mencionado acima, que traduz a dispensa constitucional dos impostos aos “fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou litero musicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.”

Em razão de ser ainda recente em nosso ordenamento jurídico, a referida imunidade apresenta algumas poucas obras que visem o esclarecimento do que venha a ser conceitualmente a imunidade, suas finalidades e, as possíveis problemáticas que venham a surgir quanto a sua executoriedade, em razão de que ainda não resta claro como proceder em algumas situações que podem vir a ocorrer em um caso concreto, como a presença dos estrangeiros nas produções nacionais em conjunto com os brasileiros, restando assim a dúvida: prevalecerá a imunidade em pauta, por ter a presença de estrangeiros nessas produções? Nesta esteira, não resta dúvidas de que uma das finalidades da imunidade musical, foi ampliar o alcance de todos a cultura e a informação, sendo está um dos clássicos pilares elencados pelos Direitos Humanos, no qual o Brasil é defensor e tem como um dos nortes de todo o ordenamento jurídico vigente, participando de alguns tratados internacionais sobre essa temática, entretanto, ao obstruir a presença cultural de estrangeiros e as suas contribuições na cultura nacional, estaria vindo a ferir esse tema? Não esqueçamos também, que tanto no plano jurídico interno quanto no externo, o Brasil tem sido um ferrenho defensor da proteção artística-cultural, visando sempre buscar mecanismos que garantam a efetividade desse instituto, preservando e visando o direito de propriedade das produções, sejam elas de caráter intelectual, artístico ou científico.

Sabe-se que o objetivo das imunidades decorre da proteção das garantias constitucionais. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, em julgamento da ação direta de inconstitucionalidade contra a EC 03/93, expressou acerca do objetivo das imunidades tributárias que seria de:

conferir efetividade a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições. Constituem, por isto mesmo, expressões significativas das garantias de ordem instrumental, vocacionadas, na especificidade dos fins a que se dirigem, a proteger o exercício da liberdade sindical, da liberdade de culto, da liberdade de organização partidária, da liberdade de expressão intelectual e da liberdade de informação. (MIN. CELSO DE MELLO, JULGAMENTO DA ADI-EC 03/93)

Assim, essa Imunidade, conhecida como Imunidade Musical, tem como um dos objetivos principais, o combate à pirataria, que por longos anos, foi um grande problema social na esfera criminal, contudo, foram criadas políticas de combate à essa situação, que abrangem não só o campo penal, como também outros ramos do ordenamento jurídico, que como uma força tarefa, uniram esforços nesse combate, dentre esses ramos, destaca-se o âmbito tributário, ao criar a supracitada emenda, que tem por uma de suas finalidades, como já dito anteriormente, o combate à pirataria, ao baixar os custos, transmitindo um menor preço para os consumidores finais do produto, que não tenham uma condição financeira maior de aquisição destes, fazendo com que assim, essas pessoas não precisem recorrer a meios ilícitos.

Dito isto, é inegável a importância do estudo a respeito do que venha dizer efetivamente a referida emenda, seu conceito e as suas finalidades no nosso plano jurídico e, de suas possíveis problemáticas, estudando também até que ponto têm-se a ampliação ou não desse dispositivo, em situações que figurem a presença de estrangeiros em produções nacionais de fonogramas e videofonogramas musicais, pacificando o entendimento, realizando uma análise a essas referidas situações que são costumeiras no nosso país.

## **2 VALORES CONSTITUCIONAIS**

Dotada de supremacia normativa, a nossa Constituição Federal possui um arcabouço jurídico composto por mecanismos de sistemas principiológicos e valorativos, que estabelecem os limites condicionantes para o estabelecimento de todos os regramentos do nosso ordenamento jurídico infraconstitucional, impondo

limites e oferecendo diretrizes para as prováveis interpretações de compatibilidade de qualquer norma jurídica interna para com a nossa Carta Magna.

Esses requisitos, constituem-se como verdadeiros parâmetros de validação de todo o ordenamento jurídico vigente, devendo todas as normas se submeterem a uma série de princípios, prestando a esses, seus sentidos próprios de aplicabilidade, tanto no campo abstrato como nos casos concretos, ou seja, não estamos falando sobre valores e princípios meramente filosóficos ou sem valor normativo determinante, justamente o contrário, são verdadeiras normas supra legais, dotadas de superioridade, que reproduzem os anseios e convicções de uma sociedade, não se esgotando meramente nas suas partes codificadas e não possuindo graus hierárquicos entre eles, ou seja, eles têm prevalência harmoniosa entre si, de acordo com as razões motivadoras de um provável caso concreto ou de um embate hermenêutico existente, corroborando com o exposto, temos a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello que diz:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 2000)

Esses respectivos valores principiológicos, que se configuram como verdadeiros requisitos de validade para as normas infraconstitucionais, buscam acima de tudo, fazer valer um dos princípios que é tido para muitos como o norteador de todo o sistema jurídico, que é o da dignidade humana, fruto dos tratados que versam sobre os Direitos Humanos no qual o Brasil é signatário, porém, antes de mais nada, cabe aqui conceituarmos o que viria ser a Dignidade da pessoa humana, para entendermos melhor a sua importância em nosso plano jurídico interno, nesse sentido, colhamos o que o professor e jurista Ingo Wolfgang Sarlet, afirma:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser-humano que o faz merecedor do mesmo

respeito e consideração por parte de Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (INGO WOLFGANG SARLET. 2002)

Como sabemos, desde o pós-segunda guerra, os temas relativos aos direitos humanos ganharam uma atenção toda especial no plano internacional, buscando traçar normas e diretrizes que visassem orientar todos os países que compactuassem daqueles tratados, a produzirem no seu plano jurídico interno, normas capazes de garantir a dignidade humana, atuando por intermédio de políticas públicas e meios normativos garantidores desse princípio em todos os ramos jurídicos internos, seja público ou privado, como na área Penal, buscando aplicar penas de caráter mais pedagógicas e menos gravosas, visando sempre a reintegração do sujeito ao seio da sociedade, ou no âmbito civil, ao reconhecer as impossibilidades físicas, mentais e psicológicas de uma pessoa, o que gera efeitos diretos nas vias processuais judiciais.

No entanto, como bem sabemos, os temas relativos aos direitos humanos, só vieram a ganhar força no plano jurídico interno brasileiro após o regime militar, com o advento da nossa Constituição Federal de 1988, que consagrou muitos dos princípios tratados nos diplomas sobre direitos humanos em nosso ordenamento jurídico, de maneira codificada e não meramente abstrata, com destaque para os artigos de número um ao cinco, que tratam dos direitos fundamentais e dos direitos e garantias fundamentais, criando laços diretamente com o princípio da dignidade humana.

Esses princípios constitucionais que regem os mais diversos ramos do direito, se substanciam em valores que visam a proteção da dignidade humana, podemos citar aqui por exemplo o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio do juiz natural que por sua vez, veda a possibilidade da criação dos tribunais de exceção, que eram situações corriqueiras na era do regime militar, dentre outros princípios que são auto aplicáveis em todas as esferas jurídicas.

Nos dias atuais, os temas relativos aos direitos humanos ganharam proporções ainda maiores, em todas as esferas jurídicas, abarcando todos os ramos do direito e não limitando-se as discussões referentes a área Penal e Civil, que eram as mais

comuns nas pautas das discussões e debates, diante disso, o direito tributário brasileiro por sua vez, não se colocou inerte diante dessas temáticas, produzindo de igual forma, mecanismos e sistemas que buscam proteger o contribuinte diante do poderio avassalador do Estado no campo tributário.

## 2.1 VALORES CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

É inegável o fato de que o Estado não se sustenta sozinho, não possui por si só, força capaz de se manter economicamente, sendo assim, é por meio das contribuições, principalmente as receitas públicas, tendo como principal fonte a tributação, que o Estado consegue fundos para auxiliar na sua manutenção e organização. Embora não se possa definir precisamente a data de origem do direito tributário, podemos identificar momentos de aplicação de um sistema tributário no espaço, logicamente, com formatações bem distintas das atuais. Historicamente, não possuíamos proteções aos contribuintes ou meios de assegurar uma justa e equilibrada cobrança por parte do Estado em face daqueles, ou seja, o Estado podia valer-se de qualquer meio que julgasse necessário para ter a sua prestação atendida, valendo-se de meios vexatórios, tendo inclusive, muitas das vezes prestações pagas com a força braçal.

Com o decorrer dos anos, o sistema tributário passou a possuir diretrizes mais protetivas ao contribuinte no plano jurídico interno brasileiro, tendo como marco principal dessas mudanças, a constituição de 1946, onde se identifica a criação dos princípios como o da anuidade, anterioridade e legalidade tributária, princípios estes que perduram até os dias atuais com observância irrestrita destes, e ainda, os primeiros sinais de imunidade tributária, que foram as imunidades dirigidas as pequenas glebas rurais, entretanto, embora a constituição de 1946 possuísse uma série de princípios constitucionais em seu corpo, eles não eram harmônicos ou consistentes, em razão disso, fez-se necessário a elaboração de uma reforma tributária, que veio a ocorrer em 1965, com a Emenda Constitucional Nº 18/65, que apesar de algumas grandes distorções sofridas em sua elaboração e de ter enfrentado ainda o regime militar no ano de 1964, teve mesmo assim as suas reformas iniciadas, que atingia toda a estruturação tributária até então vigente aquela época.

Com o advento da constituição de 1967, tivemos inaugurado o Sistema Tributário Nacional, fruto da reforma criada pela emenda nº 18/65, que tem como merecedor de destaque, a vedação dos impostos cumulativos e do livre arbítrio dos entes federados para criarem indiscriminadamente novos impostos, com exceção da União, que ficou com essa competência exclusiva. Já se mostrava até então, sinais mais claros de proteção ao contribuinte, com normas e princípios que visavam obter tratativas mais justas e equilibradas entre Estado e contribuinte, como bem afirmou o professor “Martuscelli”: “Nunca se teve em mente a maximização de direitos e garantias do cidadão”. (MARTUSCELLI, 2010, p. 4219), como vista nessas reformas, em face da época em que vieram a serem propostas.

Mas a consolidação das medidas protetivas do contribuinte, veio com a constituição de 1988, onde impôs uma série de normativas que tem por finalidade as limitações ao poder de tributar do Estado e, a consolidação e a harmonização consistente de mais uma gama de princípios e valores, muitos influenciados pelos tratados internacionais, que buscam proteger a parte mais fraca dessa relação, notadamente, os contribuintes.

Muitos desses princípios, são verdadeiros valores tributários que foram sedimentados em nossa CF/88, que tem o condão de regular a aplicação do poder de tributar do Estado como também, combater os excessos por ele cometido, garantido a segurança jurídica no plano interno. Dentre esses princípios, destacam-se os que estão dispostos no artigo 150 da CF, Legalidade, sendo esta, fruto do princípio constitucional da legalidade, de caráter mais abrangente, elencado no art. 5, II da CF, que melhor se aplica as imunidades, Isonomia, Irretroatividade, Anterioridade, Proibição do Confisco, Liberdade de Tráfego e, principalmente, as Imunidades, que é a que nos interessa para o presente estudo, com observância especial para a imunidade do art. 150, VI, narrada na alínea “e”, conhecida como Imunidade Musical.

Porém, antes de falarmos propriamente da Imunidade Musical, cabe aqui apontarmos dois princípios que se destacam na relação deles para com a imunidade já citada, que são, Princípio da Legalidade, tanto o elencado no art. 5, II da CF, como o especificado na seção II, no art. 150, I, da CF, e Princípio da Capacidade Contributiva, esta última, disposta no artigo 145, §1º também da nossa CF/88, pelo

fato de que as imunidades, se constituem como verdadeiras exceções a aplicação desses dois princípios constitucionais.

### 2.1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como bastante esmiuçado em tópicos anteriores, os princípios são tratados como verdadeiros valores constitucionais, devendo observância irrestrita a cada um deles, tendo em vista a existência harmoniosa entre cada um, porém, muitos desses princípios estão dispostos de forma mais abrangente no corpo constitucional, no capítulo que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, no seu artigo 5, II, da CF, sendo assim, o legislador optou por enfatizar alguns desses princípios em determinadas áreas do direito público, como foi o caso do Direito Tributário, no seu artigo 150, I, também da CF na seção separada ao Sistema Tributário Nacional, reforçando assim, a obrigatoriedade de sua observância por parte dos entes federados, vedando a possibilidade da União, Estados e Municípios, criar ou majorar tributos sem lei que o defina.

Nesse sentido, corroborando com o exposto e com a devida submissão ao princípio da legalidade, vejamos o ensinamento do ilustre professor Roque Carrazza que diz:

De fato, em nosso ordenamento jurídico, os tributos só podem ser instituídos e arrecadados com base em lei. Este postulado vale não só para os impostos, como para as taxas e contribuições que, estabelecidas coercitivamente, também invadem a esfera patrimonial privada.

No direito positivo pátrio o assunto foi levado às últimas consequências, já que uma interpretação sistemática do Texto Magno revela que só a lei ordinária (lei em sentido orgânico-formal) pode criar ou aumentar tributos. Dito de outro modo só à lei -tomada na acepção técnico-específica de ato do Poder Legislativo, decretado em obediência aos trâmite e formalidade exigidos pela Constituição - é dado criar ou aumentar tributos. (CARRAZA. 2006.)

Fica claro a intenção de impedir que a máquina estatal, com todo seu poderio, pratique excessos contra os contribuintes, que por sua vez é, sem dúvida, a parte menos favorecida nessa relação, em razão disso que a nossa constituição esmiuçou e reforçou o princípio da legalidade e ainda impôs aos entes federados,

uma série de requisitos para serem seguidos para prováveis criações de novos tributos.

Ainda nessa linha de estudo, temos a lição do professor Luciano Amaro, que leciona o seguinte:

Todo tributo gera uma carga ao contribuinte, de acordo com sua renda e com as características legais da instituição desses tributos, os valores a serem recolhidos em favor do Estado diferem de uma pessoa ou instituição para outra. É preciso recordar, porém, que os tributos não existem para que o Estado os utilize como considerar melhor, eles são regidos por lei e devem ser aplicados em benefícios aos cidadãos, assegurando seus direito de educação, cultura, saúde, lazer, entre tantos outros (AMARO, 2009).

Ocorre que, mesmo que obedecendo e submetendo-se a todo o trâmite exigido na Constituição Federal para elaboração de algum tributo, existem situações que impedirão que este produza seus efeitos a uma parcela específica de pessoas físicas ou jurídicas, instituições e situações, ou seja, não será cobrado o cumprimento da prestação, não invalidando aquele tributo no plano do Sistema Tributário Nacional, isso ocorre por força das Imunidades tratadas na própria CF, sem ocorrer conflito de normas constitucionais ou de valores em razão das finalidades nas quais as Imunidades foram erigidas, que é a proteção e o incentivo dessas pessoas ou instituições, “cujo intuito e existência são voltados aos indivíduos e seus direitos.( CARVALHO, 2005)” como leciona o professor Paulo de Barros Carvalho, que por muitas vezes, atuam em áreas sociais e localidades onde o Estado ainda não atuou.

### 2.1.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O Princípio da Capacidade Contributiva, historicamente falando, sempre buscou a garantia dos ideais de justiça e igualdade, sempre tratado como um dos pilares dos valores constitucionais tributários. Seu primeiro sinal de efetivação, se deu na Constituição de 1824, que tratava no seu artigo 179 § 15 que “ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção a seus haveres”, ou seja, cada um deverá contribuir de acordo com seus rendimentos, nessa esteira, reforçando o que falamos, temos a lição do professor Roque Carraza, ao afirmar que o Princípio da Capacidade Contributiva:

hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que, em termos econômicos, quem tem muito pague, proporcionalmente, mais impostos do que tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais impostos do que tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. (CARRAZA, 2001)

Com o passar dos anos, o referido princípio, propagou-se para as demais constituições, sofrendo algumas mudanças, muitas delas visando o aumento do seu alcance no plano jurídico tributário, porém, durante o Regime Militar, outorgou-se uma nova Constituição que, contrariando o processo evolutivo das suas anteriores, ignorou o Princípio da Capacidade Contributiva, por fim, com o rompimento do regime militar, tivemos a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe à tona novamente o já citado princípio, consolidando o mesmo, no seu artigo 145 §1º, que está disposto da seguinte forma:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (Art. 145 §1, CF/88).

Nota-se que, assim como nas constituições anteriores, com exceção da outorgada durante o Regime Militar, a nossa CF/88 repetiu a ideia conceitual do Princípio da Capacidade Contributiva, com uma pequena observação para o termo “sempre que possível” no início do artigo, que não deve ser entendido como uma discricionariedade por parte do legislador, transmitindo-se uma ideia de faculdade, mas sim, uma exceção, que pode-se ser aplicada na prática as Imunidades Constitucionais e as Isenções, sem perder o caráter imperativo do princípio as demais situações que não se enquadram nas exceções previstas acima.

Como dito, assim como no caso do Princípio da Legalidade, as Imunidades também figuram como exceções à regra do Princípio da Capacidade Contributiva, por força constitucional, como podemos observar nas lições do professor Roque Carraza ao tratar do referido princípio em suas obras, dizendo:

Podemos perceber a influência do princípio da capacidade contributiva em outras normas constitucionais tributárias. É o caso da que obriga o legislador a tornar o IPI seletivo em função da essencialidade do produto industrializado (art. 153, §3º, I, da CF), da que declara imunes à tributação por via do ITR os proprietários de glebas rurais (art. 153, §4º, da CF), da que protege da tributação por via de IR os rendimentos provenientes de aposentadorias e pensões recebidos por pessoas com idade superior a 65 anos (art. 153, §2º, II, da CF) etc. (CARRAZA, 2003).

Presenciamos na presente obra do professor Roque Carraza, alguns exemplos de influências do princípio da capacidade contributiva, dentre eles, destacamos a parte em que o mesmo fala “que declara imunes à tributação por via do ITR os proprietários de glebas rurais”, temos aí um exemplo prático de exceção à regra, imposto pelas imunidades em face da aplicação da capacidade contributiva, ou não aplicação porque assim não dizer, por parte desse referido princípio constitucional.

### **3 DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DADO AS IMUNIDADES**

Para alcançarmos o atual Estado Democrático de Direito no qual vivemos, respaldado pela Constituição Federal da República de 1988, fez-se necessário passar por um longo processo de evolução jurídica, em momentos avançando no sentido da democracia, em outros regredindo, porém, nos moldes jurídicos atuais, existe uma estabilidade e segurança jurídica, mesmo com as constantes mudanças sociais que interferem diretamente no ordenamento jurídico, seja qual for o Estado, desde que seja regido pela democracia.

Nesse processo evolutivo, as Imunidades tributárias não ficaram inertes, desde os seus primeiros sinais de existência, baseadas em usos e costumes, restritiva a pequenos grupos de pessoas revestidas de grande relevância social, verdadeiros privilégios concedidos a grupos bem específicos, como os nobres, clérigos, castas consideradas superiores, até a consolidação do liberalismo e o avanço das ideias democráticas, muitas das imunidades passaram a ser codificadas em textos normativos, tornando-se bem mais abrangentes, alcançando não apenas as pessoas, mas também atividades e serviços, até a atual forma que conhecemos, disposta na nossa constituição.

Nesse sentido, vejamos brevemente, o tratamento dado as Imunidades Tributárias, desde seu surgimento nas constituições anteriores até chegarmos a nossa CF/88

### 3.1 PROCESSO EVOLUTIVO CONSTITUCIONAL DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

A primeira constituição a tratar das imunidades, ainda que de forma discreta e deturpada, foi a constituição de 1824, que em quase nada se distinguia das leis anteriores. A referida constituição manteve os costumes das leis portuguesas, incluindo a área fiscal, fazendo uma simples repetição de leis, concedendo de forma indiscriminada, favorecimentos e direitos de domínios ou monopólios para aqueles que de alguma também os favorecessem.

Em face disso, a citada constituição mantinha laços íntimos com o meio religioso católico, de forma que adotava sistemas e mecanismos normativos de favorecimento a estes, como bem pontuou o professor Balthazar em sua obra ao afirmar que:

A ligação entre Estado e Igreja, neste período, apresentava-se de modo tão forte que tributos eram cobrados para formar recursos para a construção de Igrejas. Em troca, o Imperador tinha o direito de escolher os ocupantes de cargos eclesiásticos, sujeitando-se unicamente a uma confirmação do papa, no caso de altos cargos. (BALTHAZAR, 2005).

Apesar de tudo, a constituição de 1824 possuía em seu corpo normativo uma ideia isonômica, como podemos observar no seu art.179, XV que diz: “Ninguém será exempto de contribuir para as despesas do estado em proporção de seus haveres”, cabe esclarecer que a palavra “exempto” utilizada no texto, tem a ideia de isenção, mas que a bem da verdade, constitui-se mero formalismo, em virtude que na prática, prevalecia a troca de favores entre os poderosos.

Foi na constituição de 1981 que podemos observar expressamente, trechos normativos versando claramente sobre as imunidades tributárias, sendo duas hipóteses codificadas, ainda que timidamente, que foram nos casos em que um Estado exportar produtos produzidos em outros Estados e, em relação aos tributos estaduais, que recairão sobre os produtos importados de fora. Muitos acreditam

terem sido essas duas possibilidades, as influenciadoras para o que hoje conhecemos como imunidade recíproca.

Mesmo com esses avanços no plano jurídico tributário, o Brasil ainda não havia se libertado de seus costumes da época de colônia, mantendo assim, favorecimentos exorbitantes as nobrezas e a Igreja Católica, típicos daquela época.

Temos então a constituição de 1934, que apesar de ser compreendida por muitos como um marco da ruptura de um sistema político dominador para a abertura dos portões nacionais para a industrialização, permaneceu tímida quanto as imunidades tributárias, mas se diferenciando das suas antecessoras em razão do aumento do seu alcance, ou seja, alargando sua abrangência, abarcando por exemplo, as isenções das escolas particulares de qualquer tributo, segundo o art. 154 da CF/34, podendo se destacar ainda o que se segue:

taxas sobre produtos que sobre os quais já houvesse incidido o imposto de importação; impostos de vendas e consignações, quando da primeira operação efetuada por pequeno produtor; sobre a incidência de adicionais sobre a exportação de mercadorias e sua exportação; sobre os combustíveis produzidos no país; a vedação de tributos que obstem o livre trânsito de veículos e bens ou pessoas; sobre emolumentos e custas aos necessitados à assistência judiciária; para as profissões de escritor, jornalista e professor; a gratuidade do casamento; o reconhecimento de filhos naturais; sobre as instituições de educação particulares de ensino primário ou profissional gratuito.(ICHIHARA, 2000).

Temos em seguida, o advento da constituição de 1937, que quebrou os avanços democráticos que estavam em andamento e com as liberdades individuais, não se destacou em nada no âmbito tributário, apenas repetiu as normativas contidas na sua anterior constituição, ou seja, quanto as imunidades, tratou apenas de repetir as vedações já existentes até então. Cabe esclarecer que, uma breve diferença notada nessa constituição, foi a vedação de Estados-Membros, instituírem e cobrarem impostos sobre as propriedades territoriais que não fossem urbanas, pois esta última cabe aos municípios, porém não se trata de imunidade e sim de uma transferência de competência, dos Estados-Membros para os Municípios.

Vem então, a constituição de 1946, reconstruindo todo o sistema de redemocratização das instituições brasileiras, tendo uma notável atuação na área tributária, dando uma maior atenção no que tange as limitações ao poder de tributar,

ou seja, as imunidades, ampliando consideravelmente o seu alcance e, além disso, codificando expressamente em seu texto as vedações, como por exemplo, as imunidades de bens e serviços, as das instituições de educação e de assistência social, imunidades políticas, as imunidades dos templos de qualquer culto e as mais recentemente criadas, que foram dispostas em seu corpo normativo e que se enxergam ainda hoje na nossa CF/88. Todavia, cabe pontuar aqui, o que muitos estudiosos historiadores e professores dizem a respeito dessa CF, que, apesar de ter sido visualmente um considerável avanço no âmbito tributário, não possuía eficácia no plano prático jurídico, ou seja, eram meras palavras registradas em um diploma normativo.

Posteriormente, tivemos a ocorrência do Regime Militar de 1964, que sobre a justificativa do combate as ideologias comunistas, tratou com autoritarismo todo o sistema político e social daquela época, porém, no âmbito tributarista, foi responsável pelo surgimento do que viria a ser no futuro, a base do sistema tributário nacional da CF/88, porém, antes mesmo da entrada em vigor da EC/69, já se via mudanças no plano tributário brasileiro, com a finalidade de impulsionar os avanços industriais no Brasil o comércio e, por consequência lógica, o desenvolvimento econômico como um todo. Nesse sentido, temos o apanhado feito em um determinado artigo de pesquisa, ao afirmar que:

A CF/67 amplia ainda mais as imunidades tributárias estabelecidas na Constituição anterior. As novas imunidades são: sobre o imposto de renda incidente sobre a ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos; à incidência de outros tributos sobre as mesmas operações; sobre os direitos de garantia no imposto de transmissão a qualquer título de bens imóveis ou de direitos reais sobre imóveis; sobre impostos de qualquer dos entes da federação incidentes sobre a transferência de propriedade decorrente de desapropriação de imóvel rural; do imposto de transmissão da incorporação de bens e direitos na realização de capital, ou transmissão decorrente na fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica; no imposto sobre a circulação de mercadoria incidente sobre produtos industrializados para o exterior; a não-inclusão do imposto sobre produto industrializado quando configure a incidência deste e do imposto sobre circulação de mercadoria. (DANELI, SOBRINHO, 2010)

Temos então, no dia 17 de outubro de 1969, a instituição da Emenda Constitucional, que veio a se tornar o sustendo basilar do nosso Sistema Tributário

Vigente, como dito anteriormente, porém, mantendo quase que intocável as tratativas a respeito das imunidades previstas na CF/67, com exceção da imunidade prevista para a “pequena gleba rural”, já prevista anteriormente mas que teve seus requisitos alterados.

Por fim, temos a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo como seu norte a democracia, alçando o Brasil ao Estado Democrático de Direito. Nesse momento, as imunidades recebem uma atenção toda especial por parte do legislador, esmiuçando e ampliando ao máximo seus efeitos e alcances, tendo uma função estrutural e organizacional no cenário político-social, ou como alguns doutrinadores preferem assim dizer, normas jurídicas secundárias, nesse sentido, cabem destacar o que o professor Paulo de Barros Carvalho assevera, ao dizer:

As manifestações normativas que exprimem as imunidades tributárias se incluem no subdomínio das sobrenormas, metaproposições prescritivas que colaboram, positiva ou negativamente, para traçar a área de competência das pessoas titulares de poder político, mencionando-lhes os limites materiais e formais da atividade legiferante. Chegamos até aqui com o propósito de reconhecer que espécie normativa é a figura da imunidade, e já sabemos tratar-se de regra que dispõe acerca da construção de outras regras. Além disso, salientamos que o espaço frequentado por tais normas é o patamar hierárquico da Constituição Federal, porquanto é lá que estão depositadas as linhas definidoras da competência tributária, no direito positivo brasileiro. (CARVALHO, 2005).

As imunidades receberam tratamento destacável, de forma expressa, codificada e distribuída em todo texto normativo da Constituição Federal de 1988, com destaque para as imunidades previstas no artigo 150, inciso VI, que são as Imunidades tributárias que, não se estão esgotadas, pelo contrário, como vemos com a EC/75, que estabeleceu a mais nova modalidade de imunidade tributária, conhecida como imunidade musical, ampliando o rol previsto no inciso VI, ao acrescentar a alínea “e” que diz ser vedado instituir impostos sobre:

fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

#### **4 CONCEITO DE IMUNIDADE**

As Imunidades Tributárias são previsões constitucionais que implicam em verdadeiras limitações ao poder de tributar, objetivando a proteção de valores elencados na Constituição Federal, como os valores éticos, sociais, políticos e religiosos, protegendo esses respectivos valores das situações ou hipóteses de cumprimento de uma tributação, como assevera a seguir:

A imunidade nasce em decorrência do resguardo de determinados valores da sociedade, inclusive inseridos em princípios constitucionais. Por isso, algumas idéias, padrões, valores sociais aceitos ou mantidos, tais como: políticos, educacionais, sociais, econômicos e culturais de grande relevância para a sociedade, são o suporte das normas imunizantes. É certo que toda essa valoração normalmente decorre de um momento relevante dentro do contexto histórico. (FILHO, 2010)

Na nossa Constituição Federal, as Imunidades tributárias estão elencadas na seção separa para o Sistema Tributário Nacional, no seu artigo 150 inciso IV, que está disposto da seguinte forma:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (Constituição Federal, 1988)

Porém, devemos inicialmente, esmiuçar a distinção existente entre Imunidades e Isenções, que são institutos constantemente confundidos entre si,

sendo tratados por muitos como iguais ou com a mesma finalidade. Sim, não seria errado dizer que elas possuem a mesma finalidade em uma visão geral, pois ambas têm por objetivo afastar a tributação de certas situações e de certas pessoas, sejam elas jurídicas ou físicas, mas possuem nítidas diferenças quanto a sua disposição no plano jurídico brasileiro, seu alcance e sua aplicação.

Temos a primeira diferença, quanto a sua disposição no plano jurídico interno, porque, enquanto as Imunidades Tributárias estão previstas na Constituição Federal, as Isenções estão previstas no plano infraconstitucional, ou seja, estão abaixo da nossa CF/88, visando a primeira, atender aos anseios desejados pelo constituinte em prol de uma benesse a nação e, a última, limitadas ao plano tributário estatal, que afasta o crédito tributário de determinadas situações que lhe demonstrem interesse por motivos extrafiscais, cabe também destacar, o caráter de cláusula pétrea, na qual as imunidades são revestidas, enquanto as isenções não possuem a mesma característica, podendo ser modificada pelo legislador.

Segundo Regina Helena Costa, “a afirmação segundo a qual a imunidade tributária é limitação constitucional ao poder de tributar é absolutamente vaga, já que a expressão abriga outras categorias jurídicas que com ela não se confundem”, sendo assim, podemos concluir que as Imunidades tem um caráter constitucional mais amplo e imperativo, não se aplicando a fatos concretos, como preceitua a ilustre professora Regina Helena, ao afirmar mais uma vez com precisão que “descabido atrelar-se ao fenômeno da incidência as normas imunizantes, que, como regras de estrutura que são, não incidem sobre fatos”

Nesse diapasão conceitual, vale mais uma vez citar o que a professora Regina Helena definiu como imunidades, ao dizer que “norma constitucional impeditiva da existência de competência tributária em relação a certas, pessoas, situações ou bens”.

Na linha dos doutrinadores contemporâneos, podemos citar ainda o professor Eduardo Sabbag, que também conceituou as imunidades da seguinte forma:

conceituamos imunidade como a norma constitucional de desoneração tributária, que, justificada no plexo de valores proclamados no texto constitucional, inibi a atribuição de competência impositiva e credita ao beneficiário o direito público subjetivo de ‘não incomodação’ perante o ente tributante. (SABBAG, 2011).

## **5 IMUNIDADE MUSICAL, ARTIGO 150, VI, “E”, CF/88**

A PEC da Música, como era conhecida antes de vir a tornar-se efetivamente em Emenda Constitucional, passando a ser conhecida como Imunidade Musical, trata-se de um projeto proposto pelo até então Deputado Otavio Leite (PSDB/RJ), datado do ano 2007, que veio a ser aprovada e posteriormente promulgada em 16 de outubro de 2013, que tinha por finalidades o combate a a contrafação, ou como é mais conhecido, a pirataria, a proteção aos mercados fonográficos brasileiros garantindo uma maior segurança e proteção artística e, a promoção da facilidade de acesso das classes sociais menos favorecidas, a cultura musical.

Buscou-se com essa Emenda Constitucional, desonerar a maioria das fases de produção de uma obra musical produzida ou gravadas por artistas da nossa nação, diminuindo assim, o impedimento econômico em cima de um produto original, conseqüentemente, facilitando o acesso a estes.

Ao lermos o dispositivo normativo da Imunidade Musical, que se encontra no art. 150, VI, “e”, se faz necessário o esclarecimento terminológico de alguns pontos, antes, vejamos o dispositivo:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (Constituição Federal, 1988)

Ao se referir na primeira linha, aos fonogramas e videofonogramas musicais, trazemos a Lei dos Direitos Autorais, que melhor conceitua o que venha a ser o fonograma, ao dizer: “fonograma é toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual.” Sendo assim, por consequência lógica, temos que videofonogramas, nada mais são do que a gravação de imagem e som, de qualquer interpretação musical, os videoclipes e os dvd’s musicais são exemplos disso.

No que tange a segunda linha do dispositivo que afirma, “contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros”, não se trata de pleonasma referente a primeira linha, como que em uniformidade, muitos doutrinadores seguem o raciocínio de que esta afirmativa buscou garantir uma proteção artística cultural aos artistas brasileiros, porém, quanto ao seu alcance surgem divergências, em razão do emprego do termo “obras em geral”, dando uma ideia de amplitude da referida imunidade, porém, uns entendem ser unicamente direcionadas a obras musicais ou com presença de fonogramas (sons), já na contramão dessa corrente, temos os defensores da amplitude, garantido a imunidade por exemplo, aos recitais de poesias, o certo é que, embora não se tenha esclarecido no texto normativo, nos prendemos ao que a ilustre professora afirmou sobre a temática, ao dizer que:

As normas imunizantes têm seus objetivos facilmente identificáveis pelo intérprete, porquanto estampados na Constituição, quase sempre de modo explícito. A partir da identificação do objetivo (ou objetivos) da norma imunizante, deve o intérprete realizar a interpretação mediante a qual o mesmo será atingido em sua plenitude, sem restrições ou alargamentos do espectro eficaz da norma, não autorizados pela própria Lei Maior. (COSTA, 2011)

Ou seja, em outras palavras, caberá ao julgador diante de um caso concreto, fazer a interpretação da Lei em face do presente caso.

Quanto aos “suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham”, se referem aos meios que os videofonogramas e os fonogramas venham a se materializar, como os dvds, cds e blu-ray e, no que diz respeito aos arquivos digitais, temos as plataformas virtuais que possibilitam você baixar essas músicas para celulares e tablets por exemplo.

Por fim, cabe destacar a exceção feita no dispositivo normativo pelo legislador, “salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser”, foi instituída por força de lei, conforme o parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao dizer que a referida exceção visa resguardar:

a produção industrial de CDs e DVDS na Zona Franca de Manaus, com a manutenção da exclusividade do benefício atualmente concedida na etapa de replicação às indústrias localizadas naquela região.

## 5.1 PROTEÇÃO ARTÍSTICA CULTURAL

Como já falado anteriormente, uma das finalidades da presente imunidade em estudo, foi garantir a proteção artística cultural, como vemos no dispositivo normativo ao expor que, “contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros”, ocorre que, embora tenha sido muito bem pensada por parte do legislador, o referido destaque que demos acima, fere de certa forma, um dos princípios basilares da nossa constituição, ao reduzir o alcance da imunidade citada aos brasileiros, desprezando ou ignorando no campo tributário, as influências culturais dos estrangeiros, sendo o princípio do acesso à cultura, respaldado nos tratados internacionais, tendo em vista que, como bem sabemos, nosso ordenamento jurídico é influenciado por normas de tratados internacionais que versem sobre a proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade humana, dentro desse parâmetro, encontramos uma série de princípios valorativos que devem ser respeitados, em razão de termos o Brasil figurando como signatário em muitos desses tratados internacionais, sendo assim, não cabe falar em conflitos de normas como bem preceitua o professor Valerio Mazzuoli, ao afirmar que:

Na medida em que a Constituição lhes atribui a natureza de “normas constitucionais”, os tratados de proteção dos direitos humanos também passam, pelo mandamento do citado §1º do seu art. 5º, a ter aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem efeitos no plano interno como no plano internacional. (MAZZUOLI, 2005).

No que tange a importância do direito do acesso a cultura, cabe também trazeremos o que afirma Bernardo Novais da Mata Machado, ao dizer que:

Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, cuja história remonta à Revolução Francesa e à sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que sustentou serem os indivíduos portadores de direitos inerentes à pessoa humana, tais como direito à vida e à liberdade. (MACHADO, 2007)

É inadmissível negar a influência de ideais estrangeiras não só em nosso ordenamento jurídico, como também em outras áreas de âmbitos sociais, como na área da cultura, na qual temos fortes influências de culturas estrangeiras, como as inspirações acadêmicas na área filosófica, da poesia, com destaque para William Shakespeare que ainda hoje tem suas obras utilizadas nos grandes centros

acadêmicos, na área musical, a grande influência americana no tocante ao jazz, blues ou, a influencia europeia, com suas grandes orquestras que influenciaram as produções musicais clássicas no Brasil.

Então, se vier a ocorrer em um caso concreto, uma obra em que figurem na sua produção, de forma simultânea, a presença de um brasileiro e um estrangeiro, deverá ser aplicada a referida imunidade? ou a presença do estrangeiro em sua produção criaria óbices a sua execução? É nesse ponto que reside a problemática sobre o assunto, por não ter ainda uma posição a respeito do tema, que venha a esclarecer o dispositivo constitucional.

Diferentemente do que ocorre na área Penal, quando uma pessoa é presa de forma injustificada ou arbitrária, gera-se uma comoção e uma repercussão a níveis mundiais, porém, o mesmo não ocorre quando se trata de um desrespeito as pautas sociais culturais, como se estes pudessem ser mais tolerados, não possuindo mecanismos coercitivos ou de fiscalização efetiva sobre eles, como bem afirma diz Jayme Benvenuto Lima:

Este aspecto se comprova pelo fato de que, por vezes, os que advogam em favor da divisibilidade dos direitos humanos recorrem à inexistência do protocolo facultativo para desqualificarem os direitos económicos, sociais e culturais. (LIMA, 2002)

Por fim, não podemos negar que a cada dia, nossos legisladores estão se debruçando cada vez mais a respeito da importância de garantir o acesso a cultura para todos, porém, devemos sempre estarmos atentos a alguns pequenos deslizes, que podem vir, de alguma forma, macular obras bem pensadas como essa da Imunidade Musical.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As Imunidades Tributárias, previstas na Constituição Federal, passaram por um longo processo evolutivo, sempre ampliando seus horizontes e alcançando outros ramos sociais, sempre visando proporcionar melhores condições de vida para aqueles que gozam dessa benesse jurídica ou, auxiliando na manutenção de alguns serviços prestados a comunidade ao não permitir a tributação em cima destes, em

razão de sua finalidade, como por exemplo a imunidade garantida aos “templos de qualquer culto”.

Dito isto, é inegável que as Imunidades Tributárias, tenham sofrido influências dos tratados internacionais que versem sobre os Direitos Humanos e a Dignidade Humana, de forma direta ou indireta, como podemos observar na Imunidade da alínea “d” do artigo 150 inciso VI, que trata das imunidades a “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” e, como a mais nova imunidade elencada no artigo que ampliou o seu rol de alcance, temos a da alínea “e”, do mesmo artigo, que versa sobre a imunidade garantida aos “fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser”.

Como já dito anteriormente, nos últimos anos temos observado uma crescente preocupação por parte dos legisladores, com o princípio do acesso a cultura de todos, principalmente aquelas classes menos favorecidas, criando projetos de leis que visem amenizar essa situação, proporcionando, embora que aos poucos, a busca pela dignidade humana que, sem dúvida alguma, passa pelo conhecimento proporcionado pela cultura, porém, ainda se faz necessário muitos avanços nas questões jurídicas que garantam e, além de garantir, que proporcionem meios de coercitividade das aplicações normativas previstas para os dispositivos que busquem ampliar o acesso à cultura por todos.

## **REFERÊNCIAS**

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Tributário**. 24a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 83.

ICHIHARA, **Imunidades Tributárias**, 2000, p. 133-136. Atlas

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 185.

FILHO, Marcello Martins Motta. **Imunidades tributárias** - XXIII simpósio de direito tributário. *Caderno de pesquisas tributárias*. Disponível em: <[http://www.motta.adv.br/motta\\_outros\\_artigos.asp](http://www.motta.adv.br/motta_outros_artigos.asp)>.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias**: teoria e análise da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias**: Teoria e Análise da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 117.

## O DIREITO AO SILÊNCIO: Garantia Constitucional no Processo Penal

Cassandra Reis Visani<sup>1</sup>  
Maria Adelice da Silva Luz<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto de estudo o Direito ao Silêncio, destacando os direitos fundamentais, verificando se tal prática encontra-se fundado nos ditames constitucionais. Buscar-se-á a caracterização do Direito ao Silêncio, verificando os princípios, bem como sua aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Processual Penal, Direito ao Silêncio, Garantia Constitucional.

**ABSTRACT:** *The present work has as object of study the Right to Silence, highlighting the fundamental rights, verifying if such practice is based on the constitutional dictates. The characterization of the Right to Silence will be sought, verifying the principles, as well as their applicability in our legal system.*

*Key words: Criminal Procedural Law, Right to Silence, Constitutional Guarantee.*

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca uma reflexão acerca do Direito ao silêncio, onde a carta Magna estabelece como garantia fundamental do indivíduo no processo penal o direito de permanecer em silêncio na persecução do Estado a um ilícito, independente de sua natureza, conforme disposto no artigo 5º, LXIII. Sendo assim, o indivíduo que estiver perante uma autoridade pública dentro de um procedimento investigatório, terá o direito de não produzir provas contra si mesmo, garantindo o direito de não se auto incriminar.

O Direito ao Silêncio é garantia prevista no processo legal, conforme disposto no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal do Brasil, em que parte do princípio da presunção de inocência elencado no artigo 5º, inciso LVII. Tal direito vai além do simples fato do indivíduo poder permanecer calado, é o direito de não declarar contra si próprio, de não confessar, de não ceder o seu corpo para produzir provas contra si mesmo. Nesse sentido, no julgamento do HC 92.219-SP, o Ministro Celso de Mello sublinhou que a garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está obrigado à auto incriminar-se.

Entendermos que o direito ao silêncio constitui uma dupla garantia no que tange constituir um direito fundamental de não produção de provas contra si, bem como um

---

<sup>1</sup> Discente UNIESP.

<sup>2</sup> Docente UNIESP.

importante mecanismo de autodefesa dos acusados em geral, consubstanciado no interrogatório, onde o investigado por exercer sua liberdade de consciência renunciando o direito em audiência ou evitando que sejam colhidos elementos desfavoráveis à sua defesa. Quanto a este assunto, o Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu que os artigos 5º, LXIII da CF e 18, e seu parágrafo único, do CPP, conferem ao acusado o direito ao silêncio ou não autoincriminação, ao permitir que, por ocasião de seu interrogatório, cale acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do princípio do sistema de garantias constitucionais, negue a autoridade delitiva, sem que isso enseje apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo magistrado, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados, pois ao depois não está o réu obrigado a seu auto incriminar. (HC 131111-SP-5ª T – Ministro Jorge Mussi, Dje 07/06/2010).

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre esta temática, reafirmando sua natureza de meio de defesa do réu, especialmente com as inovações trazidas pela Lei 10.792/2003. Além de estar legalmente previsto na Constituição Federal, cabe destacar ainda, sua previsão em tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, tal como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos que também se referem ao princípio do direito ao silêncio, estabelecendo que toda pessoa acusada de um crime tem o direito de não se auto incriminar.

Pelo exposto, percebemos que a garantia constitucional do direito ao silêncio ou da não autoincriminação é manifestado a partir do princípio da presunção de inocência, considerado como um pilar do nosso ordenamento jurídico processual penal e dos principais tratados internacionais sobre direito humanos. Por muito tempo, de maneira errônea, o direito ao silêncio era entendido como algo que permitia o uso da mentira como forma de autopreservação e não autoincriminação do acusado. A todos é assegurado o direito de não produzir provas contra si mesmo e o de permanecer calado como forma de exercício garantido constitucionalmente. Porém, não podemos utilizar uma garantia para encobrir condutas proibidas em lei como a de tumultuar o processo e não contribuir com a justiça e as demais autoridades, sob pena de abuso de direito previsto no artigo 186 do Código Civil.

## **2. O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO**

O direito ao silêncio é uma inovação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º LXIII, o princípio da não autoincriminação, que assegura ao preso e ao

acusado em geral o rechaço a obrigatoriedade de produção de provas contra si mesmo. Sua positivação foi influenciada pelo direito norte-americano, a partir do caso de Miranda V. Arizona, de 1966, em que se consignou a tese de que nenhuma serventia poderá ser conferida às declarações feitas por uma pessoa à polícia sem que o envolvido seja informado acerca do seu direito a não responder. Nesse sentido Gilmar Mendes ensina:

Tal como anotado pelo Min. pertence em magnífico voto proferido no HC. 78.708, de que foi relato (DJ de 16-4-1999), “o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional – a partir de sua mais eloquente afirmação contemporânea em *Miranda VS. Arizona* (384 US 436, 1996), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira – porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a autoincriminação – nome *tenetur prodere se ipsum*, quia *nome tenere detegere turpitudinem suam* -, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder atualidade”. Essas regras sobre a instrução quanto ao direito ao silêncio - as chamadas *Miranda rules* – hão de se aplicar desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação. “while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way” (BRANCO, MENDES 2012, p. 638)

No direito infraconstitucional, o artigo 186 do Código de Processo Penal dispõe sobre a imposição de que o juiz informe o acusado, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder as perguntas que lhe forem formuladas, como também a previsão do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, em que é vedada a utilização do silêncio como confissão e como argumento em desfavor do réu. A titularidade deste direito não está apenas atribuída ao preso, conforme o texto constitucional e alguns diplomas sugerem, mas também ao solto ou qualquer indivíduo posicionado como objeto de procedimento investigatório.

As testemunhas e as vítimas chamadas a depor na fase inquisitiva e processual, protegem-se da mesma forma, não podendo ser forçadas a responderem perguntas que se revelem idôneas a incriminá-las. Para a efetivação do direito ao silêncio, exige-se a prévia e formal advertência, sob pena de vícios na prova obtida a partir de uma involuntária autoincriminação.

Os Tribunais Superiores têm assinalado que a ausência da advertência quanto ao direito ao silêncio não gera, automaticamente, nulidade, a qual precisa estar associada ao prejuízo e a falta de voluntariedade para que se justifique a retirada da higidez do ato processual (ver STF: AP 611/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 30/09/2014, AP 530/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Luis Roberto Barros, 09/09/2014; STJ: RHC 30528, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, 4/11/2014; HC 189364, Sexta Turma, Rel. Min.

Maria Thereza de Assis Moura, 13/08/2013) (ver STF: AP 611/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 30/09/2014, AP 530/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Luis Roberto Barros, 09/09/2014; STJ: RHC 30528, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, 4/11/2014; HC 189364, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 13/08/2013).

De acordo com Carvalho (2013 p.458), o Supremo Tribunal Federal registrou jurisprudência no sentido de que o dever de advertir sobre o privilégio é somente de agentes públicos, e não de outras pessoas que não sejam responsáveis primariamente por determinada investigação. Nesse mesmo sentido, subsiste o entendimento no que diz respeito ao direito ao silêncio ao imputado que falseia as declarações para se ver livre de uma acusação, em que se discute o direito de não produzir provas contra si mesmo, do qual o direito ao silêncio é manifestação, resguardado o direito de mentir.

De acordo com os entendimentos no sentido contrário, a conclusão de Guilherme Nucci qualifica-se irretocável, uma vez que o comportamento de dizer a verdade, em absoluto, não pode ser exigido do acusado, sendo inconstitucional qualquer sanção ou restrição eventualmente aplicada àquele que, para se defender de uma acusação, se vale do seu direito fundamental à ampla defesa, escolhendo o ato da mentira. Diz Nucci:

Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se auto acusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que saber ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdade, no intuito cristalino de fugir à incriminação. Aliás, o que não é verdade pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido, torna-se direito (...). No campo processual penal, quando o réu, para se defender, narra mentiras ao magistrado, sem incriminar ninguém, constitui seu direito de refutar a imputação. O contrário da mentira é a verdade. Por óbvio, o acusado está protegido pelo princípio de que não é obrigado a se auto incriminar, razão pela qual pode declarar o que bem entender ao juiz. É, pois, um direito (NUCCI 2014, p. 456).

Contudo, essa mentira defensiva é tolerada, do contrário das mentiras agressivas, ocorridas quando o envolvido imputa falsamente a terceiro inocente a prática delitiva ou na circunstância em que se acusa de crime inexistente ou praticado por outra pessoa, onde posteriormente será responsabilizado pelo crime de denúncia caluniosa e de autoacusação falsa, como dispões os artigos 339 e 341 do Código Penal. Prevalece ainda, o argumento de que o direito ao silêncio não abrange o direito de falsear a verdade no que tange à identidade pessoal, exurgindo típica a conduta de apresentar-se com nome falso ao ser preso com o intuito de esconder os maus antecedentes. (STF: HC 112846 / MG,

Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, 02/09/2014; STJ: AgRg no Resp 1269369 / RS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 04/12/2014).

Outra controvérsia é notada na problemática do silêncio parcial, onde o sujeito pode responder apenas a algumas das perguntas que lhe forem formuladas ou, ao contrário, não se pode calar após ter optado por contribuir para a persecução penal quando advertido da garantia da não autoincriminação.

Cabe ressaltar, que a exigência do consentimento do acusado surge quando a produção da prova demandar uma atitude ativa, não ocorrendo quando daquela seja necessária tão somente uma cooperação singelamente passiva ou de mera tolerância no contexto probatório. Lima destaca:

(...) sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento. Cuidando-se do exercício de um direito, tem predominado o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obriga-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. Além disso, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura o crime de desobediência nem o de desacato, e dela não pode ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade, pelo menos no processo penal (LIMA 2014, p. 81).

Não cabe a alegação de ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, portanto, no que diz respeito às provas que exigem somente a tolerância do acusado, não persistindo o direito de não produzir provas contra si mesmo quando o acusado for objeto de verificação.

### **3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

#### **3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio da Dignidade da pessoa Humana é assegurado constitucionalmente a todo ser humano, pelo simples fato de sua existência, a vida humana é dotado de direitos que devem ser preservados, constituindo um valor universal.

A Constituição Federal de 1988 surgiu numa conjuntura pós-ditadura e de um movimento político em que se buscava a defesa dos direitos fundamentais. Com ela surge o Estado Democrático de Direito, visando a garantia dos direitos sociais e individuais, bem como o desenvolvimento da igualdade, o bem estar e a justiça social. Com isso, a dignidade da pessoa humana se consagrou como princípio fundamental, como dispõe o artigo 1º, III da Constituição Federal do Brasil.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito:  
III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

O processo penal vai alcançar seu alicerce na própria Constituição, onde nela estão elencados os princípios do regime adotado por nosso ordenamento jurídico, onde sistematiza e revela uma diretriz inequívoca de valorização da pessoa humana. No tocante à descrição dos delitos e à aplicação das penas, busca-se resguardar a integridade do indivíduo como pessoa, porém, é no processo que essa vertente se revela mais abrangente, visto que no processo penal o que se julga não é somente o delito, mas também a pessoa. No entanto, o que temos hoje é o oposto, onde o Direito Penal e o processo penal têm funcionado como mecanismos de coisificação do homem, onde o ser humano é tratado como objeto do processo.

No processo penal brasileiro, vigora o dogma da busca da verdade real, a pessoa humana é transformada em objeto do processo, com prisões preventivas que visam muito mais a antecipação de pena do que a segurança do Juízo, sob as estritas condições do artigo 312 do Código de Processo Penal.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência representa um mecanismo de proteção para aqueles que sofrem acusação e, seus precedentes históricos remontam a época da Declaração Dos Direitos Humanos, como discorre Bonfim:

O princípio de positiva pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rosseau etc.). Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.5.1948) e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 19.12.1948). (BONFIM, 2010, p.76)

Cabe observarmos que a Constituição Federal brasileiro, no Título II, elenca o rol de garantias fundamentais, dentre os quais em seu artigo 5º, inciso LVII. Prevê o Princípio da Presunção de Inocência, sendo o qual: “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Quanto à presunção da inocência, Piloni salienta:

A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas de afirmação dela como valor normativo a ser considerado

em todas as fases do processo penal abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto à fase processual propriamente dita (ação penal). (PILONI, 2013, p, 22)

Vale destacar que o artigo 5º, inciso LVII, prevê explicitamente o princípio da presunção da inocência, sendo este, uma garantia individual, em que se encontra protegido entre as cláusulas pétreas. Hachem formula o seguinte pensamento:

O constituinte impôs essa proibição em um momento de lucidez, de amplo debate democrático, que contou com a participação dos mais diversos segmentos da sociedade, para evitar que súbitos emocionais experimentados por maiorias eventuais no Parlamento viessem a degradar a essência da Constituição. Se o poder constituinte e criar uma nova ordem constitucional, pois a anterior não poderia sobreviver se lhe fossem retiradas essas disposições fundamentais. Eliminar uma cláusula pétrea é como retirar o coração do sistema constitucional, ferindo-o de morte. (HACHEM, 2016, p. 8)

Ainda quanto ao princípio da presunção da inocência, este visa garantir que enquanto estiver pendente qualquer possibilidade da interposição de recurso por parte da defesa, existe e é devida uma presunção de que o réu é inocente. Sendo assim, enquanto não houver trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não será obrigado a iniciar o cumprimento da pena, visto que, nesse caso, ele ainda é considerado presumidamente inocente.

No entanto, no que tange a prisão cautelar, esta poderá ser decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, para que possa assegurar a devida apuração das investigações ou do processo criminal. Diante disso, Lima discorre:

Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção da inocência. (LIMA, 2016, p. 1162)

Ao observarmos o princípio da presunção da inocência, constatamos que este representa um fato de proteção para aqueles que sofrem acusação. Analisando tal dispositivo, cabe questionar acerca do efeito que esse novo entendimento acarreta, onde o acusado vindo a perder a sua liberdade por conta de decisão condenatória provisória por órgão colegiado, vindo a ser modificada e alterada de condenação para absolvição, seno assim, como ficará a liberdade que foi retirada deste indivíduo. Segundo o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, ao ser arbitrada a

prisão, além do tempo e/ou erro judiciário, isso irá gerar para o indivíduo que teve seu direito de liberdade ceifado a pleitear indenização ao Estado pelo dano sofrido. Vale salientar, que a jurisprudência atual dos Tribunais sobre prisão preventiva é aplicada por analogia a casos de execução provisória de pena, a resposta seria, em regra, não haverá direito à indenização. Nesse sentido temos o julgado do STJ de 2014:

(...) O dano moral resultante de prisão preventiva e da subsequente sujeição à ação penal não é indenizável, ainda que posteriormente o réu seja absolvido por falta de provas. Em casos dessa natureza, ao contrário do que alegam as razões do agravo regimental, a responsabilidade do Estado não é objetiva, dependendo da prova dos seus agentes (policiais, membros do Ministério Público e juiz) agiram com abuso de autoridade. (...) (STJ. 1ª Turma. AgRg no AREsp 182.241/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 20/02/2014)

Sendo assim, o indivíduo que foi preso preventivamente e depois foi absolvida, em regra, não tem direito à indenização por danos morais, salvo em situações excepcionais, não sendo essa situação considerada um erro judiciário.

### 3.3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu texto um rol de direitos e garantias com a finalidade de servir à cidadania e à democracia. Desta forma, devemos destacar o artigo 5º, inciso LIV, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

De acordo com José Afonso da Silva (2005), o princípio do devido processo legal combinado com o direito de acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, forma o ciclo das garantias processuais, garantindo o processo, com as formas instrumentais adequadas, com uma prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, assegure a cada um o que é seu por direito.

O devido processo penal é direito fundamental do homem frente à persecução penal do ente estatal, sendo através do direito ao devido processo que o tratamento digno à pessoa humana vem garantindo os direitos à ampla defesa e à contraposição de cada um dos fatos apresentados.

De acordo com Tucci (2011), se entende por princípio do devido processo legal o direito do cidadão de ter estatuído em lei vigente, um procedimento destinado à investigação, à instrução e ao julgamento de fato tido como penalmente relevante. Sendo assim, as normas desse procedimento deverá dignificar a pessoa humana, presumindo-se a sua inocência e oferecendo-lhe meios efetivos de defesa, dentro os quais o direito de contradizer cada um dos elementos trazidos aos autos, como também o direito de se calar frente às acusações que lhe são feitas.

### 3.4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório de acordo com Canotilho (2002) é uma garantia que decorre do devido processo legal, em que ambos encontram-se previstos na Constituição Federal de 1988, no rol taxativo de direitos e garantias fundamentais. Como expõe Bonato:

Os dispositivos elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente os pertinentes ao direito penal e ao processo penal, enquadram-se na categoria de direitos-garantia, isto é, são garantias que possuem mais que uma função instrumental: podem ser consideradas autêntico direito subjetivo. (BONATO, 2003, p. 72)

O princípio do contraditório está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Também está previsto no artigo 8º da Convenção de Direitos Humanos, a qual prevê que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos as obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969)

No mesmo sentido expõe Portanova:

O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja

processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se para todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal são integrados pela bilateralidade. (PORTANOVA, 2001, p. 160-161)

Dessa forma, de acordo com Fernandes (2005), o juiz antes de decidir o caso no processo penal, deverá ouvir ambas as partes, lhes dando a oportunidade de iguais condições, uma vez que o contraditório “refere-se à oportunidade que é dada à parte contrariar os atos da parte adversa.” (FERNANDES, 2005, pp. 66)

De acordo com Noronha (2002), no processo penal é a oportunidade de o acusado ser ouvido pelo juiz e refutar a acusação feita pelo autor da ação penal. Portanto, o contraditório nas palavras de Coutinho, “é o típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional”. (COUTINHO, 2001, p. 43)

Nesse sentido, para que possamos concretizar o contraditório, é preciso que ele seja pleno e efetivo, e não somente formal, como preceitua Fernandes:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os fatos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-las. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares. (FERNANDES, 2005, p. 61)

O princípio do contraditório “é imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 221), sendo que o processo penal não será devido e justo senão existir efetivamente igualdade de condições entre as partes. Ainda que, para que se tenha um processo penal democrático, não se pode pensar em restringir este princípio, uma vez que ele é uma garantia constitucional. (COUTINHO, 2011, p. 44)

### 3.5 O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da Ampla Defesa é um direito legalmente previsto no Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que as partes têm para apresentarem argumentos em seu favor, nos limites, em que seja possível conectar-se, portanto aos princípios da igualdade e do contraditório.

Nesse sentido, Edilson Bonfim dispõe que: “Fundamento legal: artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurado à contraditória e ampla defesa, com meios a ela inerente)”. (BONFIM, 2008, pp. 43)

Por sua vez, Nucci discorre que o princípio da ampla defesa significa que:

Ao réu é concedido o direito de valer de amplos e extensos métodos para de defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura de vida pela força estatal. (NUCCI, 2011, p.86)

Nesse mesmo sentido, Nucci ainda assevera que:

A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal, sendo este vedado à acusação, bem como a oportunidade de se verificar a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando um dativo, entra outro. (NUCCI, 2011, p. 87)

Cabe destacar, ainda sobre o tema, o entendimento de Ruy Barbosa Marinho Ferreira:

Ao falar de princípio da ampla defesa, na verdade esta se falando dos meios para isso necessários, dentre eles, assegurar o acesso aos autos, possibilitar a apresentação de razões e documentos, produzir provas documentais ou periciais e conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. O direito a ampla impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes sobre o processo. A garantia constitucional a ampla defesa contempla a necessidade defesa técnica no processo, visando à paridade de armas entre as partes e, assim, evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdade e justiça. (FERREIRA, 2011, p. 98)

Sendo assim, o Princípio da Ampla Defesa obedece uma garantia constitucional adjudicada ao acusado, para que o indivíduo possa se defender, sem qualquer empecilho de seus direitos constitucionais.

#### **4. NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO**

A natureza jurídica do interrogatório gera inúmeros desdobramentos que ultrapassam a discussão acadêmica, sendo assim, vale salientar o que dispõe Pacelli:

Que continue a ser uma espécie de prova, não há maiores problemas, até porque, as demais espécies defensivas são também consideradas provas. Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa. (PACELLI, 2014, p. 380)

Vale destaca o posicionamento segundo o qual o acusado é um mero objeto de prova, ultrapassado com o advento da Constituição Federal de 1988 e as modificações trazidas com o CPP. Nas palavras do professor Nucci:

É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. (NUCCI, 2009, p. 419)

Destacamos ainda o posicionamento em que o interrogatório do acusado é meio de prova de defesa, de forma indistinta, porém a doutrina entende que este deve ser considerado superado, em razão do direito ao silêncio garantido pela Constituição federal brasileira.

Ainda, de acordo com Nucci, o interrogatório judicial do acusado é precipuamente meio de defesa e subsidiariamente, meio de prova, sendo assim, o interrogatório de acordo com o doutrinador, apresenta natureza híbrida ou mista. Desta forma Nucci discorre:

Note-se que o interrogatório é, fundamentalmente meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo. (NUCCI, 2009, p. 404)

Tal corrente busca sustentação no crivo do contraditório, presente no interrogatório, onde as partes poderão intervir no ato fazendo perguntas dirigidas ao juiz, no procedimento comum, e diretamente ao réu, no tribunal do júri.

Para Pacelli (2014), o interrogatório é meio de defesa, onde, com a nova sistemática vigente a partir da Lei 11.719/2008, onde o interrogatório passou a ser o último ato da instrução, após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, esclarecimentos dos peritos, acareações e demais diligências.

Nesse sentido reforça Paulo Rangel:

Tem natureza jurídica de um meio de defesa, pois é dado ao acusado o direito constitucional de permanecer calado, sem que o silêncio acarrete-lhe prejuízos, pois o parágrafo único do artigo 186 do CPP veda expressamente aquilo que a Constituição Federal Brasileira já fazia, mas precisava de uma lei para dar efetividade à Constituição, o que, por si só, caracteriza um absurdo incomensurável. Ademais, o interrogatório é realizado depois da oitiva das testemunhas, isto é, como instrumento de defesa. (RANGEL, 2012, p. 570)

Nessa mesma linha de pensamento, o jurista Rangel ainda afirma que:

A possibilidade de as partes intervirem no interrogatório (contraditório) não elimina sua natureza jurídica de meio de defesa, como já dissemos, ou seja, continua o réu podendo se reservar ao direito de não responder, não só a todas as perguntas que forem formuladas, mas a apenas algumas, em especial aquelas formuladas pela acusação. As consequências de sua negativa, perante o conselho de sentença, por exemplo, é ônus seu, já que, lamentavelmente, o júri brasileiro ainda trabalha com íntima convicção. (RANGEL, 2009, p. 570)

Diferentemente do entendimento de Paulo Rangel, para Pacelli (2014), interrogatório é essencialmente um meio de defesa, com o reconhecimento do direito ao silêncio, tendo por consequência a conclusão de que o não comparecimento do réu ao referido ato não poderá implicar a aplicação de sanções processuais, com isso, a inaplicabilidade do agravamento de eventual medida cautelar imposta, a menos que se possa justificar a ausência no interrogatório como

indício de risco à aplicação de lei penal. Desta forma, o autor discorre que: “Por tal razão, o autor defende que, ao se tratar de um direito, a ele não se poderá impor nem a revelia, nem restauração de prisão ao preso provisório, já que o direito à defesa não pode ser sancionado”. (PACELLI, 2014, pp. 383)

## **5. A LEI DE DISPENSA DE COMPARECIMENTO**

De acordo o sistema vigente, o interrogatório é um ato processual realizado se a atuação das partes, onde nem o Ministério Público ou o assistente, nos casos de crimes de ação pública, ou o querelante, nos crimes de ação de iniciativa privada, e nem o advogado poder participar ativamente da audiência. Nesse sentido, o disposto no artigo 187 do Código de Processo Penal discorre que: “O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”. Desta forma, podemos reafirmar que o silêncio do acusado é um direito constitucional e, sendo ele citado para o interrogatório, constituir advogado, o processo deverá prosseguir mesmo sem o seu comparecimento.

Nesse sentido, temos o entendimento de Tourinho Filho:

Por outro lado, se não atender ao chamamento judicial e, ao mesmo tempo, constituir advogado para patrocinar-lhe a causa, é sinal evidente de que sabe que está sendo processado, e, se não comparece para ser interrogado, o processo prossegue normalmente com a presença do Advogado constituído. (FILHO, 2012, p. 67)

O artigo 457 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.689 de 2008, prevê que o julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto que tiver sido regularmente intimado. Vale salientar que, em regra, no processo penal, a citação será feita através de oficial de justiça, contudo, é possível que o réu seja citado por edital, na hipótese de não ser encontrado.

Podemos destacar ainda, uma importante alteração do mesmo dispositivo em menção, no que se trata sobre a intimação pessoal da decisão de pronúncia. Em consonância com a regra atual, artigo 413 do CPP, o processo não poderá prosseguir até que se proceda à intimação pessoal da pronúncia, nos crimes inafiançáveis, em que chamamos de crise de instância, em que é imposto a suspensão do processo, até que o réu seja encontrado, permitindo, assim, que seja decretada a prisão preventiva, com fundamento na garantia da aplicação da lei penal.

## 5.1 DA REVELIA NO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal sempre que se refere ao acusado que não atende a citação ou a intimação para prática de algum ato processual, este será mencionado como ausente. Mesmo quando o acusado não apresenta defesa escrita, este não será tratado como revel, visto que não há no dispositivo legal o uso dessa nomenclatura. E quando é indispensável à presença do mesmo em juízo, o código assegura ao juiz os poderes previstos no artigo 260 do CPP.

Desta forma, não podemos ver a revelia no Processo Penal, como vemos no processo civil, visto que fere vários princípios de ordem constitucional e processual, dos quais protegem os direitos indisponíveis do réu, dentre eles o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, entre outros.

Contudo, existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial, ainda que seja majoritário o posicionamento em reconhecer a aplicação do instituto da revelia, para determinados casos, no processo penal, existem entendimentos contrários.

Nesse sentido Nucci discorre que:

O réu citado, que não comparece para ser interrogado, desinteressando-se por sua defesa, uma vez que são sempre indisponíveis, nesse caso, terá defensor nomeado pelo juiz, nos termos do artigo 261 do CPP [...]

Enfim, o que ocorre na esfera penal é a simples ausência do processo, consequência natural do direito de audiência. O réu pode acompanhar a instrução pessoalmente, mas não é obrigado a tal. Estando presente seu defensor, o que é absolutamente indispensável, ainda que *ad hoc*, não pode ser considerado revel [...] é preciso, pois, terminar com o hábito judicial de se decretar a revelia do réu ausente à instrução, como se fosse um ato constitutivo de algo. (NUCCI, 2016, pp. 826)

Percebemos assim, que a inatividade do réu no âmbito do processo penal, irá gerar a noção de ausência ou de não comparecimento, mas não de revelia, sendo ele citado pessoalmente ou até mesmo por edital. O réu tem o direito assegurado constitucionalmente de ser tratado como inocente, até o trânsito julgado da ação penal, não sendo permitida a confissão ficta, quando ele não se defende, como também não será permitido ser tratado como revel, por sua ausência. O princípio da inocência é um estado jurídico que imuniza o réu contra o status de culpado, visto que ninguém pode sofrer nenhum tipo de sanção penal, a não ser através de uma sentença condenatória inatacável.

Diante disso, podemos dizer que no sistema de provas adotado pelo processo penal, não teremos a decretação de revelia do acusado que deixou de comparecer para a audiência de interrogatório, visto que essa regra encontra-se mitigada pela redação dos artigos 196 e 616 do Código de Processo Penal.

Cabe destacar ainda, que as garantias do processo penal é resultado da experiência e conquista da sociedade ao longo do tempo, com o intuito de garantir o *jus libertatis* do cidadão contra o arbítrio do poder Estatal. Sendo assim, não podemos ter a paridade de armas no processo penal se não forem observados os postulados que colocam acusação e defesa no mesmo plano de tratamento.

Destarte, o réu que não compareceu a audiência ou à sessão em que será julgado, no processo de competência do Juiz singular ou do Júri, não terá seu comportamento interpretado como rebeldia, mas sim, como o exercício de uma faculdade ou direito que a lei lhe assegura.

## **6. DA EFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO**

A Constituição Federal de 1988 dispõe que o ambiente de ação dos institutos estatais foi demarcado, onde, qualquer pessoa que seja parte do processo investigatório tem, dentre outros benefícios, o direito de permanecer calado, assegurado constitucionalmente. Dessa forma, o Direito ao silêncio envolve a prerrogativa processual de recusar, ainda que venha ser verdade a prática do delito em questão.

Debatendo as regras do Código de Processo Penal, temos o artigo 186 do código em menção:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, 2003)

Contudo, esta garantia que permite a explanação extensiva, também adotada, com a inclusão do artigo 186 do CPP em favor do acusado que está em liberdade, estabelecendo que o acusado tenha o direito de permanecer em silêncio.

O direito a não acusação é visto como um direito subjetivo público de “permanecer calado”, previsto na CF/88, tendo como pensamento, que todos os acusados que possam vir a ser denunciado e ou punidos em consequência de suas próprias afirmações. Dessa forma, quando o suposto acusado evocar o direito de permanecer calado, o juiz, ou qualquer outra autoridade, em hipótese alguma não poderá interpretar que este silêncio lhe considere culpado, sendo assim, caso um juiz se manifeste ao contrário do que estar estabelecido no artigo 5º inciso LXIII, este

estará impedindo o acusado de gozar do seu direito fundamental, garantido constitucionalmente.

Vale salientar, que o direito ao silêncio não confere ao réu o direito de mentir, mas sim, de gozar do direito de não produzir provas contra si mesmo. Porém se um suposto acusado declarar-se controverso ao fato ocorrido, como meio de se proteger contra as obstinações e as ameaças que na maioria das vezes são impostas pela autoridade policial, onde este tem o papel de resguardar o suposto acusado, para que se possam apurar os fatos, tal atitude estará ferindo o devido processo legal.

Cabe destacar ainda o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à compatibilidade do direito ao silêncio do acusado e o princípio do contraditório, onde aquele, não poderá ser preterido em circunstância alguma, a solução só poderá ser a de retirar relevância às declarações prestadas, e não esclarecidas, privilegiando a vertente da defesa e sacrificando o meio de prova. Só assim teremos uma articulação de dois valores importantes do nosso ordenamento jurídico-criminal, assegurando o respeito pelos valores constitucionais, em que a relevância não parece admitir qualquer outra abordagem.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do presente trabalho, buscamos entender a importância da aplicação da proteção ao direito ao silêncio tanto no Direito Processual Penal, quanto no Direito Constitucional, onde está prevista no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal como um direito fundamental. Importante destacar, ainda, a previsão do direito ao silêncio nos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que também se refiram ao princípio do direito em menção, no qual estabelece que toda pessoa acusada tem o direito de não se auto incriminar.

Sabemos que com a aplicação do direito ao silêncio, no nosso ordenamento jurídico, tal instrumento veio servir para defesa do indivíduo perante o Estado. Contudo, não é um direito absoluto, visto que em certas circunstâncias, como o caso de ser permanecer calado em interrogatórios policiais para não se auto incriminar, não é considerado absoluto, pois há restrições, trazendo consequências piores ao acusado, sendo, dessa forma culpado por estar em silêncio antes mesmo de adquirir este direito. É oportuno dizer que o direito ao silêncio reside no direito do acusado de se calar e de não contribuir com informações que

lhe sejam desfavoráveis. Porém, o nosso ordenamento jurídico não protege quem, sob a premissa de exercer o direito constitucional da não auto incriminação, cria situações falsas com o propósito de conturbar as investigações, conduta essa abusiva de acordo com o artigo 186 da lei civil.

Desta forma, o STF modificou o seu entendimento quanto ao direito de mentir sobre sua identidade como forma de esconder os maus antecedentes e, assim, burlar o cumprimento dos mandados de prisão.

O direito ao silêncio veio para proteger o acusado, visto que é imprescindível falar sobre tal direito, relacionando-o com o princípio do *nemo tenetur se deteger*, ou seja, onde nenhuma pessoa será obrigada a produzir provas contra si mesmo. Este princípio visa uma maior proteção, estando inerente ao direito fundamental e diretamente prevista na constituição, onde o indivíduo será favorecido e não irá mais sofrer certas violências física e morais, no qual acontecia, anteriormente, onde o Estado usava como medidas excessivas quando o acusado não cooperava na investigação.

Conclui-se, portanto, que a presença do direito ao silêncio, faz com que o exercício do Estado seja mais árduo, buscando maior certeza, em busca da verdade, para que a justiça seja feita da melhor forma possível. Em contrapartida, o acusado deverá saber usar o seu direito de permanecer calado, até porque é limitado, podendo dessa forma afetar o convencimento do juiz. Percebemos que a garantia constitucional do direito ao silêncio ou da não autoincriminação é a manifestação maior do princípio da presunção de inocência, considerado como um pilar do ordenamento jurídico processual penal brasileiro e dos principais tratados internacionais sobre direitos humanos.

## **REFERÊNCIAS**

**BONFIN**, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal, 3ª ed. rev., atual. e ampliada São Paulo: Ed. Saraiva 2008, p. 43.

**BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet; **MENDES**, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**BRASIL**. Constituição Federal de 1988.

**BRASIL**. Lei 10792, de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

**Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

**BRASIL.** Código de Processo Penal: Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

**BRASIL.** Código de Processo Penal: Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.

**BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de Outubro de 1988.

**BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de Outubro de 1988.

**CAPEZ**, Fernando. Curso de Processual Penal. 20. ed. rev., atual e ampliada. São Paulo: Ed. Saraiva 2013, p. 65 e 66.

**CARVALHO**, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Comentário ao artigo 5º, LXIII. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Curso de Direito Processual Penal, Nestor Távora (2016).

**FERREIRA**, Barbosa Marinho Ruy. Livro Comentários a Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 1ª. ed. Leme/SP: Editora Edijur, 2011.

**LENZA**, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

**LIMA**, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. 9. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo :Editora Revista dos Tribunais, 2009.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. 8.ed.rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.86.

**NUCCI**, Guilherme. Código de Processo Penal Comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal Comentado. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 826.

**OLIVEIRA**, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli de Oliveira.- 18. ed. rev. E ampl. Atual. De acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo. Atlas, 2014.

**PACELLI DE OLIVEIRA**, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014 p.383.

**PACELLI**, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

**RANGEL**, Paulo. Direito Processual Penal – 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

## MULHERES NO CÁRCERE – A VIOLAÇÃO DA LEP E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

Ednaldo Costa De Barros Carvalho Neto<sup>1</sup>  
Maria Adelice da Silva Luz<sup>2</sup>

**RESUMO:** O sistema carcerário brasileiro enfrenta diversas dificuldades em aplicar corretamente a legislação pertinente – Lei de Execuções Fiscais – aos seus detentos. Contudo, a maior desvantagem analisada entre os detentos é a natureza feminina, ou seja, os homens não possuem períodos menstruais, não engravidam, não perdem a guarda dos seus filhos caso nenhum familiar tenha condições de criar a criança (a não ser que a mãe do seu filho esteja falecida ou igualmente presa), dentre outras situações desvantajosas. É notável que a natureza feminina não é respeitada nos ambientes prisionais, onde sua dignidade humana pouco é prestigiada e a lei mais uma vez é inaplicada. Em torno de todos os problemas vivenciados no dia a dia do cárcere brasileiro, as mulheres restam como esquecidas, tanto pela sociedade, quanto pela legislação, que não é posta em exercício para promover o mínimo de dignidade a estas detentas.

Palavras- chave: cárcere brasileiro, presídios femininos, violação da dignidade da pessoa humana, ineficiência da LEP.

**ABSTRACT:** *Since the beginning, the Brazilian prison system have been facing a large number of difficulties in applying properly the relevant legislation - tax enforcement law - to its detainees. However, the major disadvantage analyzed among detainees is the female nature. Men do not have menstrual periods, do not get pregnant, do not lose custody of their children if any family member is able to raise the child (unless child's mother is deceased or equally imprisoned), among others. It is remarkable that female nature is not respected in prison settings, where their human dignity is scarcely prestigious, and the law is once again inapplicated. Around all the problems experienced in the daily life of the Brazilian prison sistem, women remain forgotten as much by society as by the legislation that is not put into practice to promote the least dignity to these detainees women.*

Key words: *Brazilian prison, female prisons, violation of human dignity, LEP inefficiency.*

---

<sup>1</sup> Discente UNIESP.

<sup>2</sup> Docente UNIESP.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa a análise do sistema carcerário feminino e as suas violações quanto ao direito inerente à pessoa humana e ainda da aplicação precária da lei de execuções penais às apenadas.

Diversos estudos sobre o tema demonstram que o índice de mulheres a entrarem para a vida criminosa teve um crescimento elevado nos últimos anos. No entanto, diante desse crescimento, várias indagações sobre a vida da mulher presa foram levantadas. Sabe-se que o sistema penitenciário brasileiro sofre um déficit de eficiência quanto à ressocialização do indivíduo privado de liberdade, tornando os presídios um lugar para descartar a “escória social”, olhando àquelas pessoas como indigentes e indignas dos direitos da dignidade da pessoa humana.

Ademais, além da diferença econômica entre as pessoas encontradas presas para as que estão em sociedade, ainda temos a desigualdade de gêneros entre os próprios detentos, como, por exemplo, as mulheres. A anatomia feminina carece de mais atenção do que a dos homens. Porém, infelizmente, tal diferença não foi prevista, de forma detalhada, na LEP, repassando aos diretores dos presídios a responsabilidade para aplicar modos de adaptação um tanto débil às detentas.

Além do teor biológico, as mulheres possuem diversas desvantagens quanto aos homens, mas o sistema carcerário não se adaptou a essas divergências, de modo que a violação dos direitos fundamentais é gritante dentro das casas prisionais femininas, onde, por vezes, a mulher perde a sua identidade, o seu direito materno e a sua privacidade sexual.

Diante de todos os pontos abarcados, a análise do sistema carcerário feminino torna-se imensamente necessário para que a sociedade, assim como o poder público, tome ciência da urgente necessidade de adaptação desse sistema quanto ao gênero feminino, a fim de que os direitos violados sejam amenizados, pois, sabe-se que a legislação brasileira ainda demorará a ser totalmente aplicável aos casos concretos e que a violação aos direitos dos encarcerados no país seja obstada.

## **2. AS GARANTIAS LEGAIS E A MULHER NO CÁRCERE**

### **2.1. DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS**

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que versam sobre direito humanos, dentre eles, o de maior impacto no nosso ordenamento jurídico, a convenção americana de direitos humanos - Pacto de San José da Costa Rica - ratificado pelo Brasil em 1992, que trouxe diversas mudanças na construção da Constituição Federal vigente.

O texto constitucional assegura o direito à dignidade da pessoa humana, de modo que todos – homens e mulheres – devem ser tratados com isonomia em direitos e obrigações, sem distinção de qualquer natureza. Contudo, o princípio da igualdade deve verificar as diferenças entre as pessoas, pois, “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

São direitos inerentes à pessoa humana e não há possibilidade de renúncia. Todavia, no cotidiano das pessoas encarceradas, é notória a violação dos princípios constitucionais mencionados, pois, “qualquer sujeito, homem ou mulher, quando se encontra inserido no sistema prisional, experimenta uma situação de perda de sua identidade, perda essa que é valorizada pelo sistema enquanto anulação de sua personalidade, como forma de se mostrar reabilitado” (PIERSON, 2010, p. 605).

O Estado como garantidor da aplicação dos direitos constitucionais falha demasiadamente no resguardo à proteção aos direitos humanos, Estado esse que firmou resguardar e garantir à pessoa em cárcere, respeitando a legislação pátria.

A violação aos direitos é uma situação de grante nos presídios nacionais, mas para a mulher encarcerada essa violação se torna ainda pior, uma vez que, conforme dito por Nana Queiroz em entrevista:

o poder público parece ignorar que está lidando com mulheres e oferece um ‘pacote padrão’ bastante similar ao masculino, nos quais são ignoradas a menstruação, a maternidade, os cuidados específicos de saúde, entre outras especificidades femininas” (QUEIROZ, 2015)

Apesar da Constituição/88 dispor que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, ela ainda ressalta no seu art. 5º, XLVIII, que a pena será

cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, tratando sobre o princípio da individualização da pena, porém, diariamente o sistema prisional viola essa garantia.

A realidade vivenciada pelas mulheres, no sistema prisional machista, lhes é destinada tratamento ainda mais degradante do que aqueles oferecidos aos homens, ferindo a sua dignidade.

a elas é destinado o que sobra do sistema prisional masculino: presídios que não servem mais para abrigar os homens infratores são destinados às mulheres, os recursos destinados para o sistema prisional são carregados prioritariamente para os presídios masculinos e, além disso, os presos masculinos contam sempre com o apoio externo das mulheres (mães, irmãs, esposas e ou companheiras), ao tempo que as mulheres presas são abandonadas pelos seus companheiros e maridos. Restando-lhes, apenas, a solidão e a preocupação com os filhos que, como sempre, ficam sob sua responsabilidade. (BRASIL, 2008)

O tratamento prisional para a encarcerada é pior que o dispensado aos homens, que também têm precárias condições no cárcere, porém, a desigualdade de tratamento é patente e decorrente de questões culturais vinculadas à visão da mulher como presa e com direitos ao tratamento condizente com as suas peculiaridades e necessidades, próprias da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional de Direito Penal explicitada no artigo 5º., inciso XLVIII, segundo o qual "...a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado...". É necessário entender a mulher como um indivíduo que precisa de um tratamento diferente por suas peculiaridades (BORILLI, 2005, p. 42).

Basta atentar para a anatomia feminina para verificar que o tratamento dado a elas deve ser diferente das oferecidas aos homens, haja vista que as mulheres menstruam, engravidam, precisam de exames regulares (Papanicolau, prevenção de câncer de mama, pré-natal, dentre outros) e até situações mais rotineiras passam despercebidas, como a quantidade a mais de papel higiênico diário a ser usado.

A luta da mulher encarcerada vai além da violação da sua liberdade, mas de conseguir o mínimo necessário de dignidade para o seu gênero, existindo ainda estabelecimentos prisionais mistos, que esmagam a singularidade feminina.

Os pacotes padrão de higiene concedido às detentas são inferiores ao que de fato sua peculiaridade necessita, pois, um homem pouco utiliza papel higiênico, por exemplo, bastando dois ao mês que ainda seria suficiente, contudo, a mesma quantidade destinada a um homem não se aproxima da quantidade que uma mulher utiliza mensalmente, conforme relato abaixo:

Nas penitenciárias, a situação é um pouco melhor, mas, ainda assim, está longe da ideal. Em geral, cada mulher recebe por mês dois papéis higiênicos (o que pode ser suficiente para um homem, mas jamais para uma mulher, que o usa para duas necessidades distintas) e dois pacotes com oito absorventes cada. Ou seja, uma mulher com um período menstrual de quatro dias tem que se virar com dois absorventes ao dia; uma mulher com um período de cinco, com menos que isso. (QUEIROZ, 2014, p. 104)

Sabendo que o maior número de encarceramento no país é do gênero masculino, e que a mulher representa uma parcela pequena desse numerário, essa quantificação não deve ser usada com fins de justificar as violações aos direitos que ocorrem no sistema prisional, de modo que, a legislação carece de propostas que busquem respeitar, de forma efetiva, as diferenças dos gêneros, tratando os encarcerados de acordo com as suas peculiaridades, objetivando um sistema penitenciário que atenda, de fato, as distinções entre mulheres e homens.

## 2.2. A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E SUAS DISPOSIÇÕES PARA A MULHER ENCARCERADA

No que tange aos direitos das pessoas encarceradas, sabe-se que a violação à liberdade é inerente à natureza do isolamento da sociedade até que o reparo ao dano praticado seja cumprido, destarte, o texto constitucional não abrange de forma detalhada as disposições aplicadas para os encarcerados, sendo a Carta Magna complementada pela legislação infraconstitucional. Por tal razão, foi necessária a propositura de uma legislação que versasse de modo específico sobre cada temática a ser abordada e utilizada para o sistema penitenciário e às pessoas encarceradas, elaborando, como conhecemos hoje, a LEP (Lei de Execuções Penais).

Apesar da Lei de Execuções Penais – LEP – dispor sobre os direitos assegurados às mulheres encarceradas, a sua aplicabilidade não é efetiva, haja vista que o sistema prisional foi formado sob as perspectivas masculinas, sendo eles o grande número de detentos no país, havendo um descaso quanto às necessidades que a mulher, diferentemente do homem, necessita.

A LEP dispõe de apenas de alguns artigos que versam sobre a mulher no cárcere (art. 14, §3º, art.19, parágrafo único, art.72, VII e §2º, art. 77, §2º, art. 82,

§2º, art.83, § 2º, art. 89, art. 112, § 3º), abordando de forma genérica sobre os direitos da mulher e, mais específico, acerca da mulher grávida.

A legislação vê a mulher tão somente como um ser que engravida, não lhe assegurando outros direitos que são tão importantes quanto aos que são destinados quando estão grávidas. A mulher no presídio necessita de quantidade superior ao do homem no pacote padrão de higiene, precisa de consultas médicas regulares (prevenção de câncer), até mesmo de uma vestimenta diferente da utilizada – sendo uma farda padrão para homens e mulheres – pois viola a sua identidade.

No entanto, qualquer sujeito, homem ou mulher, quando se encontra inserido no sistema prisional, experimenta uma situação de perda de sua identidade, perda essa que é valorizada pelo sistema enquanto anulação de sua personalidade, como forma de se mostrar reabilitado (PIERSON, 2010, p. 605).

A LEP ainda disserta acerca dos funcionários do presídio, dispondo em seu art. 27 que nos presídios femininos deverá constar apenas de agente do sexo feminino, a fim de evitar abusos e assédio. Ademais, versa sobre a separação dos presídios por gênero, de modo que, as mulheres deverão ficar lotadas em presídios tão somente do gênero feminino.

No entanto, pela transparência das informações a que hoje temos acesso, sabe-se que tais disposições são diariamente obstruídas, haja vista que nos presídios femininos há poucas funcionárias do mesmo gênero, tendo como justificativa do Estado os poucos servidores do sexo feminino na área. Outrossim, em pleno século XXI, ainda há os presídios mistos, onde coabitam homens e mulheres em um mesmo estabelecimento, o que gera ao longo dos anos vários crimes contra a mulher encarcerada: estupros, prostituição, assédios dentro do presídio, dentre outros.

O que eles chamam de presídios mistos são, na verdade, presídios masculinamentemistos — opina Diniz. — Se não tem onde colocar mulheres, as botam no castigo, ou seja, o pior lugar da cadeia. Até a estrutura dos prédios é feita para homens. Os banheiros, por exemplo, são os chamados “bois”, ou seja, buracos no chão. Imagine uma grávida se agachando num lugar destes? Num presídio com trezentos homens e dez mulheres, quem você acha que vai trabalhar e estudar? Quem vai ter horário de banho de sol? A minoria? Os espelhos são uma lâmina onde elas se veem completamente deformadas. Imagine passar cinco ou seis anos se vendo assim e sem nunca observar seu corpo inteiro? Como você vai se imaginar? (QUEIROZ, 2014, p 74)

As violações aos direitos garantidos pela lei vão além de não possuir funcionário do sexo feminino no estabelecimento prisional, na realidade fática, as garantias são pouco asseguradas, de modo que falar de violação aos direitos das presas é o mesmo que falar que a lei não passa de uma mera folha de papel e sem nenhuma eficácia dentro das casas prisionais - local onde as mulheres não são vistas como pessoas, mas apenas como uma parte descartada da sociedade, mulheres que não merecem nenhum cuidado ou zelo, tão pouco a segurança de que seus direitos impostos pela Constituição e a legislação infraconstitucional sejam respeitados.

São tratadas como homens e, assim sendo, não levam em consideração as suas necessidades e particularidades do sexo feminino, independente de seus direitos humanos. Como exemplo, durante seu trabalho, Nana, ao falar com as mulheres detidas, vislumbra a falta de cuidado com coisas básicas, como por exemplo, o absorvente. Na falta dele, as detentas, em casos extremos, têm de usar restos de miolo de pão como substituto para o produto primordial que lhes falta ou guardar jornal para utilizar nas suas necessidades. E, em alguns casos, os itens de higiene são pessoais, dependendo dos familiares para providenciar e levar ao presídio, logo, quem não possui auxílio de um familiar, tem que conseguir dentro do presídio com suas prestações de serviço.

Ainda no que se refere à higiene, o sistema é mais degradante para a mulher, não havendo tratamento decente como disposto na LEP, os banheiros não foram construídos pensando que as mulheres também iriam utilizar, sendo em alguns casos buracos no chão para ali fazerem suas necessidades, o kit higiene precário e insuficiente, sem consultas médicas e estabelecimentos superlotados. Esse é o retrato das cadeias brasileiras.

A LEP assegura, além de alimentação, vestimenta e itens higiênicos, as consultas regulares a médicos, farmacêutico, dentista, conforme art. 12 e seguintes:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração. Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado). § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Disposições expressas na legislação, mas arbitrariamente violadas no cotidiano dos detentos, como podemos observar nos relatos trazidos no livro de Nana Queiroz (2014, p.141):

As carcereiras só se sensibilizaram com as dores de Glicéria quando Eru começou a chorar de fome. Ela quase não amamentava mais, nem sabiam se ainda produzia leite, e ela começou a perder peso. A mãe tinha pedido ajuda diversas vezes, mas a administração do presídio nunca se preocupou em levá-la a um médico especialista. A situação foi piorando e pequenos tumores externos de pus surgiram nos seios duros de Glicéria, que enfrentava febre para continuar cuidando do filho.

No ano de 2009, o presidente Lula sancionou a Lei 11.942, que assegurava às presidiárias o direito de um período de amamentação de no mínimo seis meses e cuidados médicos aos bebês e a elas. A lei não foi, no entanto, acompanhada de meios para seu cumprimento. Existem apenas cerca de sessenta berçários e creches em todo o sistema carcerário feminino brasileiro. (Queiroz, 2014) Apesar de haver disposição legislativa, os governantes e diretores dos presídios não se empenham para que esses direitos sejam efetivados.

A maternidade nesse ambiente prisional ceifa toda a esperança que as mulheres possam ter, pois, as garantias a elas estendidas sobre consultas médicas, berçários, ir a hospitais para atendimento em caso de alguma complicação, nem sempre são concedidas.

No momento de dar a luz, em muitos relatos, a mulher fica algemada na cama até finalizar o parto, situação que se perdura até nos momentos de amamentar o bebê no hospital:

Logo depois dessa inspeção rápida, Gardênia foi algemada à cama novamente. O procedimento é comum para presas que dão à luz. A ativista Heidi Cerneka, uma americana de português quase impecável e fala pausada, que há treze anos trabalha com a causa da mulher presa no Brasil na Pastoral Carcerária, faz brincadeira com esse protocolo:— Tem mulher que até dá à luz algemada na cama. Como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela. (QUEIROZ, 2014, p.73)

As mães encarceradas e seus bebês enfrentam uma série de dificuldades desde a gravidez até o momento que acaba o período em que o filho pode ficar com a mãe na cadeia. O que mais agrava nesse período é a falta de acompanhamento médico na fase gestacional e pós-gestacional, pois essa ausência acarreta vários prejuízos a ambos. A ausência de instalações materno-infantil é, por muitas vezes, negado à mulher o seu direito de amamentar seu filho recém-nascido, como assegurado pela Lei 11.942/09, que resguarda às mães o direito de amamentar seus filhos até o 6º mês de vida e, ainda, cuidados médicos aos bebês e a elas.

Contudo, quando as detentas completam os seis meses de amamentação, precisam deixar os seus bebês aos cuidados de alguém da família, quando algum se dispõe a criar, ou enviar para um abrigo, restando, quando acabar o cumprimento da pena, requerer a guarda do filho à Justiça, pois é inviável a permanência do filho no presídio com a mãe.

### **3. BREVE RELATO ACERCA DO CONTEXTO HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL PARA O GÊNERO FEMININO E SUA ATUALIDADE**

Apesar da legislação pátria diferenciar os gêneros – feminino e masculino – a sua aplicação no sistema prisional é pouco eficaz, de modo que, as mulheres são as maiores vítimas dessa inaplicabilidade legislativa, haja vista a maior população carcerária ser do gênero masculino, facilitando a aplicação normativa do sistema prisional para esse grupo.

Conforme narra Oliveira (2008, p. 25), no século XVI, os crimes praticados pelas mulheres giravam em torno de punições para determinadas classificações, são elas: as prostitutas, as alcoviteiras, as que fingiam gravidez, as amantes dos membros da igreja católica, dentre outros, obrigando-as a vir para o “Novo Mundo”

Por muito tempo a situação penal das mulheres foi negligenciada pelo Estado. Pode-se dizer que as mudanças aconteceram aos poucos e de país em país, com os primeiros registros que mostram alterações nesse viés, na Grã Bretanha, em 1823 com a criação de um instrumento de regulação, o *Gaol Act*, que pode ser traduzido para o português como “Ato Prisão”. Foi então que todas as mulheres presas foram colocadas separadas dos homens, e foi pensado que a supervisão das mulheres deveria ser feita por outras mulheres. (SANTOS; SANTOS. acesso em 2016, p. 8).

Santos (2016,p.8) relata a situação das presas na França, detalhando que muitas sofriam abusos dos carcereiros, chegando a engravidar deles, e ainda, engravidavam também de outros detentos, haja vista a detenção ocorrer no mesmo local. Diante desses casos, no século XIX, em 1870 em Rennes, foi instituído um presídio para abrigar apenas mulheres, chamando de casa de força e correção, divergindo do que conhecemos hoje do estabelecimento carcerário.

Os Estados Unidos tiveram sua primeira prisão voltada para o público feminino em 1835, em Nova York, posteriormente no Estado de Indiana foi criado um presídio feminino independente, onde ele era diferenciado administrativamente, fisicamente e com uma estrutura diversa dos presídios masculinos. (SANTOS; SANTOS. acesso em 2016, p. 9).

No Brasil, as infrações cometidas por mulheres eram insignificantes, sendo o maior número cometido pelos homens. Santos (2016, p.9) revela que os crimes cometidos nessa época eram os de vadiagem, alcoolismo, prostituição, furtos, brigas, e também havia os delitos que eram vistos como perturbações mentais de mulheres desnaturadas como o aborto, infanticídio, adultério e bruxarias. Quando essas mulheres eram pegas cometendo tais crimes elas ficaram em celas improvisadas em presídios masculinos ou delegacias, pois o Estado não se dispunha a ter gastos com construções para reter essas mulheres infratoras.

Contudo, apenas em 1930, no Estado Novo instituído por Vargas, e com a reforma no código penal que estava acontecendo, foi arquitetado um projeto para a criação de penitenciárias para mulheres, penitenciária Agroindustrial e Sanatórios penais.

Porém os projetos de criação de estabelecimento penais femininos eram falhos, idealizados por homens da elite e pautado em ideais conservadores da época, não foi pensado nas condições especiais que as mulheres necessitavam, e assim foi baseado nos mesmos moldes dos presídios masculinos. (OLIVEIRA, 2008, p.27).

Observa-se que no Brasil o que acontecia não era diferente do resto do mundo, as primeiras prisões especiais para mulheres foi em 1937 no Rio Grande do Sul, na capital do estado Porto Alegre, depois em São Paulo surgiu um presídio feminino em 1942, e no mesmo ano inaugurou-se o presídio feminino de Bangu no Rio de Janeiro. (SANTOS; SANTOS. acesso em 2016, p. 9).

Os movimentos feministas começaram a discutir, entre as décadas de 60 e 70, acerca dos papéis sociais já atribuídos aos gêneros feminino e masculino, buscando sanar as desigualdades no aspecto criminal e o direito da mulher na

própria legislação penal, pois, tanto o sistema carcerário, quanto as normas legais, estavam atribuídas sob a ótica masculina, desconsiderando a particularidade feminina.

O Direito, portanto, desconsidera as necessidades socialmente construídas às mulheres e por ele legitimadas. Quando as necessidades sociais das mulheres são levadas em conta, o são sob a ótica masculina. A igualdade que o Direito estabelece, portanto, jamais será plena, porque parte de uma falsa premissa de que as instituições sociais, incluindo as leis e a administração da justiça, são neutras em termos de gênero. (CUNHA, 2014, p.156).

Diante de várias lutas pela igualdade dos gêneros, algumas mudanças foram realizadas na legislação especial – LEP – em que no ano de 2009 foi inserida algumas disposições sobre a mulher grávida e amamentante, garantindo direitos que anteriormente não eram sequer abordados.

Todavia, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), as determinações legais não são postas em efetividade, assim, apenas 14% das unidades prisionais (femininas e mistas) contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade.

Nas unidades para mulheres, somente 34% possuem espaço adequado para gestantes, já nas unidades mistas, a situação é ainda pior, apenas 6% possuem celas adequadas para as grávidas, entre os presídios mistos, 3% das unidades dispõem da instalação de berçário e apenas 5% das unidades femininas possuem creche e não existe nenhuma creche em unidades mistas.

Contudo, a afronta aos direitos femininos está além de não possuírem salas especiais para bebês e gestantes, mas até de casas prisionais adequadas para as mulheres, conforme dados do INFOPEN de junho de 2014 há 1.070 unidades masculinas, configurando um percentual de 75%, havendo, ainda, 238 estabelecimentos mistos, ou seja, 17% e apenas 103 unidades femininas, caracterizando 7% de todas as instalações prisionais do país, o que significa que a maioria das detentas estão alojadas em presídios mistos (homens e mulheres).

As mulheres em situação de prisão têm demandas, necessidades e peculiaridades que são específicas, o que não raro é agravado por histórico de violência familiar, maternidade, nacionalidade, perda financeira, uso de drogas, entre outros fatores. A forma e os vínculos com que as mulheres estabelecem suas relações familiares, assim como o

próprio envolvimento com o crime, apresentam-se, em geral, de maneira diferenciada quando comparado este quadro com a realidade dos homens privados de liberdade (INFOPEN, 2014)

É visível que o sistema carcerário foi elaborado para as necessidades masculinas, mesmo não sendo um exemplo no resguardo aos direitos humanos, a situação degradante é ainda pior quando se trata das mulheres, que são inseridas em um ambiente feito por homens e para homens. Historicamente, a ótica masculina tem se potencializado no contexto prisional, com reprodução de serviços penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compõem o universo das mulheres, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances.

O sistema carcerário não está destinado às mulheres, mas quando utilizado, opera um tratamento cruel, ainda pior do que aquele destinado aos homens, pois as prisões femininas são meras adaptações ou adequações dos presídios masculinos, violando expressamente a LEP e a Constituição.

O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê junto dela, claro. (QUEIROZ, 2014, p.73)

As penas cumpridas pelas mulheres presas no Brasil não se restringem apenas a privação de sua liberdade, mas de uma anulação à sua própria vida, existência, dignidade, pois, ao destacar que a mulher precisa de uma atenção diferenciada sobre a particularidade de sua saúde e, também, em relação às presas grávidas, cuja, atenção dada pelo Estado deve ser ainda maior, prestando assistência à mulher e a criança que está sendo gerada.

No que se refere às oportunidades de trabalho dentro do presídio feminino, a distribuição não é isonômica. Apenas um grupo escolhido e restrito tem oportunidade de trabalhar, que são as presas mais antigas ou as mulheres que desempenham alguma liderança. Nos presídios masculinos, ainda que com inúmeros problemas, as oportunidades de trabalho são muito maiores.

A sociedade ignora as mulheres detentas e as desprezam. Em uma sociedade patriarcal, além de carregarem o fardo do seu erro, as presas sofrem o

peso da desigualdade em função de gênero, o que torna desumano a realidade das mulheres encarceradas. Mais uma vez a igualdade entre homens e mulheres parece ser inimaginável socialmente.

Quando se trata especialmente da situação das mulheres presas, percebe-se que além de sofrerem os mesmos problemas que os homens presos, há ainda uma carga muito grande de preconceito e machismo quanto ao exercício do que lhes é assegurado por lei (LIMA, 2010, p. 18).

#### **4. AS ENCARCERADAS EM NÚMEREOS – INFORMATIVOS DO INFOPEN DOS ANOS 2014 E 2016**

O Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça e Segurança do Brasil traz a público, anualmente, sobre os levantamentos dos dados dos encarcerados no país. O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional.

Apenas no ano de 2014, o Infopen produziu e publicou o diagnóstico com os dados relacionados população carcerária feminina, 10 (dez) anos após o lançamento do projeto de informativos das penitenciárias do Brasil, demonstrando, mais uma vez, o quanto o sistema despreza e ignora as mulheres no presídios.

Conforme dados obtidos no site do Departamento Penitenciário – INFOPEN – apresenta-se adiante os números do sistema carcerário brasileiro em relação aos anos de 2000 a 2014:

**Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional feminina do mundo, 2014**

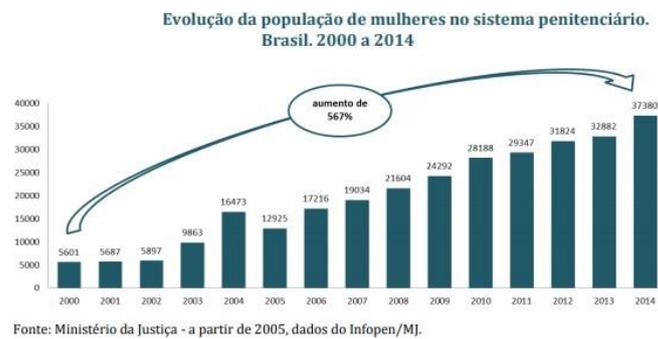
País	População prisional feminina	% da população prisional total	Taxa de aprisionamento por 100 mil hab.
Estados Unidos	205.400	9,8	64,6
China <sup>(1)</sup>	103.766	6,3	(-)
Rússia	53.304	8,1	36,9
Tailândia	44.751	14,5	66,4
Brasil	37.380	6,4	18,5
Vietnã	20.553	14,4	22,2
Índia	18.188	4,4	1,4
México	13.400	5,2	11,2
Filipinas	10.277	8,6	10,3
Myanmar	10.000	16,3	18,8
Colômbia	8.482	7,0	17,1
Indonésia	8.246	5,1	3,3
Ucrânia	7.977	6,2	17,7
Irã	6.880	3,1	9,9
Turquia	5.971	3,6	7,7
Taiwan	5.405	8,6	23,0
Japão	5.044	8,2	4,0
Espanha	4.982	7,7	10,7
Peru	4.396	6,0	14,2
Inglaterra	3.922	4,6	6,8

<sup>(1)</sup> Refere-se somente às presas condenadas.  
Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do World Female Imprisonment List, último dado disponível para cada país<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> FONTE: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – 2014

O Brasil, no informativo de 2014, se encontrava na 5ª posição de país com maior número de presidiárias do sexo feminino do mundo, sendo esse numerário 6,4% de todos os presos do sistema penitenciário.

Tais números se diversificam de Estado para Estado, conforme demonstrado nas tabelas a seguir:



2

**População no sistema penitenciário segundo gênero. UFs e regiões. 2007 a 2014<sup>9</sup>**

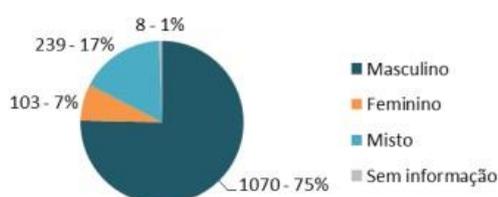
UF	Mulheres							Homens							Variação entre 2007-2014			
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Mulheres	Homens
AC	124	140	171	245	249	210	181	172	2.279	2.896	3.250	3.520	3.570	3.335	3.636	3.316	39%	46%
AP	70	94	137	142	130	111	113	112	1.800	2.010	1.675	1.680	1.698	1.934	2.119	2.542	60%	41%
AM	279	344	337	405	519	623	566	528	2.837	3.281	3.538	4.046	4.881	6.191	6.597	6.850	89%	143%
PA	284	332	523	574	673	747	683	695	6.690	7.169	8.213	7.831	9.129	10.242	11.098	11.900	145%	78%
RO	331	553	579	527	599	631	538	398	4.797	5.425	6.407	6.899	5.740	6.817	6.963	7.233	20%	51%
RR	116	129	146	159	165	184	143	141	1.185	1.364	1.505	1.536	1.545	1.585	1.385	1.464	22%	24%
TO	65	72	78	102	98	91	92	149	1.504	1.591	1.570	1.784	1.864	2.009	2.344	3.084	129%	105%
<b>Total Norte</b>	<b>1.269</b>	<b>1.664</b>	<b>1.971</b>	<b>2.154</b>	<b>2.433</b>	<b>2.597</b>	<b>2.316</b>	<b>2.195</b>	<b>21.092</b>	<b>23.736</b>	<b>26.158</b>	<b>27.296</b>	<b>28.427</b>	<b>32.113</b>	<b>34.142</b>	<b>36.398</b>	<b>73%</b>	<b>73%</b>
AL	62	111	120	135	164	225	271	337	1.455	1.564	1.858	2.959	3.190	3.928	4.684	5.086	444%	250%
BA	302	294	392	493	484	581	597	587	7.958	8.111	7.828	8.394	8.971	9.670	10.863	11.249	94%	41%
CE	408	487	498	720	782	760	438	866	11.778	12.279	12.374	14.481	15.382	16.862	17.545	19.550	112%	66%
MA	98	98	114	204	167	207	197	229	2.826	3.175	3.311	3.604	3.705	4.034	4.213	4.301	134%	52%
PB	271	321	394	459	587	574	717	520	7.833	8.596	8.130	7.593	7.623	8.149	8.516	9.076	92%	16%
PE	909	977	1.161	1.590	1.788	1.909	2.326	1.825	17.927	18.831	19.880	22.335	24.062	26.860	29.857	29.685	101%	66%
PI	110	100	118	99	121	116	217	199	2.524	2.157	2.473	2.615	2.724	2.811	3.004	3.025	81%	20%
RN	204	218	237	314	304	393	314	438	2.772	2.682	3.538	3.991	4.068	4.542	4.529	6.609	115%	138%
SE	89	113	129	136	183	200	275	253	2.130	2.149	2.613	3.301	3.375	3.930	4.330	3.804	184%	79%
<b>Total Nordeste</b>	<b>2.453</b>	<b>2.719</b>	<b>3.163</b>	<b>4.150</b>	<b>4.580</b>	<b>4.965</b>	<b>5.352</b>	<b>5.254</b>	<b>57.203</b>	<b>59.544</b>	<b>62.005</b>	<b>69.273</b>	<b>73.100</b>	<b>81.696</b>	<b>87.641</b>	<b>92.385</b>	<b>114%</b>	<b>62%</b>
ES	649	833	1.046	854	854	1.343	1.071	1.180	5.345	6.124	6.990	8.900	11.181	13.390	14.033	15.054	82%	182%
MG	1.124	1.827	2.250	2.442	2.542	2.638	2.971	3.070	20.429	29.269	32.871	34.873	39.027	42.902	49.183	53.166	173%	168%
RJ	1.116	1.117	1.077	1.578	1.786	1.685	1.618	4.139	21.735	20.823	22.081	23.936	25.996	29.221	32.128	35.182	231%	62%
SP	6.531	6.820	7.605	8.401	9.762	11.276	11.896	14.810	135.078	137.702	146.910	155.185	164.298	179.552	194.113	200.013	127%	48%
<b>Total Sudeste</b>	<b>9.420</b>	<b>10.597</b>	<b>11.978</b>	<b>13.365</b>	<b>14.944</b>	<b>16.942</b>	<b>17.556</b>	<b>23.199</b>	<b>182.587</b>	<b>193.918</b>	<b>208.852</b>	<b>222.894</b>	<b>240.502</b>	<b>265.065</b>	<b>289.457</b>	<b>303.435</b>	<b>146%</b>	<b>66%</b>
PR	1.563	1.518	1.367	988	1.114	1.259	984	898	19.154	21.677	20.799	18.772	19.350	20.763	20.486	18.613	-43%	-3%
RS	1.146	1.295	1.738	2.085	2.011	1.902	1.771	1.614	24.456	26.341	27.012	29.298	27.102	27.341	26.427	26.445	41%	8%
SC	685	892	1.010	1.170	1.183	1.154	1.225	1.129	10.230	11.265	12.330	13.371	13.423	15.157	16.393	16.785	65%	64%
<b>Total Sul</b>	<b>3.394</b>	<b>3.705</b>	<b>4.115</b>	<b>4.243</b>	<b>4.308</b>	<b>4.315</b>	<b>3.980</b>	<b>3.641</b>	<b>53.840</b>	<b>59.283</b>	<b>60.141</b>	<b>61.441</b>	<b>59.875</b>	<b>63.261</b>	<b>63.306</b>	<b>61.843</b>	<b>7%</b>	<b>15%</b>
DF	377	374	435	1.443	583	641	657	669	7.371	7.333	7.722	7.481	9.643	10.758	11.691	12.600	77%	71%
GO	440	496	485	669	671	599	585	684	8.367	9.219	9.385	10.327	10.492	10.619	11.703	12.560	55%	30%
MT	696	1.038	1.169	1.255	767	683	669	496	8.546	9.691	9.892	10.150	10.418	9.930	9.963	9.881	-23%	15%
MS	985	1.011	976	909	1.061	1.082	1.178	1.242	8.319	9.160	8.665	8.615	9.450	10.216	11.130	12.961	26%	56%
<b>Total Centro-Oeste</b>	<b>2.498</b>	<b>2.919</b>	<b>3.065</b>	<b>4.276</b>	<b>3.082</b>	<b>3.005</b>	<b>3.089</b>	<b>3.091</b>	<b>32.603</b>	<b>35.403</b>	<b>35.664</b>	<b>36.613</b>	<b>40.033</b>	<b>41.523</b>	<b>44.496</b>	<b>47.982</b>	<b>24%</b>	<b>47%</b>
<b>Total Brasil</b>	<b>19.034</b>	<b>21.604</b>	<b>24.292</b>	<b>28.188</b>	<b>29.347</b>	<b>31.824</b>	<b>32.293</b>	<b>37.380</b>	<b>347.325</b>	<b>371.884</b>	<b>392.820</b>	<b>417.517</b>	<b>441.907</b>	<b>483.658</b>	<b>519.042</b>	<b>542.043</b>	<b>96%</b>	<b>56%</b>

Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

No que tange acerca da quantidade de presídios por distinção de sexo, no ano de 2014, existiam 1,420 unidades prisionais nos Estados brasileiros. A maior parte dos estabelecimentos (75%) é voltada exclusivamente ao público masculino. Apenas 7% são voltadas ao público feminino e outros 17% são mistos, no sentido de que podem ter uma sala ou ala específica para mulheres dentro de um estabelecimento anteriormente masculino.

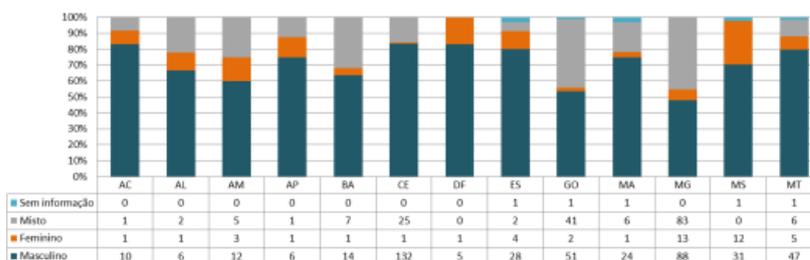
Observa-se a distribuição dos estabelecimentos, segundo gênero, nas diferentes Unidades da Federação. As unidades com maior número absoluto de estabelecimentos exclusivamente destinados às mulheres são: São Paulo (18 estabelecimentos), Minas Gerais (13) e Mato Grosso do Sul (12), sendo MS o Estado com maior percentual de unidades femininas (relativamente ao seu total de unidades).

**Destinação do estabelecimento por gênero. Brasil. Junho de 2014**

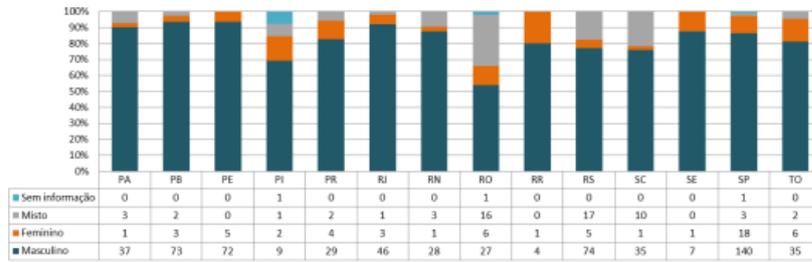


Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

**Destinação do estabelecimento por gênero. UFs. Junho de 2014**



3



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

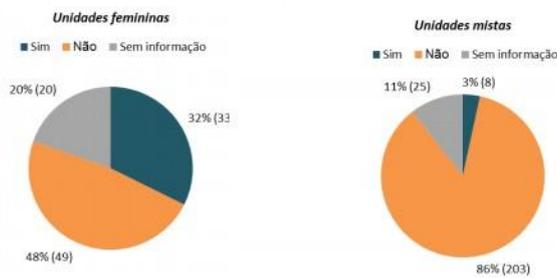
No que se refere às mulheres grávidas ou com filhos, os números são os seguintes:

**Existência de cela/dormitório adequado para gestantes em unidades femininas e mistas. Brasil. Junho de 2014**



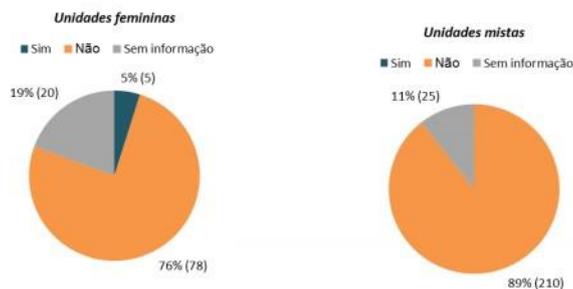
Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

**Existência de berçário e/ou centro de referência em unidades femininas e mistas. Brasil. Junho de 2014**



4

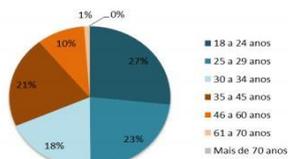
**Existência de creche em unidades femininas e mistas. Brasil. Junho de 2014**



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

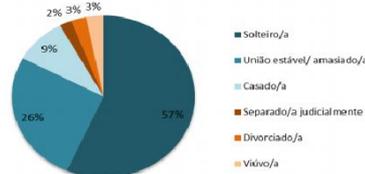
Quanto à faixa etária, escolaridade e estado civil, os dados obtidos do ano de 2014 no INFOPEN, são:

Faixa etária das mulheres privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014



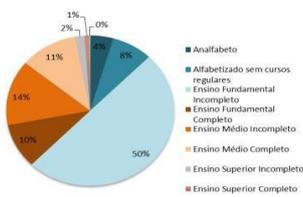
Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Estado civil das mulheres privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014



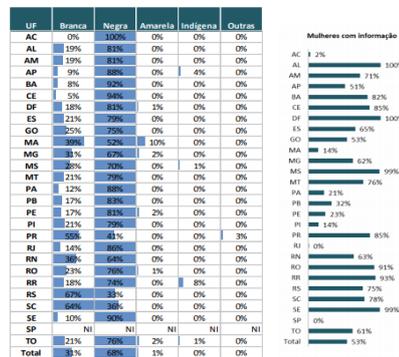
Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Escolaridade das mulheres privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Raça, cor ou etnia das mulheres privadas de liberdade. UFs. Junho de 2014



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Acerca dos delitos cometidos, as mulheres se diferenciam dos homens, o encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos se comparados aos do público masculino. Enquanto 23% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção chega a 58%. Por outro lado, o número de crimes de roubo registrados para homens é três vezes maior do que para mulheres.

Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014

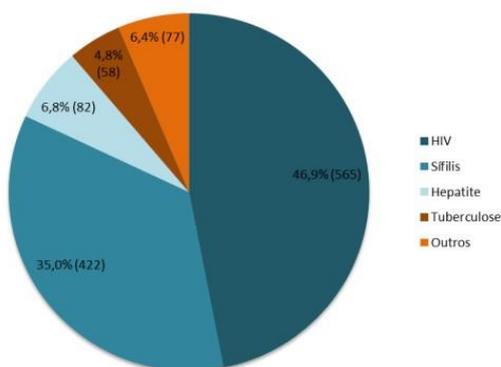


Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Por fim, tratando sobre os informativos de 2014, os dados relacionados às doenças das detentas no sistema carcerário, encontra-se as seguintes informações:

1.204 mulheres com agravos transmissíveis dentro do sistema prisional, o que equivale a 5,3% da população prisional feminina, excetuando a população do estado de São Paulo, não informada neste quesito. O total de homens com agravos transmissíveis equivale a 2,4% da população prisional masculina. Entre as 42 Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça mulheres com agravos transmissíveis, quase 47% são portadoras do HIV e 35% são portadoras de sífilis. No caso dos homens, a incidência do HIV é consideravelmente menor (28% dos homens presos que têm agravos transmissíveis) e há, em contrapartida, uma maior concentração de tuberculose (26,6% dos homens contra 4,8% das mulheres com agravos transmissíveis). (INFOPEN, 2014)

Mulheres privadas de liberdade com agravos nas unidades prisionais. Brasil. Junho de 2014



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Os mesmos dados referente ao ano de 2014, mostraram-se com diversas mudanças em relação ao ano de 2016, começando com a alteração do Brasil para o

4º lugar em país com maior população prisional feminina, conforme demonstrado abaixo:

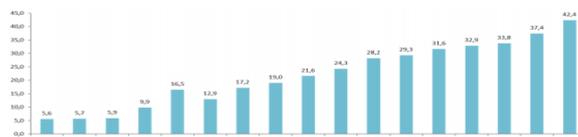
Informações prisionais dos doze países com maior população prisional feminina do mundo

País	População prisional feminina	Taxa de aprisionamento de mulheres (100 mil/hab)
Estados Unidos	211.870	65,7
China	107.131	7,6
Rússia	48.478	33,5
Brasil	42.355	40,6
Tailândia	41.119	60,7
Índia	17.834	1,4
Filipinas	12.658	12,4
Vietnã	11.644	12,3
Indonésia	11.465	4,4
México	10.832	8,8
Mianmar	9.807	17,9
Turquia	9.708	12,1

Fonte: Elaboração própria, com dados do World Prison Brief e do World Female Imprisonment List, 4ª Edição, Institute for Criminal Policy Research<sup>14</sup>.

Com relação aos números por Estados da Federação, são:

volução das mulheres privadas de liberdade (em mil) entre 2000 e 2016<sup>16</sup>



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen. Dados consolidados para a série histórica.

6

População prisional feminina por Unidade da Federação



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

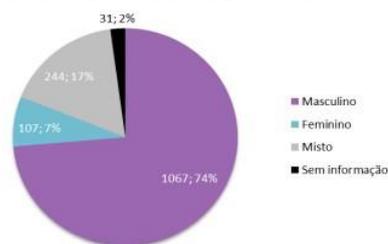
<sup>5</sup> FONTE: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – 2016

<sup>6</sup> FONTE: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – 2016

No que tange aos estabelecimentos penais com destinação de acordo com gênero, o INFOPEN 2016 apontou que a maior parte dos estabelecimentos penais

foi projetada para o público masculino. 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino.

Destinação dos estabelecimentos penais de acordo com o gênero



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

Sobre os estabelecimentos adequados para gestantes e lactantes, bem como creches, os dados são os seguintes:

Estabelecimentos penais que têm cela/dormitório adequado para gestantes, por Unidade da Federação

UF	Unidades que têm cela/dormitório para gestantes	
	N	%
AC	1	33%
AL	1	33%
AM	2	18%
AP	1	100%
BA	1	14%
CE	1	3%
DF	1	100%
ES	4	57%
GO	5	10%
MA	1	17%
MG	3	3%
MS	4	33%
MT	1	11%
PA	2	25%
PB	3	60%
PE	3	50%
PI	0	0%
PR	1	14%
RJ	2	25%
RN	0	0%
RO	3	18%
RR	0	0%
RS	1	6%
SC	6	43%
SE	1	50%
SP	7	32%
TO	0	0%
<b>Brasil</b>	<b>55</b>	<b>16%</b>

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias -

Estabelecimentos penais que têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil, por Unidade da Federação

UF	Unidades que têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil		Capacidade de bebês
	N	%	
AC	1	33%	2
AL	1	33%	8
AM	2	18%	10
AP	1	100%	0
BA	2	29%	4
CE	1	3%	15
DF	1	100%	11
ES	5	71%	28
GO	3	6%	10
MA	1	17%	15
MG	1	1%	2
MS	2	17%	25
MT	1	11%	5
PA	2	25%	17
PB	2	40%	11
PE	2	33%	16
PI	0	0%	0
PR	2	29%	23
RJ	1	13%	20
RN	0	0%	0
RO	1	6%	14
RR	0	0%	0
RS	2	13%	31
SC	4	29%	11
SE	1	50%	6
SP	10	45%	183
TO	0	0%	0
<b>Brasil</b>	<b>49</b>	<b>14%</b>	<b>467</b>

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

<sup>7</sup> FONTE: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – 2016.

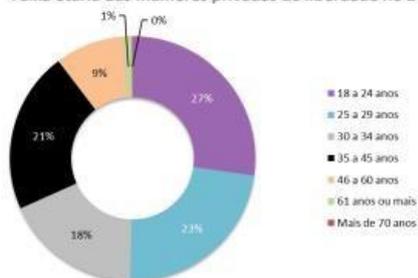
Tabela 9. Estabelecimentos penais que têm creche, por Unidade da Federação

UF	Unidades que têm creche		Capacidade de crianças
	N	%	
AC	0	0%	0
AL	0	0%	0
AM	0	0%	0
AP	0	0%	0
BA	0	0%	0
CE	0	0%	0
DF	0	0%	0
ES	1	14%	0
GO	0	0%	0
MA	0	0%	0
MG	1	1%	1
MS	0	0%	0
MT	0	0%	0
PA	0	0%	0
PB	0	0%	0
PE	0	0%	0
PI	0	0%	0
PR	1	14%	12
RJ	0	0%	0
RN	0	0%	0
RO	0	0%	0
RR	0	0%	0
RS	1	6%	23
SC	1	7%	0
SE	0	0%	0
SP	4	18%	36
TO	0	0%	0
<b>Brasil</b>	<b>9</b>	<b>3%</b>	<b>72</b>

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

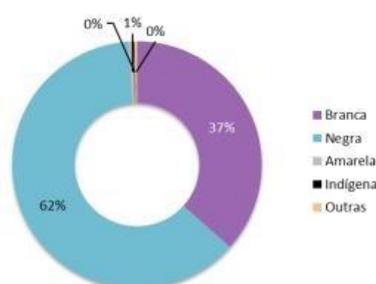
Quanto à faixa etária, grau de escolaridade, etnia e estado civil das detentas de acordo com o informativo de 2016, são:

Faixa etária das mulheres privadas de liberdade no Brasil



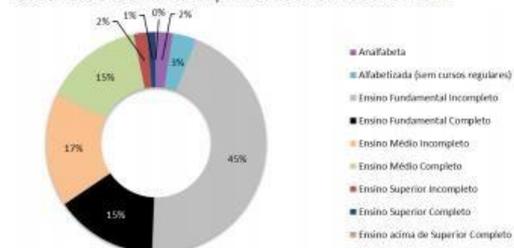
Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

Raça, cor ou etnia das mulheres privadas de liberdade



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016. PNAD, 2015.

Escolaridade das mulheres privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

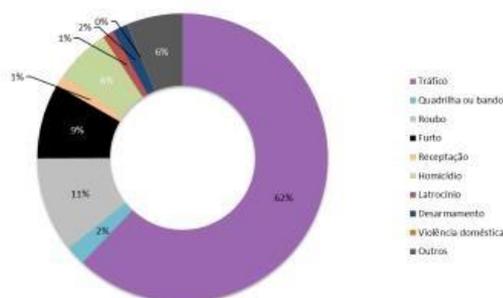
Estado civil das mulheres privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

No que diz respeito aos delitos cometidos pela mulheres, o maior número das prisões referem-se ao tráfico de drogas:

Gráfico 19. Distribuição dos crimes tentados/consumados entre os registros das mulheres privadas de liberdade, por tipo penal



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

Em relação às doenças em que as detentas possuem, de acordo com o INFOPEN 2016, são:

Taxa de mulheres com agravos nas unidades prisionais

UF	Taxa de pessoas com agravos para cada mil presas						% de unidades com informação	Total de mulheres presas nas unidades com informação
	HIV	Sífilis	Hepatite	Tuberculose	Outros	Total		
AC	0,0	95,2	95,2	0,0	0,0	190,5	42%	63
AL	9,0	31,5	0,0	4,5	0,0	45,0	67%	222
AM	4,0	20,2	0,0	0,0	0,0	24,2	55%	1.487
AP	0,0	18,7	0,0	9,3	9,3	37,4	38%	107
BA	46,8	108,5	4,3	4,3	4,3	168,1	90%	470
CE	Ni	Ni	Ni	Ni	Ni	Ni	0%	Ni
DF	17,6	42,6	2,9	2,9	11,7	77,8	100%	681
ES	15,1	83,4	13,9	1,2	1,2	114,7	85%	863
GO	12,8	12,8	2,6	2,6	0,0	30,7	38%	391
MA	12,5	9,4	0,0	0,0	0,0	21,9	68%	319
MG	23,2	41,0	12,1	4,3	11,1	91,7	58%	2.071
MS	18,9	12,9	2,6	4,3	0,0	38,7	69%	1.164
MT	31,8	131,8	2,3	0,0	27,3	193,2	43%	440
PA	1,7	1,7	0,0	10,0	0,0	13,3	70%	601
PB	23,2	21,6	1,7	6,6	0,0	53,1	33%	603
PE	11,5	15,1	1,8	3,0	0,0	31,5	29%	1.651
PI	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	53%	36
PR	31,2	114,5	7,8	0,0	0,0	153,5	88%	1.153
RJ	Ni	Ni	Ni	Ni	Ni	Ni	0%	Ni
RN	19,0	26,6	0,0	7,6	0,0	53,2	53%	263
RO	5,2	30,9	0,0	0,0	5,2	41,2	54%	582
RR	Ni	Ni	Ni	Ni	Ni	Ni	0%	Ni
RS	162,9	47,2	21,3	10,9	4,6	247,0	83%	1.737
SC	32,2	12,3	3,1	3,8	7,7	59,0	71%	1.305
SE	13,3	0,0	0,0	0,0	0,0	13,3	86%	226
SP	28,0	13,9	9,7	2,7	4,5	58,9	92%	14.643
TO	11,0	11,0	0,0	0,0	0,0	22,0	38%	91
<b>Brasil</b>	<b>31,0</b>	<b>27,7</b>	<b>8,0</b>	<b>3,3</b>	<b>4,3</b>	<b>74,2</b>	<b>59%</b>	<b>11.168</b>

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

As tabelas colacionadas, compreendidas nos informativos de 2014 e 2016 do INFOPEN, objetivam demonstrar a realidade vivida pelas presidiárias femininas e as

suas garantias resguardadas pela legislação que diariamente são violadas nas penitenciárias brasileiras.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho acadêmico tem como fulcro a exposição da realidade das vidas das mulheres encarceradas no Brasil, trazendo à baila as disposições legislativas que asseguram diversos direitos que foram bravamente conseguidos ao longo de lutas da classe feminina, mas são ignorados na sua devida efetivação no sistema penitenciário.

A mulher, desde os primórdios, foi desvalorizada e menosprezada no sistema patriarcal que comandava as famílias de todo o mundo, contudo, na década de 60, as lutas femininas fizeram o sistema machista perceber a força que elas possuem, conquistando diversos direitos que até então eram obstados para a mulher.

Diante disso, as lutas enfrentadas resultaram algumas mudanças, tanto na sociedade – a mulher poder trabalhar e sair sem autorização do marido – como também na legislação – o direito ao voto, equidade de salários etc – todavia, em que pese às vitórias obtidas, a efetivação de alguns direitos postos na legislação não são aplicados na prática. A título de exemplo, o sistema penitenciário brasileiro viola as garantias asseguradas, tanto na Constituição, quanto na Lei de Execuções Penais.

Haja vista as manifestações sobre os direitos das mulheres, as penitenciárias esquecem as diferenças em que as mulheres possuem em comparação com os homens, contudo, sabe-se que o sistema carcerário foi criado sob a ótica masculina, maculando a feminilidade que existe inerente ao gênero feminino. Logo, observando a falta de visibilidade e voz da mulher encarcerada, foi o fato motivador para a criação deste artigo.

As violações à legislação merecem ser divulgadas, para que os governantes percebam a necessidade de ser realizada uma mudança na segurança pública do sistema carcerário, objetivando assegurar os direitos expressos na lei e na Constituição, haja vista que a mulher, como minoria no sistema penitenciário, é a que mais sofre a opressão do machismo em sua sanção penal.

## REFERÊNCIAS

**BONAVIDES**, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

**BORILLI**, S. P. Análise das circunstâncias econômicas da prática criminosa no Estado do Paraná: estudo de caso nas Penitenciárias Estadual, Central e Feminina de Piraquara. 2005. 211 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio). Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2005.

**BRASIL**. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

**CANINEU**, Maria Laura. As ilegalidades nas Prisões Femininas. Disponível em: <<http://agoraquesaoelas.blogfolha.uol.com.br/2017/03/06/as-ilegalidades-nas-prisoos-femininas/>>. Acesso em: 20/10/2019.

**CERNEKA**, Heidi Ann. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v. 6, n. 11, 2009.

**COSTA**, Elaine Cristina Pimentel. Amor bandido: as teias afetivas que envolvem a mulher ao tráfico de drogas. Maceió, EDUFAL, 2008

CUNHA, Bárbara Madruga. Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero. Publicado na XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-B%C3%A1rbara-Cunha-classificado->>; Acesso em: 20/10/2019

**DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen Mulheres, Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil>>; Acesso em: 15/10/2019.

**FERNANDES**, Waleiska. População carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-br...>>. Acesso em: 15/10/2019.

**GONÇALVES**, Mileny . Uma Breve Análise Histórica da Pena de Prisão e a Mulher no Cárcere. Disponível em: <<https://milenyvg.jusbrasil.com.br/artigos/549846929/uma-breve-analise-historica-da-pena-de-prisao-e-a-mulher-no-carcere>> Acesso em: 20/10/2019

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres – junho 2014. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, DF, nov. 2015.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – dezembro 2014. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, DF, abr. 2016.

**MELLO**, Daniela Canazaro de. A Prisão Feminina: Gravidez e Maternidade – um estudo da realidade de Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito. – Porto Alegre, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014.

**OLIVEIRA**, Erika Patricia Teixeira de. Mulheres em conflito com a lei: representações sociais, identidades de gênero e letramento. 145f. 2008. Dissertação de Mestrado (Letras) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2008.

**PASTORAL CARCERÁRIA**. Sistema Penitenciário. Disponível em: <<http://carceraria.org.br>>. Acesso em: 31/09/2019.

**QUEIROZ**, Nana, Entrevista Terra: “Prisões femininas: presas usam miolo de pão como absorvente”. 2014.

**QUEIROZ**, Nana. Presos que Menstruam, a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. 1ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 2015.

**SANTOS**, Jahyra Helena P.; **SANTOS**, Ivanna Pequena dos. Prisão: Um aporte sobre a origem do encerramento feminino no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>>

