

# **DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO**

**PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1  
VOL. III**



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

ISBN: 978-65-5825-082-1

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

**VOL. III**

**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 Sarmento – 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 Morais 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.  
319 p. ; v.3.

Tipo de Suporte: E-book  
ISBN: 978-65-5825-082-1

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>DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR</b> - Adriana Shirley Campos Azevedo Nery, Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito	06
<b>O PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL E CRIMINAL NO IPC – PB</b> - Alexander Macedo de Freitas, Gabriella Henriques da Nóbrega	34
<b>ANÁLISE DOS AVANÇOS ALCANÇADOS PELA INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL</b> - Augusto Sérgio F. da Silva, Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto	57
<b>A SEDUÇÃO DO CRÉDITO FÁCIL PARA APOSENTADOS E PENSIONISTAS</b> - Carolyne Socorro Corrêa Lima de Araújo, José Carlos Ferreira da Luz	73
<b>ANÁLISE DA FUNÇÃO REGULATÓRIA DA ANP A PARTIR DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA</b> - Danielle Rayane Fernandes Marion Alencar, José Gomes de Lima Neto	95
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PARA COM OS FILHOS MENORES NA CONCEPÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> - Djacyaara Maria Martiniano de Moura, Luciano Honório de Carvalho	125
<b>CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL</b> - Jessyca Fernanda Nogueira Bulhões dos Santos, Eduardo de Araújo Cavalcanti	155
<b>DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO UM ATO PRÓ-VIDA</b> - Laine Beatriz Melo Mozinho, Reinaldo Nóbrega de Almeida Júnior	176
<b>PRINCIPAIS VARIÁVEIS DOS DIREITOS AUTORAIS EM FACE DA ATUAÇÃO DO ECAD</b> - Lamark Alves Duarte, Valberto Alves de Azevedo Filho	200
<b>A QUEBRA DE PATENTE NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: compatibilidade com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado</b> - Larissa Maria Vasconcelos Coelho, Valberto Alves de Azevedo Filho	218
<b>ITBI E SUA APLICAÇÃO</b> - Luiz Carlos G. Ulysses de Carvalho, José Gomes de Lima Neto	242
<b>ABANDONO AFETIVO – O abandono afetivo como exercício de limitação do direito da personalidade à criança e ao adolescente</b> - Mariana Letícia Januário Mamede, Luciana Albuquerque Cavalcante de Brito	263

## **APRESENTAÇÃO**

Eis aqui um livro de múltiplos autores, que constitui mais um volume do E-Book “Diálogos Científicos em Direito”. O Curso de Direito do UNIESP, atingiu um alto nível de qualidade no tocante à juridicidade e à cientificidade dos trabalhos de conclusão de curso.

Estes resultados mostram-se possíveis, graças a três fatores: o nível do ensino-aprendizagem ofertado aos discentes ao longo do Curso; a proposta didático-pedagógica inovadora, diferenciada e demonstrada pelos alunos, quando da confecção do Trabalho de Conclusão de Curso; e, por fim, a intelectualidade, a maturidade jurídica e o brilhantismo científico apresentado pelos nossos alunos e professores.

Seus textos principais trazem uma panorâmica da realidade brasileira no tocante a diversos temas jurídicos relevantes como Propriedade Intelectual, Direito do Consumidor, Direito Penal e de Família, dentre outros, com o objetivo de promoção e difusão do conhecimento e do debate de temas de interesse dos estudiosos e pesquisadores da Ciência Jurídica.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Profa. Camila Yamaoka Mariz Maia

## DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR

Adriana Shirley Campos Azevedo Nery<sup>1</sup>  
Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo principal o instituto jurídico do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que trata do direito de arrependimento nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial. O trabalho visa esclarecer ao consumidor a garantia que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) traz de desistir da compra realizada fora do estabelecimento comercial, desde que esteja no prazo de 7 dias. O trabalho a ser desenvolvido seguirá os preceitos do estudo exploratório por meio de uma pesquisa bibliográfica a qual será desenvolvido a partir de matérias já elaboradas, tais como artigos científicos, livros, documentos, reportagens e súmulas do STJ e STF. A coleta de dados seguirá uma leitura exploratória do material selecionado seguida de uma leitura seletiva buscando organizar o material para maior aproveitamento do tema e finalizando com registro específico dados informados extraída da fonte utilizada.

Palavras-chave: consumerista, fornecedor relação de consumo, cdc, arrependimento.

**ABSTRACT:** The main objective of this work is the legal institute of article 49 of the Consumer Protection Code, which deals with the right of regret in purchases made outside the commercial establishment. The work aims to clarify to the consumer the guarantee that the Consumer Protection and Protection Code (CDC) means to give up the purchase made outside the commercial establishment, provided that it is within 7 days. The work to be developed will follow the precepts of the exploratory study through a bibliographical research which will be developed based on already elaborated materials, such as scientific articles, books, documents, reports and summaries of STJ and STF. The data collection will follow an exploratory reading of the selected material followed by a selective reading seeking to organize the material for greater use of the theme and finalizing with specific record informed data extracted from the source used.

Key words: consumer, supplier, consumer relationship, cdc, repentance.

### 1 INTRODUÇÃO

O tema tratado tem como objetivo analisar a aplicabilidade do direito de arrependimento. O Direito do Consumidor remonta desde à antiguidade. Nos primórdios das civilizações sempre existiu uma preocupação com o consumidor de fato, com a instituição de regras e legislações.

A sociedade moderna é considerada consumerista. Cada vez mais pessoas consomem o tempo todo, seja em estabelecimento, em casa, telefone e na internet

---

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

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

devido à grande praticidade que o mundo globalizado oferece. A facilidade e o poder de consumir aumentam cada vez mais, muitas vezes sem levar em contas que não precisam de tal produto, mas sim, pelo fato de ser mais barato e mais fácil de comprar. Com o passar do tempo, a considerada proteção do consumidor, razão que se dava pela hipossuficiência, tendo sido elevado a um patamar considerado de direito fundamental sendo ensejado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No Brasil, a exigência de normas de proteção ao consumidor aumentou no final da década de 70 e começo da de 80, com a criação de entidades, associações de consumidores e institutos de controle de produção e comercialização, que tomaram medidas mais concretas.

O consumidor é considerado parte mais fraca do contrato. O uso da internet pelo consumidor hipossuficiente ou hipervulnerável, com o avanço da tecnologia passam cada vez mais usar dessa ferramenta. Vislumbrado com a comodidade em poder comprar o que necessita onde e quando quiser, bastando estar conectado à internet. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor equilibra as relações de consumo, dando vivência ao princípio maior da isonomia, centrado na igualdade real, que sugere um tratamento desigual para obter-se a necessária proteção.

Em todos os casos, norma jurídica posta e descrita, cabe aos fornecedores atentarem quanto aos riscos, na implementação destas modalidades de ofertas, exatamente por existir está nuance que trabalha com a suposição de que os veículos de apresentação dos bens ou serviços podem direcionar o cliente para aquisição, sem a certeza absoluta de que lhe atenderá integralmente. O CDC assegura o direito à informação e arrependimento, os prazos e alternativas que lhe são assegurados e os vícios de quantidade e qualidade existentes nos produtos. Esses direitos que o CDC assegura ao consumidor são muitas vezes desconhecidos pelos consumidores mais frequentes, e algumas empresas acabam se aproveitando da falta de conhecimento.

## **2. CF E CDC**

O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor (Atos das disposições Constitucionais Transitórias da CF/88, art.48). Como sabemos o Código de Defesa do Consumidor, conhecido pelas siglas CDC, foi instituído através da Lei 8.078/90,

tornando-se a norma de proteção de vulneráveis negociais, a Lei Consumerista tende à pacificação social, pois, procura equilibrar a relação entre fornecedores e consumidores.

O Código de Defesa do Consumir é uma norma principiológica, à frente da proteção constitucional dos consumidores, notamos isso no art. 5º inciso XXXII, a saber: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O CDC tem eficácia supralegal significa dizer que, ele está em um ponto hierárquico entre a Constituição Cidadã e as Leis Ordinárias. São normas de interesse social.

### **3 PRINCÍPIOS DO CDC**

Tais princípios repousam nos artigos quarto e sexto do dispositivo legal analisado. Para entendermos a lei consumerista precisamos navegar nos princípios que a compõe. O CDC é um diploma normativo moldado aos princípios éticos, como o da boa-fé objetiva, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações. Na visão de Miguel Reale, os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, com tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem práticas de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e das práxis. Para Nelson Nery Jr., os princípios são regras de condutas que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm com função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas.

Flávio TARTUCE(2016), faz um adendo as afirmativas do Nelson Nery, argumenta Tartuce: “De toda sorte, alerte-se que os princípios não são aplicados apenas em casos de lacunas da lei, de forma meramente subsidiária, mas também de imediata, para corrigir normas injustas em determinadas situações. Em muitas concreções envolvendo entes privados – inclusive fornecedores e consumidores -, os princípios tem incidência imediata (...). Muitas vezes, os princípios encontram-se expressos nas normas jurídicas, mas não necessariamente. No caso do Código do consumidor, muitos dos princípios (...), podem ser retirados dos arts. 1º, 4º, e 6º da

Lei 8.078/1990. Toda via, existem princípios que são implícitos ao sistema protetivo, caso do princípio da função social dos contratos”.

### 3.1 PRINCÍPIO DO PROTECIONISMO DO CONSUMIDOR

O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas disposições transitórias. (CDC. Art. 1º).

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

“V – defesa do consumidor”. (CF/88, art. 170, V).

[...]

O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. (Atos das disposições Constitucionais Transitórias da CF/88, art.48).

Um clássico exemplo de proteção e defesa do consumidor é a obrigatoriedade normativa que impõe o dever/obrigação de haver um exemplar do CDC nos estabelecimentos comerciais. Frise-se, a proteção dos compradores é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira. A defesa do consumidor é um direito fundamental.

O princípio do protecionismo do consumidor acarreta consequências, são elas: a) as regras existentes na Lei 8.070/90 não podem deixar de serem aplicadas, mesmo havendo conveniência das partes. Caso ocorra as cláusulas contratuais serão nulas e haverá nulidade absoluta; b) Sempre que ocorrer problemas de consumo o Ministério Público intervirá, pois sempre que existir interesse público o MP deve ser acionado; e c) O Juiz de ofício tem o dever de conhecer o motivo da nulidade de cláusula abusiva.

### 3.2 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

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. (CDC. Art. 4º, I).

Constatou-se que o consumidor repousa na condição de vulnerável (sempre que agir de boa-fé) defronte ao fornecedor. O Market agressivo torna o comprador vulnerável as ofertas inseridas ao seu campo de visão ou audição. A vulnerabilidade é à técnica normativa para aplicação do direito de proteção do cidadão. Concretizando a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana no sítio do dispositivo legal protecionista. A vulnerabilidade é um elemento posto pois trata-se de uma condição jurídica, logo, todo consumidor é vulnerável, porém nos referimos ao consumidor que adquire determinado produto como destinatário final. Finalizamos informando que não existe discriminação para reconhecimento da presunção da absoluta vulnerabilidade, não importando classe social, econômica, política ou financeira.

### 3.3 PRINCÍPIO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR

O conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis no caso de concessão dos benefícios da justiça gratuita no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento, conforme reconhece a melhor doutrina e jurisprudência (TARTUCE, 2016). Por isso não se pode confundir *hipossuficiência* com *vulnerabilidade*.

A vulnerabilidade é um conceito jurídico em quanto a hipossuficiência trata de conceito fático. Desta maneira afirmamos que nem todo consumidor é hipossuficiente porem todo consumidor é todo vulnerável. Explico. Existem dois tipos de *hipossuficiência* a técnica e a fática. A técnica é o comprador conseguir a prova que poderá ser indispensável para verificação do dano causado. A fática é aquela que analisa a posição social, econômica e política do cliente. Para entender melhor explicaremos da seguinte maneira.

Digamos que um empresário bem sucedido resolve comprar uma coisa sendo está direcionada a produzir lucros, entende-se que tal empresário não consumidor vulnerável, pois o produto adquirido não é destinatário final; continuando o raciocínio suponhamos que o mesmo empresário adquiriu determinado bem este para uso pessoal sem visar lucro algum, torna-se o empresário consumidor vulnerável e na ocorrência de falha da coisa poderá ser enquadrado como hipossuficiente bastando este provar que tem total desconhecimento de informações internas do produto.

Portanto a hipossuficiência no tema em análise é ter direito a *inversão do o ônus da prova* a beneficiar o consumidor. Segundo “TARTUCE (2016)” na sua obra manual de direito do consumidor versa: “concluímos o presente item, pode-se dizer que a hipossuficiência do consumidor constitui um *plus*, um algo *a mais*, que traz a ele mais um benefício, qual seja a possibilidade de pleitear, no campo judicial, a inversão do ônus de provar, conforme estatui o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990. Nesse ponto, cumpre reprisar mais uma vez, diferencia-se da vulnerabilidade, conceito jurídico indeclinável que justifica toda a proteção constante do Código do Consumidor, em todos os seus aspectos e seus preceitos”.

### 3.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

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 (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (CDC art. 4º, III).

Notamos que o dispositivo legal impõe que vede está presente o *jus equilíbrio* nas relações consumeristas é imprescindível que haja harmonia em todos da relação. Por isso, o princípio da boa-fé é fundamental. Sendo assim, ao falarmos de boa-fé objetiva nos referimos à atuação prática da pessoa pois estamos falando de uma regra de conduta, uma vez que o exercício da boa-fé exige lealdade nas decisões negociais. A boa-fé objetiva tem relação direta com os *deveres anexos ou laterais de conduta*, que são deveres inerentes a qualquer negócio, sem a necessidade de previsão no instrumento. Entre eles merecem destaque o dever de

cuidado, o dever de respeito, o dever de lealdade, o dever de probidade, o dever de informar, o dever de transparência, o dever de agir honestamente e com razoabilidade (TARTUCE, 2016).

Feito este breve relato, a seguir informaremos três funções distintas da boa-fé consumerista, a saber: 1) Função criadora: são os deveres especiais de conduta no tempo de vínculo contratual; 2) Função limitadora: é a limitação do exercício abusivo dos direitos subjetivos; e 3) Função interpretadora: tem a utilidade de interpretação e concretismo do contrato consumerista.

### 3.5 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

A informação no ramo do direito tem dois entendimentos, o dever de informar e o direito de ser informado, o primeiro estão relacionados a quem oferece o produto ou o serviço, já o segundo olha para o consumidor vulnerável. A Lei Consumerista em seu art. 6º, inciso III, versa o seguinte: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de qualidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”. Tributos incidentes foram acrescentados a parti da Lei 12.741/12, tem como objetivo dar maior transparência aos impostos pagos pelos consumidores.

Emitidos por ocasião da venda ao consumidor de mercadorias e serviços, em todo território nacional, deverá constar, dos documentos fiscais ou equivalentes, a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda. § 1º A apuração do valor dos tributos incidentes deverá ser feita em relação a cada mercadoria ou serviço, separadamente, inclusive nas hipóteses de regimes jurídicos tributários diferenciados dos respectivos fabricantes, varejistas e prestadores de serviços, quando couber. § 2º A informação de que trata este artigo poderá constar de painel afixado em local visível do estabelecimento, ou por qualquer outro meio eletrônico ou impresso, de forma a demonstrar o valor ou percentual, ambos aproximados, dos tributos incidentes sobre todas as mercadorias ou serviços postos à venda. § 3º Na hipótese do § 2º, as informações a serem prestadas serão elaboradas em termos de percentuais sobre o preço a ser pago, quando se tratar de tributo com alíquota *ad valorem*, ou em valores monetários (no caso de alíquota específica); no caso de se utilizar meio eletrônico, este deverá estar disponível ao consumidor no âmbito do estabelecimento comercial. (Lei 12.741/12, art. 1º).

Importante expor o a análise feita por Flávio Tartuce a respeito da Lei 13.146/17 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), “institui um parágrafo em tal diploma da Lei 8.078/1990, estabelecendo que as informações prestadas aos consumidores devem ser acessíveis às pessoas com deficiência, observando o disposto em regulamento específico. Acreditamos que a norma vem em boa hora, pois o citado Estatuto regulamenta a Convenção de Nova York, tratado de direitos humanos do qual o País é signatário, com força de Emenda à Constituição. A valorização da transparência e da confiança no CDC para relações negociais privadas estabelece uma forma única de multiplicar informações, pois visa a segurança no momento de expor a informação oriunda do fornecedor relacionado ao produto ou serviço para o consumidor

No artigo 4º, caput, da Lei em análise alude as seguintes palavras, a Política Nacional de 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, portanto, entendemos como a possibilidade de aproximação nos contratos entre consumidor e fornecedor. Importante expressar que a transparência significa a clarividente e justa informação da coisa a ser negociado, como também ao contrato. A transparência da a lealdade, respeito e confiança na relação comprador e provedor, por isso, afirmamos que o princípio da transparência tem vital relevância para a execução do princípio da *boa fé objetiva*.

### 3.6. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato é conceito básico para composição do negócio de consumo, obtendo a função de buscar o equilíbrio entre a relação comprador e provedor. Do ponto de vista prático o Código de Defesa do consumidor tem no princípio da função social o regramento entre as partes contratantes. Sabemos que o CDC se trata de Lei de função social que intervém de maneira dominante em relações jurídicas de direito privado.

A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. (CDC, art. 6º, V).

Conferimos que através do mencionado dispositivo devemos compreender que no contexto do CDC o papel da função social está intimamente ligado a busca do equilíbrio do celebrado negócio jurídico. Para Flávio Tartuce “um contrato que traz uma onerosidade excessiva a uma das partes considerada vulnerável não está cumprindo o seu papel sociológico”. Para tanto, o contrato de consumo deve ser interpretado a fim de fazer valer o máximo de utilidade na aplicação de suas cláusulas. Entendemos interessante valorizar a soberania do Código de Defesa do Consumidor que visa a manutenção de uma relação contratual baseada na boa-fé objetiva, com a intenção de manter um negócio jurídico equilibrado entre as partes.

### 3.7 Princípio da Equivalência Negocial

A educação e divulgação sobre o consumo adequado sobre os produtos e serviços, assegurados a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. (CDC, art. 6º, II).

O princípio da equivalência negocial tem a função de regular a igualdade de condições no ato da contratação além de debruçar sobre o aperfeiçoamento da relação jurídica. O texto legislativo esclarece o compromisso do tratamento igual a todos os compradores. Entendemos interessante citar as lições de Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem:

Com o advento do CDC, o contrato passa a ter seu equilíbrio, conteúdo ou equidade mais controlados, valorizando-se o seu sinalagma. Segundo Gernhuber, sinalagma é um elemento imanente estrutural dos contratos, é a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações correspectivas, é o nexa final que, oriundo da vontade das partes, é moldado pela lei (Gernhuber, p. 52). Sinalagma não significa apenas bilateralidade, como muitos acreditam, influenciados pelo art. 1.102 do Code Civil francês, mas sim contrato, convenção, é um modelo de organização (Organisationmodell) das relações

privadas (etimologicamente, a palavra grega significa contrato ou convenção e só no direito romano, e em sua interpretação na Idade Média, passou a ser considerada sinônimo de bilateralidade perfeita nos contratos). O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor uma maior boa-fé nas relações de mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma e, por consequência, o equilíbrio contratual.

Frise-se, existe uma categoria chamada de *hipervulneráveis*, que são os idosos, portadores de deficiência, crianças e adolescentes, estes merecem especial atenção, essa proteção especial está fundamentada na isonomia constitucional. Este é um exemplo concreto da tentativa de concretizar a igualdade arrolada no dispositivo legal que encabeça o início deste tópico.

Anote-se, o Código de Defesa do Consumidor no cenário da equivalência impede que os destinatários finais sejam expostos a ato desproporcional. Além disto, o art. 8º do CDC arrola que, “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”, significa dizer, que se estabelece a vedação de produtos ou serviços onde apresentem riscos à saúde, nessas situações havendo dano todos terão direito à reparações bastando provar em caso concreto.

Feito este breve relato, entendo como interessante fazer menção ao princípio da equivalência negocial, essa modalidade assegura o direito de conhecer serviço ou produto ofertado. Faz-se oportuno apresentar o Decreto 4.668 de 2013, regula o direito à informação, versa seu art. 1º sobre o dever do fornecedor de informar tudo o que relacionado a “alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis”. Explico. De acordo com essa lei é proibido todo e qualquer tipo de discriminação no instante da contratação sendo o fornecedor obrigado a fornecer as devidas informações ao aderente da coisa.

Consta no art. 9º do dispositivo legal investigado (CDC), “o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou a segurança

deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis a cada caso concreto“. Esse comando legal tutela o dever de informar possíveis potencial de nocividade a determinado produto ou serviço. Por tudo isso, percebe-se um contato direto entre o princípio da equivalência negocial e a boa-fé objetiva, havendo uma exigência de condutas de lealdade por parte dos profissionais da relação de consumo, que deverão, de maneira igualitária, fornece condições iguais nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual do negócio jurídico (TARTUCE, 2016).

### 3.8 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

A responsabilidade civil consumerista é o regramento fundamental da reparação total dos danos sejam eles de natureza, material, moral, individual, coletivo ou difuso. “A efetiva preservação e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. (CDC, art. 6º, inc. VI). Frise-se, todo e qualquer tipo de dano não importando sua classificação, conforme o Enunciado n. 550 do CJP/STJ, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, em 2013, “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”. Podemos notar que há convergência de pensamentos

Para melhor esclarecimento. De uma mesma situação danosa terá o consumidor direito à reparação por danos morais, aqueles que atingem seus direitos da personalidade. Não se pode esquecer que a Súmula 37 do STJ admite a cumulação, em uma mesma ação, de pedido de reparação de danos materiais e morais, decorrentes do mesmo fato, o que tem plena aplicação às relações de consumo. [...]. Dano estético constitui uma terceira modalidade de dano, separável do dano moral, cabendo do mesmo modo indenização por tais prejuízos. Estabelece a Súmula 387 do STJ que é perfeitamente possível a cumulação de danos estéticos e danos morais. O entendimento parece ser o mais correto, em prol da tendência de ampliação de novas categorias de danos. Em reforço, no dano estético há uma lesão a mais à personalidade, à 91/1098 dignidade humana. Como exemplo da presença de dano estético em relação de consumo, cite-se a hipótese de erro médico em cirurgia plástica estética, subsumindo-se plenamente ao Código do Consumidor

(nesse sentido: STJ – REsp 236.708/MG – Quarta Turma – Rel. Des. Conv. Carlos Fernando Mathias – j. 10.02.2009 – DJe 18.05.2009). (TARTUCE, 2016).

Faço mais uma vez o uso da jurisprudência para elucidar a linha de raciocínio. Enunciado n. 456, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, evento de 2011: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”. O Legislador Pátrio ao redigir esse dispositivo legal teve a intenção de expor a reparação de danos morais difuso e coletivos, quis o legislador instituir novas modalidade de dano.

O dano moral coletivo trata de diversos direitos da personalidade que foram lesados ao mesmo tempo por causa de determinado dano. As pessoas atingidas podem ser determinadas ou determináveis. Esclarecemos. Danos morais coletivos alcançam direitos individuais homogêneos e coletivos de maneira estrita, portanto as vítimas são determinadas ou determináveis, os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum, sendo possível identificar os direitos dos prejudicados. Já os interesses ou direitos coletivos em sentido estrito são os transindividuais e indivisíveis, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. (TARTUCE, 2016).

Dano difuso é classificado como um dano social entende-se como lesão à sociedade, no modo de viver da sociedade. Significa que prejuízos que geram grandes repercussões morais ou materiais, diferenciando-se do dano moral coletivo, sua diferença é notada no dado momento da execução, pois, são originados em condutas socialmente reprovadas. O dano difuso tem a característica de suas vítimas serem indeterminadas ou indetermináveis, portanto fica a critério do juiz competente decidir para qual fundo de proteção a indenização deverá ser direcionada.

#### 3.8.1. Dano por perda de uma chance

Quando não existem danos materiais, estéticos, individuais, coletivos ou difusos na ausência de tais prejuízos adotam-se, a reparação por perda de uma chance. Esse instituto é caracterizado a parti do momento que a pessoa se sente

frustrada frente a sua expectativa gerada por produto ou serviço. Na prática seria uma sensação de prazer futuro, tendo a consciência de que tal coisa, seria de uso pessoal se a relação consumerista tivesse seguido paulatinamente o regramento jurídico.

Na V Jornada de Direito Civil, evento realizado pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011, foi aprovado enunciado doutrinário apresentando a ideia de chance séria e real, mas rejeitando a utilização de percentuais. Vejamos o Enunciado n. 444, proposto por Rafael Peteffi: “A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”. (TARTUCE, 2016).

### 3.8.2. DANOS COLETIVOS X DANOS SOCIAIS E DIFUSOS

Danos morais coletivos são caracterizados por atingirem vários direitos da personalidade, por serem direitos individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito, pelas suas vítimas serem determinadas ou determináveis e pela indenização que é destinada para as próprias vítimas.

Danos sociais ou difusos se caracterizam por causarem um rebaixamento na qualidade de vida da coletividade. Os difusos por terem suas vítimas indeterminadas onde toda a sociedade é vítima da conduta. Para ambos a indenização é destinada a um fundo de proteção ou instituição de caridade.

Anote-se que não existe possibilidade jurídica para unificá-las num mesmo processo. Este entendimento teve sua criação na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.293.606/MG, em setembro de 2014. Conforme o Relator Ministro Luis Felipe Salomão, “as tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque, embora determinado

direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer”. (TARTUCE, 2016).

#### **4 CDC E RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, não está disciplinada de forma abrangente e sistemática, apenas trata da responsabilidade civil do fornecedor frente ao vício do produto ou serviço oferecido. A responsabilidade civil nas relações de consumo, tem como regra, ser objetiva, entretanto, o CDC não regra de forma integral, portanto, haverá circunstâncias onde será identificado lacunas na Lei Consumerista referente aos aspectos da responsabilidade civil o remédio jurídico que se aplicaram são as normas do Código Civil de 2012 e leis extravagantes que regem a matéria, sempre de forma subsidiária.

Na Lei Consumerista não existe relevância sobre qual tipo de responsabilidade civil advém de um contrato. O Código de Defesa do Consumidor não estabeleceu diferenças entre a responsabilidade civil extracontratual e contratual, simplesmente criou um sistema amplo onde o fornecedor, tem a incumbência na relação contratual, de responder por qualquer incidência de perdas e danos por produto ou serviço colocado no mercado de consumo. Importante frisar que a responsabilidade civil do CDC impõe ao fornecedor tais deveres independentemente de existir relação contratual. Via de regra, a responsabilidade é objetiva. Excepcionalmente admite a responsabilidade subjetiva, essa possibilidade encontra-se nos casos de relação de consumo estabelecida com profissionais autônomos. Contudo, diferentemente do Código Civil de 2002, que regulamenta a responsabilidade civil somente em caráter individual, a Lei Consumerista cuida do tema também no tocante aos interesses coletivos, sejam de natureza difusa, seja de natureza coletiva.

O CDC, ao regular a responsabilidade civil, não tomou por base somente os defeitos intrínsecos do bem ou serviço, mas também, e principalmente, a segurança que estes devem proporcionar ao consumidor. Por isso, quando se fala em defeito

no contexto das relações de consumo, é imprescindível esclarecer se a responsabilidade decorre do fato do produto ou do vício. Por fim, reprimamos para efeitos de memorização, em regra a responsabilidade civil nas relações de consumo é objetiva conforme consta nos artigos. 12, 14 e 18 do dispositivo legal e, por prerrogativa, a subjetiva, quando estabelecida com profissional independente, como determina o art. 14, § 4º, do CDC.

## **5 DIREITO DE ARREPENDIMENTO**

Bruno Dos Santos Caruta Nogueira traz um conteúdo histórico interessante ao nosso tema, expressa-se da seguinte forma: “Há tempos na Europa e posteriormente nos Estados Unidos, surgiram as chamadas vendas porta-em-porta em que os fornecedores ao invés de esperarem que os consumidores fossem aos seus estabelecimentos comerciais para contratarem acerca de produtos e serviços, iriam até as casas ou domicílios dos consumidores para oferecerem seus produtos e serviços, permitindo para o consumidor uma maior comodidade na relação de consumo. Depois desta modalidade de vendas, os fornecedores ousaram ainda mais, oferecendo seus produtos e serviços através de contratos de multipropriedade, das ofertas feitas pela Internet, e-mails, mala direta, "sites" e inclusive por canais de televisão, alguns criados exclusivamente para esta finalidade.

Surgiu daí a necessidade dos legisladores em controlar essas contratações para não haver qualquer tipo de abusividade por parte dos fornecedores, ou seja, essas modalidades de vendas começaram a ser regidas por leis consumerista que preveem um tratamento diferenciado da legislação civil para as relações consumerista. Dentre eles a redação dada pelo artigo 49 do Código do Consumidor Brasileiro, Lei 8078/90, que versa sobre o direito de arrependimento do consumidor. Vale dizer que como em todos os ramos do direito, os princípios basilares do ordenamento jurídico devem ser respeitados, principalmente, no caso em que ora traçamos alguns comentários, o princípio da boa-fé objetiva, para desta forma ser respeitado o equilíbrio das contratações”.

Feito este breve relato, iniciaremos o tema originário da presente pesquisa.

Trata-se do arrependimento por parte da pessoa vulnerável no sítio da Lei Protetorista. O Código de defesa do Consumidor em seu artigo. 49, caput. arrola o

seguinte: “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de reconhecimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio “.

Um adendo, nas contratações através de meio eletrônico teve um recente Decreto nº 7.962/13 que reforça o direito de arrependimento para as compras realizadas na internet onde estabelece que o fornecedor tem o dever/obrigação de informar de maneira cristalina e pública nos meios adequados e eficazes na intenção de informar ao cliente seus direitos legítimos regidos pelo CDC, dentre eles o Direito de Arrependimento. O referido decreto também traz a possibilidade de o consumidor exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta que foi utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados, devendo o fornecedor enviar ao freguês a imediata confirmação do recebimento da notícia do arrependimento.

## 6 FORNECEDOR

Pela simples leitura do caput do art. acima mencionado, fica evidenciado a intenção do legislador em definir o conceito de fornecedor, ao máximo de forma que, para existir careça da existência do fornecedor, que pratica com habitualidade determinada atividade, colocando produtos e serviços no mercado de consumo. O conceito de fornecedor não é tão debatido por doutrinadores como o de consumidor. Há dois requisitos exigidos para se configurar fornecedor: a *habitualidade* e a *onerosidade*. O fornecedor é aquele que tem o exercício habitual do comércio e o exerce com onerosidade, pois poderá o serviço ser exercido com habitualidade, mas sem onerosidade, como por exemplo, dá carona todos os dias a um colega para o trabalho.

Nota-se que, entre os conceitos de fornecedor acima explicitados, incluindo o do próprio CDC, apenas o Dicionário de Houaiss da língua portuguesa traz em sua definição, o pré-requisito essencial para se determinar, como sendo um fornecedor, aquela pessoa que coloque produtos ou serviços no mercado de forma habitual, separando a sua relação e regulação, seja pelo CDC ou pelo Código Civil Brasileiro (CC).

Podemos citar como exemplo um fornecedor que possui um veículo e o utiliza no transporte de seus produtos industrializados e decide vender a um particular. O estabelecimento não pode ser considerado como fornecedor, pois sua habitual atividade de comércio não é a venda de veículos, e sim a comercialização de produtos industrializados no seu dia a dia, sempre de forma contínua e habitual, justamente pela obrigatoriedade de existir a relação jurídica de consumo, portanto esta relação não poderá ser normatizada pelo CDC, devendo ser regida pelo CC.

Sendo assim, é fornecedor aquele que coloca produtos ou serviços à disposição do mercado de consumo, desde que rotineiramente e de forma habitual, como foi exaustivamente mencionado e exemplificado. O fornecedor tem o papel de comercializar produtos ou serviços para nosso mercado de consumo, em caráter continuado, habitualmente, sempre com o objetivo de atender as necessidades dos consumidores, na sadia e respeitosa relação de consumo, tudo em conformidade com o CDC.

## **7 CONSUMIDOR**

Nossa Constituição Federal determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, mas não define quem seria esse sujeito de direitos. O CDC, em seu art. 2º, define quem se apresenta como consumidor e nos artigos 17 e 29 completa-se esse conceito, de forma que se torna mais fácil sua aplicação. Existem três correntes doutrinárias acerca do conceito de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista.

A corrente finalista defende a teoria que o consumidor, seja pessoa física ou jurídica, que adquiri o produto ou contrata o serviço para uso próprio e ou privado, não podendo fazer uso profissional, com a finalidade de obter lucro, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda e nem para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, e não haveria a exigida destinação final do produto ou do serviço, segundo a interpretação teológica.

Portanto não poderia o consumidor comprar um computador e levar para seu escritório ou residência, retirando-o apenas da cadeia de produção. Os finalistas afirmam que se o consumidor adquire um produto ou serviço com a finalidade de

obter lucro, não seria considerado destinatário final, ou fático e econômico do bem ou serviço.

## 8 DIREITO A INFORMAÇÃO E ARREPENDIMENTO

=

O art. 6º, III do CDC determina que o consumidor tem o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Como já dito, o consumidor é a parte vulnerável da relação. Com a garantia do citado artigo, terá o consumidor direito as informações claras sobre o produto ou serviço que adquiriu ou que pretende adquirir.

Portanto, o fornecedor tem a obrigação de prestar tais informações, de forma que tire todas as dúvidas do consumidor, caso contrário será responsabilizado. Toda e qualquer informação relacionada àquele produto é de responsabilidade de seu fornecedor, caso seja veiculada uma informação falsa, será considerado vício do produto, tendo o fornecedor um prazo de 30 dias para sanar tal vício, seja para cumprir o que foi contratado ou o consumidor poderá ter seu dinheiro de volta.

O CDC em seu art. 49 garante ao consumidor o direito de arrepender-se da compra realizada fora do estabelecimento comercial, para isso terá o prazo de 7 dias, contados a partir da entrega do produto ou serviço. Por isso, o consumidor e fornecedor tem que ter muita cautela na hora no momento da finalização do contrato consumerista. Vale lembrar que, para a devolução do produto adquirido ou rejeição do contrato não precisa ficar constatado nenhum defeito ou vício, basta a simples vontade de não querer ficar com o produto ou serviço.

O legislador entende que ao comprar um produto ou contratar um serviço fora do estabelecimento comercial, o consumidor não tem a imagem real do produto, que muitas vezes as imagens expostas em catálogos, internet não correspondem a imagem fática, mesmo que não seja a intenção do fornecedor em enganar o consumidor. Portanto, os fornecedores têm que atentar-se contra os riscos desses tipos de vendas, pois será uma venda incerta, basta qualquer insatisfação do consumidor para devolver o produto.

Para melhor entendimento do tema, vejamos o que diz o parágrafo único do art. 49 do Dispositivo Normativo:

Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Com tudo isso, fornecedores conscientes dessa possibilidade de arrependimento do consumidor, devem investir em informações claras e que não fique dúvidas, evitando assim que o consumidor use do seu direito de arrepender-se da compra do produto ou contratação de um serviço.

## 9 PRAZOS E ALTERNATIVAS DO CONSUMIDOR

Falar em decadência e prescrição na ótica do Código de Direito do Consumidor, nos remete ao antigo brocardo jurídico: *dormientibus non succurit jus*. O Direito, realmente, não tem interesse em socorrer aos que dormem, aos titulares de direitos que se mantêm inertes. Ao contrário disso, os sistemas jurídicos apresentam prazos para o exercício e efetivação de direitos e pretensões. Não interessa ao Direito que se eternize a faculdade de o credor exercitar o seu direito, cabendo-lhe exigir o cumprimento da prestação positiva ou negativa. Se não o fizer, no tempo legalmente previsto, consumir-se-á a prescrição, assim entendida, portanto, a extinção de um direito definitivamente constituído, por inatividade de o respectivo titular.

Outros direitos, no entanto, dependem da iniciativa daquele que ocupa o polo ativo da relação jurídica. Na hipótese da inércia desse partícipe, ocorre o perecimento do referido direito, e isto significa que seu postulante decaiu do direito de constituí-lo, validamente. Alude-se, na hipótese, à decadência, porque, em razão da inatividade, o respectivo titular deixou de constituir o respectivo direito. O código de defesa do Consumidor estabeleceu prazo prescricional único (cinco anos) para todos os casos de pretensão a reparação de danos causados por fato do produto e do serviço.

E como esse Código se aplica à atividade securitária, temos como certo que o prazo para o segurado exercer sua pretensão contra o segurador, sempre que se

tratar de relação de consumo, não é de um ano, como estabelecido no art. 206, §1º, II, do Código Civil, mais de cinco anos. Neste particular a norma especial há de prevalecer, de acordo com o indiscutível princípio da especialidade.

## **10 VÍCIOS DE QUANTIDADE E QUALIDADE**

O Código de Defesa do Consumidor trata primeiro dos vícios do produto, e o faz nos artigos 18 e 19, de acordo com a seguinte divisão: os vícios de qualidade dos produtos são tratados no artigo 18; os vícios de quantidade do produto são tratados no artigo 19. Em seguida passa a tratar dos vícios do serviço; os vícios de qualidade do serviço são tratados no seu artigo 20; já os vícios de quantidade do serviço – embora existam – não foram regulados expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor; devendo ser estudados, por analogia, através do artigo 19 (que trata dos vícios de quantidade do produto), fazendo, para tanto, as adaptações necessárias.

Podemos considerar como sendo vício, a imperfeição de qualidade ou quantidade que torne os produtos impróprios ou inadequados ao consumo a que se destina ou lhes diminuam o valor. São, também, vícios aqueles decorrentes da desigualdade existente nas indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária respeitadas as variações decorrentes de sua natureza. De tal forma, o vício está restringido (melhor será “restrito”) ao produto ou serviço em si, sendo-lhe próprio ou inseparável.

A responsabilidade pelos vícios de qualidade e quantidade de produtos de consumo duráveis e não duráveis está estabelecida nos artigos 18 e 19 do CDC. As normas dos mesmos artigos se referem a todas as pessoas que desenvolvam atividades no ciclo de produção e distribuição no mercado de consumo, ou seja, todos os fornecedores estabelecidos no artigo 3º da legislação em análise.

## **11 DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR**

O Código de Defesa do Consumidor trata os sujeitos da relação de consumo de forma diferenciada, em virtude da desigualdade de forças existente entre eles. O Consumidor é vulnerável diante do fornecedor, que, por sua vez, dita as regras na

relação jurídica de consumo. Antes as relações de consumo eram individuais, os artesãos produziam e vendiam todos os bens de consumo de forma personalizada. O artesão e o consumidor se conheciam, conversavam, negociavam e, desta forma, o produto era produzido de forma particular, para atender os interesses de cada consumidor. Com o advento da Revolução Industrial e da Segunda Guerra Mundial, houve a massificação das relações de compra e venda, que puseram fim as relações pessoais de consumo.

Agora o consumidor e o fornecedor não eram mais conhecidos um do outro, e, de tal forma, ao consumidor caberia apenas aceitar os produtos em série da maneira estabelecida pelo fornecedor. É com o desígnio de igualar essa desigual relação entre o consumidor e o fornecedor, que o Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor. Ocorre que a sociedade é muita dinâmica, a capacidade inventiva do homem é ilimitada. Utilizando as tecnologias inventadas pelo homem, novas formas de contratação de produtos e serviços foram criadas, e o Código não poderia ficar alheio a essas mudanças.

Deve ficar esclarecido que a boa-fé objetiva deve estar presente no exercício do direito de arrependimento do comprador. Para evitar abusos por parte do consumidor, o prazo de reflexão expira em exatos 7 (sete) dias, a contagem não se interrompe nos finais de semana e feriados, não havendo expediente do fornecedor na data final do prazo de reflexão, o cliente terá prorrogado seu exercício de direito no *primeiro* dia útil posterior a data limite. Para formalizar o arrependimento o consumidor deve fazer o pedido ao fornecedor, através de carta (se protocola uma via), pelo correio (deve enviar com avisando do recebimento), por telefone (anota o número do protocolo com o nome do atendente) e se optar por e-mail (guardar a mensagem enviada).

Pois bem, na atual realidade legislativa nas situações que o produto ou serviço é adquirido no estabelecimento, não existe possibilidade do uso do direito de arrependimento. Vale ressaltar que na prática existe uma boa-fé objetiva por parte dos comerciantes em disponibilizar ao freguês a troca do produto quando o consumidor sentir-se insatisfeito com sua compra ou ainda porque o bem adquirido não lhe serviu, cada empresa estabelece seu prazo de troca. Esse costume saudável tem a serventia de manter a clientela, mantém-se um relacionamento amistoso com a coletividade consumerista. Frise-se que para o ordenamento jurídico

existe a obrigatoriedade de troca de produto quando presentes vícios bom bem ou serviço.

Esse direito existe para proteger a declaração de vontade do consumidor, essa ferramenta possibilita uma reflexão com calma nas agressivas situações de vendas a domicilio. A utilização do serviço postal a fim de exercitar o direito de devolução do produto, a quantia não deve ser repassada ao cliente. Portanto, da atuação do comprador não dá pressuposto ao fornecedor o direito de indenização por perda e danos, partindo desta lógica não deve se falar em incidência de multa. Dispensa-se qualquer motivação para fazer exercício do arrependimento coerente ao prazo de reflexão, o direito de arrependimento relativo ao prazo de reflexão de 7 (sete) dias, constitui direito potestativo.

Verifica-se que a concessão de arrependimento, é um direito potestativo conferido aos consumidores que compram produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial, haja vista que o comprador até aquele momento não examinou adequadamente o produto ou não fez teste do serviço. Portanto a função do direito de arrependimento é a proteção de uma possível surpresa desagradável por isso é atribuído ao consumidor a possibilidade de meditar, de raciocinar a necessidade do contrato firmado. Nelson Neri Junior afirma: “O direito de arrependimento existe sem que seja necessário qualquer justificativa do porquê de atitude do consumidor. Basta que o contrato de consumo tenha sido fora do estabelecimento comercial para que incida, plenamente, o direito de o consumidor arrepender-se.

Feito este breve relato, cito: a interpretação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor é exclusivamente instituída no ordenamento jurídico brasileiro como, uma nova causa de resolução de contrato. Seria uma possibilidade unilateral do consumidor de solver o contrato no prazo legal de ponderação, sem ter de arcar com os ônus contratuais facultados da resolução por inadimplemento (perdas e danos por exemplo). O contrato firmado em domicílio seria um contrato um contrato resolúvel, por lei. Destarte, a resolução perfaz o pleno direito, não sendo necessária a manifestação de vontade do cliente de desistir da relação jurídica consumerista.

Entenda-se. Verificamos através da presente pesquisa, o momento históricosocial na época da elaboração do Dispositivo Legal ao qual o Legislador Pátrio, observou que vendas em domicílio e via telefone, tinham uma constante

prática, razão pela qual se tornou objeto de especial atenção para o legislativo federal. A Lei 8.078 de setembro de 1990 chama de Lei Consumerista, Código de Defesa do Consumidor e conhecida também pela sigla CDC, visa a pacificação social na tentativa de equilibrar direciona a relação existente entre fornecedores e consumidores.

## **12 DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS**

Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento, os valores eventualmente pagos, a qualquer título (inclui-se aqui todas as despesas, inclusive envio, frete e encargos diversos), durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. O artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, portanto concede um prazo de reflexão ao consumidor sempre que a compra do produto ou a contratação do serviço for efetuada através da internet, televisão, telefone, fax, catálogos, mala direta, correio, carta-resposta, venda em domicílio, ou qualquer outra forma de contratação de fornecimento de produtos e serviços que ocorra fora do estabelecimento comercial.

Para exercer o seu direito de arrependimento, o consumidor não precisa apresentar qualquer justificativa ao fornecedor. Para tanto, deverá fazê-lo no prazo de reflexão que foi determinado pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor: sete dias a contar de sua assinatura ou do ato do recebimento do produto ou do serviço. A contagem desse prazo deverá ser feita nos moldes estabelecidos pelo artigo 132 do Código Civil Brasileiro: “computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento. Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil”.

## **13 É POSSIVÉL DESISTIR DA RETIRADA DO PRODUTO EM LOJA FÍSICA?**

Para efeito de memorização, o direito de arrependimento apenas é concebido nas compras feitas a distância, por esse motivo, em lojas físicas esse direito não tem legitimidade. O consumidor que desistir de retirar o produto estará sujeito as sanções penitentes a quebra de contrato, haja vista que se criou expectativa no fornecedor,

ao mesmo tempo que o cliente abre mão do seu direito de receber em casa seu produto, logo o fornecedor não tem mais o dever/obrigação de enviar o produto.

É válido ressaltar que o cliente pode negociar sua desistência, afinal o produto não foi retirado e poderá voltar a vitrine para que outro sujeito o compre, porém mesmo com a abertura de uma possível negociação, sempre haverá a legítima cobrança, pelo fato de ter gerado expectativa no fornecedor que acarretou em frustração, poderá também o comprador pagar por eventuais despesas do negócio frustrado.

## 14. JURISDIÇÃO

**Direito do consumidor. Aplicação de multa a fornecedor em razão dor e passe aos consumidores dos valores decorrentes do exercício do direito de arrependimento.** O Procon pode aplicar multa a fornecedor em razão do repasse aos consumidores, efetivado com base em cláusula contratual, do ônus de arcar com as despesas postais decorrentes do exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC. De acordo com o *caput* do referido dispositivo legal, o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. O parágrafo único do art. 49 do CDC, por sua vez, especifica que o consumidor, ao exercer o referido *direito de arrependimento*, terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o *prazo de reflexão* – período de sete dias contido no *caput* do art. 49 do CDC –, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas decorrentes da utilização do serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. Aceitar o contrário significaria criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não prevista, de modo a desestimular o comércio fora do estabelecimento, tão comum nos dias atuais. Devese considerar, ademais, o fato de que eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor nesse tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (pela internet, por telefone ou a domicílio). REsp 1.340.604-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 15/8/2013. (*Informativo 528 – 2ª Turma*)

**Negócio jurídico – Contrato – Direito de arrependimento – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Hipótese em que o contrato foi firmado dentro do estabelecimento comercial** – Art. 49 do CDC que não deve ser interpretado restritivamente – Método agressivo de ‘marketing’ que permite o direito de arrependimento – Caso em que a consumidora foi premiada após participação de jogo, ganhando direito a conhecer

hotel, onde foi convencida a contratar, em duna emocional – Vontade maculada pelo entusiasmo temporário, causado pelo estímulo repentino e de ansiedade de contratação, derivado do método de apresentação do produto ou serviço – Direito de arrependimento que deve ser garantido em homenagem à boa-fé contratual, evitando-se que a venda emocional possa legitimar contratações maculadas pela ausência de transparência e respeito aos interesses do contratante mais

412/1098 fraco – Recurso não provido” (TJSP – Apelação com Revisão

9134379-17.2003.8.26.0000 – Rel. Melo Colombi – 14ª Câmara de Direito

Privado – j. 09.05.2007 – Data de registro: 25.05.2007)

**Plano Nosso Modo. TIM Celular S.A. Estação móvel celular. Prestação de serviços de telefonia móvel a microempresa. Comodato. Mau funcionamento. 63/1098 Inc. II, do art. 333, do CPC. Prazo decadencial não iniciado. VIII, do art. 6º, do CDC. Hipossuficiência. Verossimilhança. Vulnerabilidade.**

Art. 4º do CDC. (1) o CDC não faz distinção entre pessoa física ou jurídica, ao formular o conceito de consumidor, quando estes adquirem serviços na qualidade de destinatário final, que buscam o atendimento de sua necessidade própria; ainda mais quando se trata de bem de consumo, além de haver um desequilíbrio entre as partes(...). Ainda, impõe-se dizer que o demandante, conforme o art. 4º do CDC é vulnerável, pois não possui conhecimento técnico-científico do serviço que contratou, este conceito diz respeito à relação de direito material, tendo presunção absoluta, não admitindo prova em contrário’ (Recurso 71000533554, Porto Alegre, 3ª Turma Recursal Cível, TJRS, j. 13.07.2004, unânime, Rel. Dra. Maria de Lourdes

Galvão Braccini de Gonzalez)” (TJRS – Recurso Cível 71000533554, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez – j. 13.07.2004).

**Responsabilidade civil. Hospital. Paciente internado em estado grave, vítima de acidente vascular cerebral, cujo quadro exigia intervenção cirúrgica imediata. Não realização do procedimento por questões financeiras. culpa caracterizada.**

**Responsabilidade objetiva. Falha na prestação dos serviços. Indenização devida. Pensão mensal. Danos morais.** Fixação equitativa. Culpa da empregadora não demonstrada. Improcedência do pedido em face dela. Recurso parcialmente provido. 1. Patenteada está a conduta culposa do requerido, ensejadora do dever de indenizar, pois, inobstante a indicação imediata de cirurgia, em paciente que se encontrava internado em suas dependências, vítima de acidente vascular cerebral, deixa de realizá-la, motivado, exclusivamente, pela impossibilidade econômica da família em custeá-la, sequer oferecendo-lhe a opção de fazê-la de forma gratuita, pela beneficência. 2. Se não está em discussão a conduta desempenhada pelo médico, no exercício de seu mister, mas sim a intervenção direta do hospital nos serviços

prestados ao paciente, que não o foram a contento, caracterizado está o defeito na prestação 101/1098 dos serviços pelo hospital, incidindo, na espécie, a responsabilidade objetiva, *ex vi* do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Se o ato ilícito subtraiu da vítima a possibilidade de reverter a gravidade do quadro que se instalará.

## **15 CONCLUSÃO**

O Presente estudo se faz importante para todos os cidadãos, para despertarem e identificarem os abusos, que ocorrem diariamente em todo território nacional, e como procederem quando se depararem com tal situação. O Direito, realmente, não tem interesse em socorrer aos que dormem, aos titulares de direitos que se mantêm inertes. Ao contrário disso, os sistemas jurídicos apresentam prazos para o exercício e efetivação de direitos e pretensões.

Não interessa ao Direito que se eternize a faculdade de o credor exercer o seu direito, cabendo-lhe exigir o cumprimento da prestação positiva ou negativa. Se não o fizer, no tempo legalmente previsto, consumir-se-á a prescrição, assim entendida, portanto, a extinção de um direito definitivamente constituído, por inatividade do respectivo titular. Outros direitos, no entanto, dependem da iniciativa daquele que ocupa o polo ativo da relação jurídica. Na hipótese da inércia desse partícipe, ocorre o perecimento do referido direito, e isto significa que seu postulante decaiu do direito de constituí-lo, validamente.

De forma, mais frequente os usuários utilizam a internet para realizar compras com mais comodidade, e tem se arrependido quando recebem o produto e ficam insatisfeitos, e muitas vezes não sabem como proceder e não possuem o esclarecimento e a instrução devida para fazer valer seu direito de consumidor previsto tanto na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

Por isso entendemos como importante nossa pesquisa, pois, ela visa trazer ao consumidor informações de seus direitos, para que os compradores possam litigar na justiça e exercer seus direitos que outrora foi lesado. O fornecedor não pode usar de Market agressivo e deixar o freges sem informações relevantes para seu prazer pessoal com determinado produto ou serviço que possui através de uma relação consumerista.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDRADE. Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**. Ed. Manole, 2006.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Direito do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor. 1990 e normas correlatas** – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, Secretária de Editoração e Publicações – EGRAF, 2015
- . **Constituição da República Federativa do Brasil. 1989** – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. 2015
- COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: RT. 1993, p.263
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001
- MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2004.
- . **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- . **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Revista atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NORAT, Markus Samuel Leite. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Anhanguera, 2010.

- \_\_\_\_\_. Sinopses Jurídicas: **Direito do Consumidor**. São Paulo: Edijur, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 268-269
- NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. – 5. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2016.
- \_\_\_\_\_. *A função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Direito civil. Direito das coisas**. São Paulo: GEN/Método, 2014. v. 4.
- \_\_\_\_\_. **Direito Civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. São Paulo: GEN/Método, 2011. v. 3.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Civil. Volume Único**. São Paulo: GEN/Método, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil objetiva e risco. A teoria do risco concorrente**. São Paulo: GEN/Método, 2011.
- VADEMecum de Jurisprudência: STF e STJ/Alexandre Demetrius Pereira [et al.]; organização Tânia Faga. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2014.
- VIANNA, Carlos Machado, **Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: 1 ed. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 1991
- WIELEWICKI, Luís. **Contratos e Internet: contornos de uma breve análise, in Comércio eletrônico, diversos autores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## 17. LINKS

- NOGUEIRA, Bruno dos Santos Caruta. **Direito de arrependimento à luz do Código de Defesa do Consumidor**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 415, 26 ago. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5626>  
Acesso em: 13 mar. 2018.
- PLANALTO. Lei 8.078/90, de 11 de setembro 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm) Acesso em 01/03/2014.

## O PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL E CRIMINAL NO IPC – PB

Alexander Macedo de Freitas<sup>1</sup>  
Gabriella Henriques da Nóbrega<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo, vem abordar sobre o procedimento de identificação civil e criminal feito pelo Instituto de Polícia Científica da Paraíba – IPC, discorrendo sobre fatos, procedimentos, métodos, competência, prazos, crimes correlatos, taxas, processos de agendamentos, problemas gerados com atrasos na emissão do documento de Carteira de identidade, bem como esclarecer sua importância à luz da investigação criminal, como também pesquisar sobre os problemas enfrentados na identificação criminal e suas dificuldades, procedimentos de coleta de identificação, métodos de identificação, prazos e a importância do procedimento para o processo judicial. Como também entender o funcionamento do processo de identificação civil e criminal no Instituto de Polícia Científica do Estado da Paraíba, como procedimentos de identificação, e identificar eventuais crimes que possam ser cometidos por estes usuários dentro desses procedimentos de identificação. Além do mais discorrer fatos, procedimentos, métodos, como também a problemática nos processos de identificação.

Palavras-chave: Identificação civil e criminal, carteira de identidade, IPC, procedimentos, métodos, polícia científica.

**ABSTRACT:** In this paper, it is talked about the civil and criminal identification procedure made by the Scientific Police Institute of Paraíba – IPC, discording about the facts, procedures, methods, competence, deadlines, related crimes, tax, scheduling processes, problems generated with delays in the issue Identity card document, as well as to clarify the importance in the criminal investigation solution, as also search about the problems faced in the criminal identification and them difficulties, identification collection procedures, identification methods, deadlines and the importance of the procedure for the judicial process. As also understand the operation of the civil and criminal identification process in the Scientific Police Institute of Paraíba, as identification procedures, and clarify crimes that can be committed by these users inside these identification procedures. Furthermore, disclose facts, procedures, methods, as also the problematic in the identification processes

Key words: the operation of the civil and criminal identification process in the Scientific Police Institute of Paraíba, facts, procedures, methods the identification processes.

### 1 INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos, o Instituto de Polícia Científica da Paraíba (IPC-PB) vem aprimorando os processos de identificação civil e criminal, utilizando-se de

---

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

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

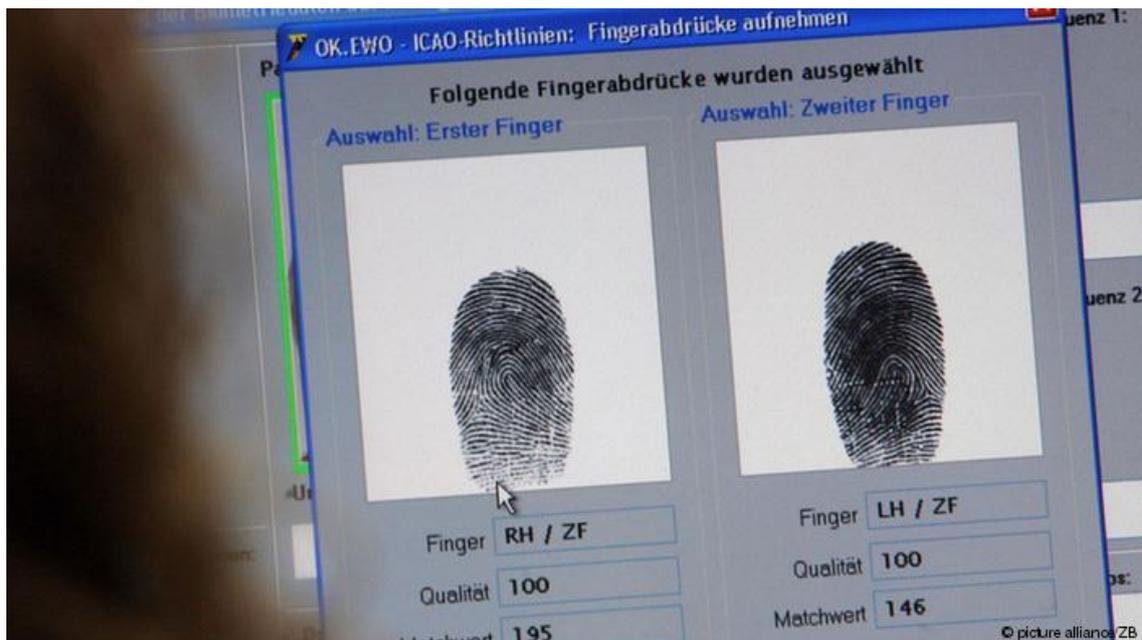
métodos da papiloscopia (dactiloscopia, podoscopia e quiroscopia) e da necropapiloscopia, bem como de métodos de reconhecimento como a prosopografia e o retrato falado, realizado pelo profissional denominado de papiloscopista policial. No IPC/PB também são desenvolvidas e aplicadas outras técnicas de identificação, em vivos ou em mortos, tais como a identificação pela arca dentária e a identificação genética (DNA), realizados, respectivamente, pelos peritos oficiais odonto-legal e criminal. Alguns desses métodos de identificação utilizam-se de sistemas de tecnologias avançadas, como plataformas de biometrias, banco de DNA e sistema de retrato falado.

Muito embora, sua finalidade seja de muita complexibilidade e de extrema importância para a sociedade, os sistemas de identificações, tem sua relevância para a sociedade como todo além de suma importância para polícia judiciária.

O sistema de identificação requer conhecimento no assunto, exigindo de seus profissionais qualificação para cumprimento de suas obrigações, pois a relação da identificação civil tem por objetivo principal a diferenciação de cada pessoa, ou seja, a sua individualização, aquele conjunto de característica pessoal que cada ser humano possui, determinando sua identificação pessoal na sociedade, fortalecendo seu status de cidadão, ao viabilizar o exercício de outros direitos.

Sabemos que nenhuma pessoa é identificada somente pela simples aparência, sendo sua identificação civil feita através do instrumento chamado Carteira de Identidade, nela contendo informações pessoais, e exclusivas, como seu CPF e sua digital, este último elemento impossível de utilização por qualquer outra pessoa em algum tipo de processo de identificação, sendo ímpar de cada ser humano, pois embora as pessoas tenham alguns traços parecidos, como por exemplo, tons de pele, tipos de cabelos, tamanho, e estatura física, nem mesmo os gêmeos univitelinos possuem a mesma impressão digital.

Já na identificação criminal muda um pouco a esfera do assunto, visto que esse tipo de registo engloba a parte Judiciária, sendo feita identificação daqueles que se submeterem a este tipo de identificação, sendo feito de forma obrigatória, por descumprimento da norma penal ou especial, ou por determinação judicial. Embora pareça para alguns, constrangedor, a legislação abarca essa possibilidade de identificação, sendo acobertado o procedimento feito ao indivíduo que passar por tal processo.



<https://www.dw.com/pt-br/quando-a-impress%C3%A3o-digital-passou-a-resolver-crimes/a-19516888>

O respectivo trabalho tem por objetivo explicar o procedimento de identificação papiloscópica civil e criminal, bem como quantificá-los no Instituto de Polícia Científica do Estado da Paraíba e abordar sua importância dentro do contexto da polícia judiciária ou investigação criminal.

Além do mais, a abordagem do tema, traz uma evolução substancialmente satisfatória à sociedade, no sentido de prestação de serviços. Os dados a serem expostos buscará a verificação da crescente demanda de expedição e importância do processo de identificação, visto que, sua necessidade é essencial na busca da verdade real no âmbito do processo jurídico, e a comprovação da identificação civil no âmbito societário, como também no âmbito pessoal. Com a carteira de identidade em mãos e em bom estado de conservação pode-se afirmar sua origem civil, não restando dúvidas sobre a sua pessoa.

O processo problemático no procedimento de identificação civil e criminal tem por base o lado estatal, detentor de tal prerrogativa exclusiva, muito embora seja o Estado detentor de toda base de dados dos cidadãos que tenham passagem ou registo no Estado da Paraíba, foi por estes dados o caminho de uma pesquisa criteriosa, como também a pesquisa legis.

## 2 O PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL

O procedimento de emissão de Carteira de Identidade está regulamentado na Lei Nº 7.116, de 29 de Agosto de 1983. Esta Lei assegura a validade em todo território nacional, como também regulamenta a forma de sua expedição.

Já no procedimento de identificação criminal a lei que regula tal dispositivo é a lei Nº 12.037, de 1º de Outubro de 2009. Esta lei versa sobre a identificação do civilmente identificado, regulamentado pelo art. 5º, Inciso LVIII, da Constituição Federal.

O processo de identificação civil (EMISSÃO DA CARTEIRA DE IDENTIDADE) passa por fases importantes, como de início a fase de agendamento, este deve ser agendado no site oficial do Estado da Paraíba, para solicitantes que desejam ser atendidos na Capital e em Campina Grande, lá o solicitante irá preencher seus dados pessoais, escolher o lugar que pretende ser atendido, no caso, em alguma casa da cidadania da Capital ou em Campina Grande. Em algumas cidades do Estado, o sistema de agendamento funciona com o critério de chegada, ou seja, será atendido em ordem cronológica pela hora que chegou.

Isso de certa forma gera desconforto a população, tendo que chegar a determinado centro de atendimento muito cedo, além do mais, existe um limite de atendimento aos usuários, este fica de forma discricionária por parte de cada coordenador, ficando de sua responsabilidade qual melhor tipo de gestão irá seguir com a população.

Posteriormente o usuário do serviço terá de aguardar alguns dias até que seja feita a conferenciados dados biométricos e das impressões digitais, no caso de primeira via, ou conferência dos dados biométricos e confronto das impressões digitais, nos casos de segundas vias, para em seguida ser liberação para confecção e por último a emissão da sua Carteira de Identidade, esta é enviada via malote do IPC-PB para as casas das cidadanias, algumas sendo feita de forma diária e outras semanais.

No procedimento de identificação criminal, o procedimento mescla ainda técnicas manuais com técnicas da informática, pois a tomada ou coleta das impressões digitais ainda é realizado pela técnica do entitamento, ou seja, com o uso de tinta, tolo, prancheta e papel (Boletim de Identificação Criminal-BIC),

combinado com a inserção e pesquisa dos dados pessoais em banco de dados informatizados, para posterior elaboração do relatório/laudo com o uso de computadores.

Verifica-se um número insuficientes desses profissionais responsáveis por esse mister, bem como a falta de informatização de todo processo, para ganhar em celeridade, que exige, um inquérito ou processo penal. Um dos fatores que mais influência no trabalho de identificação de algum acusado é a falta de um laboratório que possibilite exame papiloscópico e falta de norma mais específica para regulamentar o documento a ser confeccionado dos resultados dos exames realizados.

A importância do perito papiloscopistas além da esfera civil e criminal, compreende a esfera pericial, em laudos periciais papiloscópico, esses confeccionados aos respectivos laudos em pesquisa, no confronto de laudos em objetos achados em locais de crimes ou não, no levantamento de impressões papilares em locais como: roubos, furtos, homicídios, etc. Este trabalho também é realizado em pericias necropapiloscópicas, ou seja, é um exame feito em cadáveres que estejam em estágio de decomposição ou putrefação.

Em se tratando da identificação criminal, podemos constatar o problema da reincidência, que entre várias causas de violência e claro, um fator importantíssimo é o da impunidade, a incerteza de que as autoridades não alcancem os executores dos delitos cometidos, traz uma sensação de que o crime compensa, muito embora, sabemos que isso é um pensamento de criminosos acostumados com o não sofrimento do poder da Lei, o não alcance do Estado em punir esses criminosos.

As técnicas utilizadas pelos profissionais trazem uma eficaz identificação e segura. Trazendo mais segurança na apresentação de provas, e assim, mais rigidez no cumprimento das leis.



<https://www.dw.com/pt-br/quando-a-impress%C3%A3o-digital-passou-a-resolver-crimes/a-19516888>

## 2.1 O REGISTRO CIVIL

Nos últimos anos criou-se um mito de que a Carteira de Identidade teria um prazo de validade de Dez (10) anos, com isso, o IPC-PB recebeu uma demanda inesperada de emissão de Identidade, ocasionando um atraso significativo na entrega final ao usuário. Por conta dessa divulgação inequívoca surgiram alguns problemas. A gestão tomou atitudes que minimizaram o atraso na emissão das Carteiras de Identidade, encaminhou ofícios ao Ministério Público relatando o problema, imprensa local, mídias que divulgassem essa “mentira” com intuito de minimizar um problema gerado, o que seria o prazo de entrega das Carteiras de Identidades.

No mais, alguns atendentes de Bancos muitas vezes recusam a prestação de serviço pelo fato da Carteira de Identidade “estar vencida”, fazendo com que o usuário deixe de ter de direito seu serviço prestado por parte dessas instituições bancárias, por este motivo a demanda aumentou



<http://viajandodecarro.com.br/como-planejar-sua-viagem/documentacao/rg/>

Podemos também falar que o sistema de identificação papiloscópica (PAPILOSCOPIA) é uma ciência, estava voltada a técnicas de identificação humana, utilizada por meio de papilas dérmicas. O termo “PAPILOSCOPIA” é um resultado híbrido do latim com o Grego, aonde a origem da palavra PAPILLA, vem da papila e skopêin, essa junção chega ao resultado da palavra EXAMINAR.

As chamadas papilas nada mais são do que pequenas saliências neurovascular, localizadas na parte superficial da derme (parte externa), estes contêm vários relevos na epiderme de cada ser humano. Portanto, a partir desses pequenos traços é formada a chamada “IMPRESSÃO DIGITAL”, subdivide em duas categorias; as chamadas palmares (MÃOS) e as plantares.

O sistema datiloscopia foi um dos primeiros métodos da área papiloscopia a ser estudada e também utilizada, devido a uma grande variação de padrões dos dedos humanos, isto enseja dizer que os dedos trazem uma vasta matéria de coleta de informações com suas impressões digitais, possibilitando assim a identificação criminal e civil de qualquer pessoal.

Ainda é precário o sistema de identificação papiloscópica em seu sistema de coleta de identificação do acusado, haja vista que necessita de uma melhor estrutura física, como também efetivo de servidores. Uma ideia boa seria a aquisição de um sistema informatizado AFIS (*AutomatedFingerprintIdentification System*) Sistema de Identificação Automatizada de Impressões Digitais, em outras palavras, é um sistema que pode comparar impressões digitais colhidas anteriormente e salvas em um banco de dados com eventuais impressões digitais que forem colhidas, e sendo confrontadas entre si, com isso, agilizaria bastante a eficácia do trabalho dos profissionais papiloscopistas.

Este sistema visa integrar as informações entre todos os Estados, o lado bom disso é que se um foragido da justiça com mandado de prisão em aberto for identificado e suas informações forem alimentadas no sistema, na mesma hora teria a confirmação desta informação, e com isso, possibilitaria a prisão desta pessoa.

Hoje o IPC-PB disponibiliza de um sistema CODATA, por ele que são cadastrados os usuários que já foram identificados, sendo este ineficaz por parte, já que não há integração da base de dados entre os Estados Brasileiro.

Observa-se a astúcia da bandidagem em querer burlar o sistema de identificação criminal, muitas vezes acusados levados ao IML para fazer o exame de corpo delito, já sabendo de suas passagens criminosas anteriores por lá, informam dados diversos de sua pessoa, fato este facilmente cairá na descoberta da verdade real.

Já presenciei inúmeros detentos querendo se passar por outra pessoa qualquer, e que, após a completa análise das informações pelos profissionais, descobrem que aquela pessoa mentiu, sendo assim, faz-se um relatório e encaminha ao setor responsável, autoridade policial ou autoridade judiciária, para que tome as devidas providências, como por exemplo imputar mais um fato criminoso, o qual seria o crime de falsidade ideológica contido no art. 299 do Código Penal. Estes acontecimentos não hão de estranhar, pois os criminosos que cometem esses delitos não se preocupam em um crime a mais ou a menos.

Diante do exposto, o tema a ser abordado é de grande importância para a sociedade, já que se trata de um tema de segurança pública também. O serviço prestado por tais profissionais, observo um abandono por parte do Estado, acredito que a omissão dessa importância gera um aumento significativo da criminalidade, haja vista, que sem apoio de infraestrutura, profissionais capacitados, efetivo de servidores o andamento do processo de identificação cada vez mais fica demorado, e passível de falhas, pois se gerar atrasos em relatórios, o trabalho vai acumulando, e isto gera possível erro pelos profissionais, como também cobrança do Ministério Público e Magistrados.

### **3 AS CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS DE CADA INDIVÍDUO.**

De nada adianta o homem possuir características próprias que permitam identifica-lo, se não houver meios, processos para estabelecimento da identidade.

Antigamente os meios de identificação eram ligados a fins cíveis do que a fins penais. Ao passar do tempo houve uma necessidade de identificar pessoas que não conviviam de acordo com a sociedade, daí então, surgiu processos primitivos de marcar uma pessoa perante a um cometimento de ato diferente da lei. O objetivo não era uma identidade individual, mas sim uma forma de marcar aqueles que cometiam crimes. A sociedade precisava saber quem era bandido, daí então uma forma de segregação da bandidagem no meio social.

Um dos primeiros métodos de identificação é o “nome”, tem por fim reconhecer determinada pessoa como critério de identificação. Com o uso de sobrenomes um Imperador Chinês chamado de Fushi determinou a utilização de nomes de famílias ou sobrenomes, é a forma que se utiliza para identificar uma pessoa natural dentro de uma sociedade, claro, não esquecendo o âmbito jurídico.

O nome constitui o signo identificador para o homem natural, o significado variou de civilização no período histórico para outro. Sua principal utilização é a personalidade jurídica do homem, motivo pelo qual não pode haver alteração livremente do nome de nascimento, devendo ser mantido até após sua morte.

A regra é que o nome seja recebido ao nascer, por meio inscrição no Registro Público, este escolhido pelos pais, sua composição deve conter o prenome, posteriormente seguido do nome da família, conhecido como sobrenome.

Segundo o Autor Carlos Kehdy (1962), um dos primeiros textos que retrata sobre o nome surgiu em 26 de março de 1551, na França, vendando a mudança do nome sem prévia autorização legal.

Além do mais, a primeira característica na identificação de uma pessoa natural é saber o seu nome, muito embora, seja ineficaz e totalmente inseguro somente por esse tipo de identificação, haja vista que era facilmente possível alterar o nome a qualquer momento, como também a multiplicidade de o mesmo nome era de grande proporção, daí então, a ineficácia da simples identificação simplesmente pelo nome do indivíduo.

O processo ferrete, em outras palavras é um processo de marcação de ferro incandescente no rosto, na face ou nas espaldas, esse método foi utilizado em vários países, sua finalidade era identificar criminosos, de modo que cada criminoso fosse facilmente reconhecido pela letra ou até mesmo figura, pelo qual crime cometeu. O objetivo dessa identificação era simples, punir e identificar.

Esse procedimento foi banido definitivamente na primeira metade do século XIX. Tratava-se de uma forma muito bárbara de identificação, haja vista, que se chegava à mutilação de órgãos dos criminosos, decapitação de dedos, mãos, pés, chegando até mesmo à castração. O órgão mutilado variava de acordo o país e com qual crime o sujeito cometeu, por outro lado o sujeito era praticamente excluído da sociedade, não existia o sistema de ressocialização, ele era excluído definitivamente, por conta de suas marcas irreparáveis.

Meados depois se iniciou o processo chamado FERRETE, sua utilização em ferro aquecido servia para gravar marcas na pele de criminosos, escravos, como também animais. Em Países asiáticos, utilizavam-se gravuras aquecidas e gravas na pele dos criminosos de acordo com o cometimento do crime. Já no ano de 1823, adotaram as seguintes letras: V, W, GAL e F, mais conhecidas como “*Letras de Fogo*”, sendo registrado a marca nas costas dos cometedores de crimes. Daí começou a surgir uma forma de identificação criminal dos delinquentes, como primários, reincidentes e outros tipos de crimes mais comuns naquela época. Nos Estados Unidos criaram uma forma de identificação nos criminosos, como por exemplo, no polegar esquerdo era marcado a letra “T” de “treachery”, o que significa (Traição). Prossegue ainda, a marca com a letra “M” de “murderer”, o que significa (Assassino).

Com o surgimento da fotografia, em sua metade do século XIX, virou o método excluído de identificação dos criminosos, que inicialmente foi de grande ajuda. Logo que, ao montante de fotográficas que se acumulavam, mais complexa seria sua organização. Além do mais, a astúcia dos criminosos era tamanha, estes mudavam frequentemente sua fisionomia, cortavam os cabelos, mudavam o bigode, deixavam a barba crescer, isto alterava os traços fisionômicos, fazendo assim, que houvesse dificuldade no processo de identificação. Com o passar dos anos e com o avanço da tecnologia, esse processo de fotografia é muito válido, e muito utilizado, serve de parâmetro para outros tipos de processos de identificação.

Recentemente no Brasil, um jovem após uma “suposta” tentativa de furto na cidade de São Bernardo do Campo, em Junho do ano de 2017, segundo a versão do tatuador Maycon Wesley Carvalho Reis e o Pedreiro Ronildo Moreira de Araújo, o jovem foi obrigado a entrar em um determinado compartimento da loja do tatuador, e com ajuda do pedreiro fizeram uma “tatuagem” na testa do adolescente com a

seguinte frase “Eu Sou Ladrão e Vacilão”. O episódio teve uma grande repercussão no Brasil, muitos lembraram o método FERRETE, onde marcavam os ladrões com iniciais.

Como já falado anteriormente, este método foi abolido, e não mais aceito em lugar nenhum do mundo. Os acusados episódio bárbaro foram acusados e condenados pelos crimes de lesão corporal gravíssima e constrangimento ilegal.



<https://oglobo.globo.com/brasil/jovem-que-teve-testa-tatuada-com-frase-sou-ladrao-vacilao-presos-22525662>

#### **4 O PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.**

Desde o ano de 2004, o Instituto de Polícia Científica da Paraíba - IPC vem trabalhando com sistema de automação aplicado a identificação criminal, com inserção de Boletim de Identificação Criminal (BIC) e latentes de impressões digitais em locais de crime, mas que foi abandonado no ANO 2009 após descontinuidade do contrato com a empresa Motorola. Em 2009 Foi adotado o sistema da AFIS da Polícia Federal, também voltada para o processo de identificação criminal que perdurou até 2014. Em 2013, o IPC adotou um novo sistema de coleta de impressões digitais, chamado de sistema biométrico, nada mais é do que um sistema automático de impressões digitais. Isto foi uma grande evolução para a

polícia e o judiciário, muito embora, as pessoas são identificadas com mais precisão, além do mais, seu cadastro biométrico fica armazenado nos bancos de dados no Instituto de Polícia Científica da Paraíba – IPC. Haja vista que futuras pessoas que passarem por processo de identificação, estes terão um resultado muito mais rápido, tanto no processo de identificação civil, quanto no processo de identificação criminal.

O sistema Quiroscopia nada mais é do que o processo de identificação das mãos, ela é mais utilizada na identificação criminal, atualmente a coleta de impressões digitais tem por objetivo dar um auxílio nas investigações policiais, como também em processos judiciais, quando o magistrado tem dúvidas quanto ao acoimado, este encaminha ofício solicitado a identificado de determinado sujeito. Muitos crimes foram solucionados por conta da importância desse processo de identificação, além do mais, agiliza todo trabalho que os policiais como também o Estado necessita para solução dos fatos.

“A impressão digital é fruto do nosso código genético e se forma no útero materno com a movimentação do feto. Composta por uma série de traços na superfície dos dedos mantem-se inalterada por toda a vida. (...) em cada pessoa, mesmo nos gêmeos, tem características únicas e intransferíveis, as chamadas minúcias.”

Normalmente o sistema de identificação datiloscópica, utiliza-se tinta preta de impressa, geralmente é encontrada em bisnaga ou lata. A tinta preta de fato é consagrada pelo uso, e melhor fixação às cristas papilares, além do mais, pelo seu contraste com o papel, no qual, é a cor branca. Conservando assim as impressões papilares ou, pelo menos, até a duração do papel utilizado.

Muito cuidado ao utilizar este material, haja vista, o uso de tinta de péssima qualidade poderá comprometer os trabalhos dos profissionais. Por exemplo uma tinta de baixa qualidade pode ser rala demais, e nem muito espessa, como também deve ser conservada totalmente fechada, evitando assim que se forme crostas ou entrada de corpos estranhos no recipiente, essa medida aparente nada preocupante, muito embora, essencial ao trabalho, visto que a má qualidade da mesma penetre nos sulcos interpapilares, ocasionando a tomada de impressões falhas, pois, os sulcos não poderão ser reproduzidos em linhas brancas.

Outro ponto importante é o contágio de doenças infectocontagiosas, devendo o papiloscopistas necessitarem fazer uma identificação em uma pessoa

que esteja portando uma doença infectocontagiosa, ao tomar conhecimento desse fato, o papiloscopista obrigatoriamente deverá utilizar-se de luvas de borrachas, ao fim do processo de coleta de dados para seu trabalho, o mesmo deverá descartar essas luvas ou fazer a desinfecção do material.

#### 4.1 PRINCÍPIO NORTEADOR DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DO CIVILMENTE IDENTIFICADO

O art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal de 1988 traz em seu arcabouço o seguinte texto: “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal previsão existe uma exceção em lei ordinária, lembrando que tal procedimento não quer dizer uma aceitação de culpabilidade, e sim de uma sequência de atos que o profissional papiloscópico tem o dever de fazer. Por fim este fará a identificação do acusado e apresentar ao responsável, autoridade policial ou autoridade judiciária, estes darão continuidade do trabalho iniciado pelos profissionais da área de identificação civil e criminal.

Segundo Guilherme de Souza Nucci: “Identificar significa determinar a identidade de algo ou alguém. No âmbito jurídico, que dizer, apontar individualmente e exclusividade de uma pessoa humana (...). No campo criminal individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal.” [1]

A revogada Lei que nº 10.054/2000 aceitava como prova de identificação civil todo e qualquer documento de identidade reconhecido pela legislação (artigo 2º). [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10054.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm). Esta lei foi revogada pela lei [Revogada pela Lei nº 12.037, de 2009.](#)

Equiparada ao documento de identidade civil em todo o território nacional, por força do instituto pelo Código de Transito Brasileiro (CTB) - Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Artigo 159 -, a CNH deve ser implementada como tacitamente incluída no rol dos documentos aceitos, suscitando cautela, portanto, quanto à identificação criminal daqueles que a apresentam.

## 4.2 SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DO CIVILMENTE IDENTIFICADO

O artigo 166, do Código de Processo Penal, Dispõe que: Proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística e repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

De acordo com Sobrinho (2003), o código deveria fazer diferenciação do termo identificação de reconhecimento, pois identificação é executada por peritos, os quais empregam técnicas específicas (confronto datiloscópico, exames odontológicos ou ósseos, etc.), enquanto reconhecimento é realizado por testemunhas ouvidas pela polícia judiciária em juízo, depois do comparecimento ao necrotério ou da observação de fotografias encartadas aos autos do inquérito policial ou processo, sem o emprego de técnica específica.

A Constituição Federal, No seu artigo 5º, XLV, dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Versão clara e lógica de que a Justiça não estaria de acordo que uma pessoa fosse punida pelo crime de outrem. De fato, portanto, a individualização das penas e dos infratores.

É fundamental a garantia de que não haja erro quanto à pessoa. É de extrema valia que o infrator seja identificado corretamente para que suas penas e seus antecedentes sejam aplicados.

Podemos citar como exemplo um cumprimento de mandado de prisão ou um alvará de soltura, o agente policial por regra, deve ser muito mais cuidadoso ao confirmar a identidade do solicitado, imaginemos que uma ação errônea do agente causaria constrangimento e, além do mais, atraso no cumprimento de tal determinação, isto seria um erro grave, pois privar a liberdade de um inocente ou até mesmo manter aquela pessoa presa por determinado tempo.

**Vejamos as possibilidades: de indiciamento ou acusação nos seguintes crimes:**

- Homicídio doloso (Artigo 121, §§ 1º e 2º, do CP.
- Contra o patrimônio praticado mediante violência ou grave ameaça (Artigos 157, 158, 159, §§ 2º e 3º, 161, II, 163, I, do CP.
- Receptação qualificada (Artigo 180, § 1º, do CP.

- Contra a liberdade sexual (Artigos 213 a 216-A, do CP).
- Falsificação de documento público (Artigo 297, do CP) - situações de identificação criminal compulsória.

#### **Casos de suspeita de falsificação ou adulteração:**

Quando a autoridade deverá fundamentar a decisão pela identificação, ficando resguardado o profissional papiloscopistas com documento escrito e assinado pela respectiva autoridade, em regra este documento é um memorando.

#### **Documento de identificação civil desprovido dos caracteres essenciais:**

Por motivo de insuficiente estado de conservação ou pelo fato da distância temporal de sua expedição. Em regra o profissional papiloscópico é chamado para opinar, com o objetivo de sua análise servir ao convencimento da autoridade.

#### **Quanto ao uso de nomes ou qualificações divergentes das registradas nos bancos de informações policiais:**

Nesta possibilidade, não basta que o acusado tenha antecedentes criminais, o que importa é que tenha registros divergentes dos dados que ele apresentou, o intuito é a elucidação das dúvidas. Neste caso, o processo de identificação papiloscópica é imprescindível e de extrema utilidade, haja vista, que após as coletas das digitais não mais o acusado irá se safar de sua verdadeira identidade.

#### **Organizações criminosas:**

Outro fato é o da hipótese de identificação criminal compulsória, esta independe da comprovação ou não da identificação civil, a mesma está prevista no **artigo 5º. Da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**, que assim dispõe: “A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”.

Os possíveis efeitos desta lei, entende-se por sua expressão “criminosa” não tão somente a formação de quadrilha ou bando, disposto no artigo 288, do Código Penal, mas como qualquer tipo de associação que tenha fins de delinquir, tal disposição encontra-se na **lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001**.

### **Os Menores:**

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, o famoso (ECA) que: “O adolescente civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”. **(Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, artigo 109)**

Sua regra é de que o adolescente seja identificado civilmente não tão somente para efeitos criminais, pois, há exceção quando se tratar em dúvidas fundada a respeito da veracidade da identificação civil do adolescente. Caso o suspeito alega menoridade sem qualquer tipo de comprovação, o mesmo não estará protegido por este dispositivo. Após fundamentada suspeita, deverá a autoridade policial se achar conveniente requisitar a identificação criminal do suposto menor, e além do mais, por motivo de precaução quanto à realização dos procedimentos, por meio de expediente ou despachos assinados nos autos.

Lembrando que o menor de 18 anos é penalmente inimputável (artigo 104, do Estatuto da Criança e do Adolescente, (ECA). Não devendo se sujeita-lo aos procedimentos de identificação criminal, haja vista, que este não está cometendo um crime ou uma contravenção penal, mas sim um ato infracional, segundo dispõe o (artigo 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente, (ECA).

### **Quanto ao registro de extravio do documento comprobatório da identificação civil:**

Sua principal função é proteger pessoas inocentes que tenham regularmente registrado a

perda, extravio, furto ou até mesmo o roubo de seus documentos, neste caso o documento de identidade. Por isso, é de extrema importância de fazer um B.O quando se perde os documentos pessoais, devendo ficar resguardado de qualquer ato ilícito por parte daquele que achar e fazer mal uso de tais documentos.

#### 4.3 A PERÍCIA PAPILOSCÓPICA E A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

- PERÍCIA PAPILOSCÓPICA - IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL
- PERÍCIA PAPILOSCÓPICA –NECROPAPILOSCOPIA
- REPRESENTAÇÃO FACIAL HUMANA (RETRATO FALADO)
- PERÍCIA PROSOPOGRÁFICA

Vejamos um exemplo de como é importante a identificação feita por uma perícia papiloscópica, e o processo de reconhecimento biométrico. Este procedimento consiste na coleta das digitais do suspeito, acusado ou não identificado. Inicialmente faz-se uma coleta das digitais da pessoa, e posteriormente se faz uma comparação com o seu prontuário civil. Após esta análise pelos profissionais, será feito um relatório deste procedimento, e encaminhado uma via ao responsável pela prisão ou pela solicitação, no caso um Magistrado ou Delegado de polícia.



Fonte, relatórios do IPC-PB



Fonte, relatórios do IPC-PB

## 5 EXAME DE COMPARAÇÃO DE IMAGENS FACIAIS

Os exames têm por objetivo principal verificar e destacar, por meio de comparação antropomorfológica das características gerais, específicas e individualizadoras dos rostos constantes em imagens extraídas entre duas imagens comparadas, com o objetivo de encontrar semelhanças ou divergências morfológicas significativas entre a imagem A, e, sendo possível, constatar a identidade positiva entre a imagem B, no caso fazendo uma comparação entre ambas.

O termo “prosopográfico” tem sua origem do grego “prosopografhein” (próson = rosto + grafhein = descrever). O exame prosopográfico é a comparação de descrições e traços da face humana, tem o objetivo trazer semelhanças ou diferenças entre duas fotografias nos aspectos físicos em geral, em formato que se trate de cabeça, como por exemplo o posicionamento das orelhas, tamanho da boca, distância entre os olhos, além do mais, o tipo de sobrancelhas, de testa, de nariz, entre outros; bem como características marcantes e individualizadoras como pintas, rugas permanentes, cicatrizes, tatuagens, etc.

Nada mais é do que informações específicas de determinados rostos humanos por meio de medições e comparações e padrões morfológicos, os quais foram adotados pela Doutrina, por critérios científicos e objetivos. Baseado nessas informações é possível direcionar semelhanças ou divergências quando se faz uma comparação entre faces, de tal forma a constituir uma conclusão específica no desenvolvimento policial.

O método de prospografia insere-se num conjunto de técnicas, estas conhecidas como Representação Facial Humana, consiste numa comparação de elementos constados em fotos questionadas. Daí se utiliza argumentação técnica e conhecimentos específicos, prestando um grande serviço à investigação, e trazendo elementos necessários para formar a convicção na conclusão do trabalho realizado.

Em suas características gerais o exame em regra é feito levando-se em conta as qualidades, que definem, geralmente os grupos como: cor de pele, sexo, compleição e formato do rosto. Além do mais, suas características específicas, após uma análise Morfológica Específica, quando há comparação na forma da estrutura facial, e com uso de programas especializados em edição de imagens.



MJ – POLÍCIA FEDERAL  
DIRETORIA EXECUTIVA  
INSTITUTO NACIONAL DE IDENTIFICAÇÃO



Fonte: Polícia Federal, relatório

Analisando o resultado do trabalho realizando, podemos constatar traços parecidos no alinhamento e o encaixe perfeito nos olhos. Além do mais, o alinhamento em suas sobrancelhas, no formato de sua cabeça, o contorno capilar, e

o nariz e a boca encontram-se parcialmente encaixados. Não estando dúvidas sobre o trabalho realizado, portanto, dando mais solidez na certeza da identificação.



Fonte: Polícia Federal, relatório

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou temas importantes no processo de identificação civil e criminal do Instituto de Polícia Científica da Paraíba – IPC, como também sobre o processo histórico, fatos marcantes de antigamente, procedimentos de coletas, identificação de suspeitos, identificação de pessoas foragidas.

São procedimentos de extrema importância para a persecução penal e inquéritos policiais. Retrata a respeito do processo de identificação civil, o andamento da expedição de Registro Civil. Não esquecendo do mito que foi criado pelas Fakes News, no caso da validade do Registro Civil – RG, lembrando que este não tem validade, mas sim em casos particulares, como para quem vai viajar para o Mercosul, neste caso em particular, necessita de um RG atualizado com pelo menos 10 anos de sua expedição.

Já foram constatadas diversas reclamações no IPC sobre pessoas que retornaram das instituições bancárias informando que alguns atendentes não prestaram os seus serviços devidos, por conta dessa falta informação da carteira de identidade estar supostamente vencida. No entanto, os gestores do Instituto de Polícia Científica em conjunto com representantes do Ministério Público, apostaram em uma campanha de alerta ao público em geral, unindo a imprensa Estadual e outros meios de comunicação uma forma de minimizar esse problema, vinculando dessa notícia inverídica, isto ocasionou problemas internos na instituição, como o aumento significativo de emissão de novas carteiras de identidade, ocasionou atrasos na preparação e entregas das mesmas, chegando a um prazo de mais de 60 dias para confecção e entrega do documento. Hoje, no ano decorrente, este prazo não ultrapassa de 15 dias desde o atendimento até a entrega do documento.

Foi abordada também a importância do profissional Papiloscopista, este sendo o responsável pela principal parte dos procedimentos de identificação, tanto civil, como o criminal, desvendando na maioria das vezes casos de extrema importância para o andamento processual, como também ajudando a sociedade no geral.

Mesmo passando por problemas encontrados como foi citado: casos de falta de efetivo na instituição, falta de aparelhamento para o andamento funcional, entre outros. Vale ressaltar sobre as principais técnicas utilizadas no procedimento de identificação, sua segurança na constatação de provas para inquéritos e no processo penal.

Não podemos deixar de indicar os crimes abordados no presente trabalho, como o uso de documento falso, falsidade ideológica, muitos quando vão se submeter pelo processo de identificação criminal, informam dados divergentes do seu verdadeiro nome, isto não passa despercebidos pelos profissionais Papiloscopistas, após análise no processo de identificação é constatado se realmente a pessoa está ou não mentindo.

Foram citados casos de identificação específicos como por exemplo: casos de suspeita de falsificação, documento de identificação civil desprovido dos caracteres essenciais, quanto ao uso de nomes ou qualificações divergentes das registradas nos bancos de informações policiais, casos de organizações criminosas,

nos casos dos menores, quanto ao registro de extravio do documento comprobatório da identificação civil.

Ainda sim, tratou-se de fatos marcantes, e desumanos como os métodos de identificação de criminosos, onde as autoridades da época marcavam àquelas pessoas que cometiam delitos com ferro quente, na época poderia ser normal tais atos, mas com o passar do tempo, esses tipos de métodos foram abolidos no Brasil e em vários Países.

Métodos que vão de encontro com os Direitos Humanos e a Carta Magna do Brasil. Por tais atos, foi criado Lei extravagante no Brasil, que rege sobre torturas, tornando qualquer ato como crime hediondo, por consequência, o delinquente passará por regras especiais que a lei traz.

E por fim, os tipos de perícias papiloscópica, citado como a identificação feita por reconhecimento biométrico, que consiste na coleta das digitais; exames de comparações de imagens faciais, este tem o fim de comparar imagens, para que possa encontrar semelhanças em ambas; método de prosopografia, que seria o reconhecimento facial humana.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.12.037 de 01 de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm#art9](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm#art9)>. Acesso em: 04 dez. 2018.

\_\_\_\_\_.Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_.Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. Altera os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10217.htm)>. Acesso em: 20 nov.2018

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm) >. Acesso em: 20. nov.2018

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 85/2008, do Estado da Paraíba, foi alterada pela Medida Provisória nº 270, de 02 de julho de 2018, convertida na Lei nº 11.192, de 29 de agosto de 2018. Disponível em: < <http://www.pbprev.pb.gov.br/pbprev/a-previdencia/legislacao/46C4Bd01.pdf> >. Acesso em: 18.nov.2018

MADE for minds, quando a impressão digital passou a resolver crimes. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/quando-a-impress%C3%A3o-digital-passou-a-resolver-crimes/a-19516888>>. Acesso em: 04 dez. 2018

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 691

PAPILOSCOPIA, sistema informatizado de identificação. Disponível em: < <http://www.papiloscopia.com.br/monografia.html> > Acesso em: 28.nov.2018

SCANDOLEIRO, Thiago Chiminazzo. Identidade e identificação criminal.. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 138, jul 2015. Disponível em: < [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16180&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16180&revista_caderno=9) >. Acesso em dez 2018.

SERPRO, comunicação institucional, de 08 de maio de 2018, DNA, inaugura novo patamar de identificação do cidadão. Disponível em: <<http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2018/dni-inaugura-novo-patamar-de-identificacao-do-cidadao>> Acesso em: 25.nov.2018.

TAVARES JÚNIOR , Gilberto da S. **A Papiloscopia nos locais de cimes**, São Paulo, Ícone 1991.

## ANÁLISE DOS AVANÇOS ALCANÇADOS PELA INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Augusto Sérgio F. da Silva<sup>1</sup>  
Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto<sup>2</sup>

**RESUMO:** A audiência de custódia foi um projeto regulamentado em 2015 que trouxe enormes avanços de cunho social e respeito aos direitos fundamentais aos acusados. Além disso, corrobora a importância dos acordos internacionais acerca dos direitos humanos.

Palavras-chave: Audiência de custódia, prisão cautelar, direitos humanos.

**ABSTRACT:** The custody hearing was a project regulated in 2015 that brought enormous social advances and respect for the fundamental rights of the accused. It also supports the importance of international agreements on human rights

Key words: Hearing of custody, precautionary prison, human rights.

### INTRODUÇÃO

Devido à superpopulação carcerária em nosso país, a reflexão sobre o nosso sistema penal, como um todo, é papel de cada cidadão. A política de encarceramento, que até hoje não apresenta resultados eficientes, não demonstra que sinais de avanço a respeito da ressocialização, que é um principal objetivo do encarceramento.

Quase metade das pessoas que estão em presídios está aguardando a sentença. O flagrante desrespeito aos princípios fundamentais e aos acordos internacionais de direitos humanos é perceptível diante de tal situação. Como se não bastasse à colocação de um indivíduo ainda sem sentença por cinco, seis anos dentro de uma prisão, é a forma em que estas se encontram, em custódia precária, com um alto índice de incidência de facções criminosas.

Diante disso, faz-se necessário adotar algumas medidas para amenizar o quadro. Há de se refletir se as medidas cautelares estão de acordo com os tratados de direitos humanos que o Brasil é signatário. A política do encarceramento não vem dando resultados eficientes quanto à ressocialização, sendo necessária a implantação de algum modelo, ou medidas para reverter a situação.

---

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

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

Para se adequar aos tratados internacionais e para reverter o difícil cenário instalado, implantou-se no Brasil, em 2015, através de ato do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, a audiência de custódia, que tem como objetivo sanar alguma eventual ilegalidade na prisão e analisar, de fato, a real necessidade da prisão preventiva, que pode ser substituída por outra medida cautelar, como a utilização de tornozeleira eletrônica, por exemplo.

Diante disso, esse trabalho tem a finalidade de demonstrar a real necessidade de repensar sobre as prisões cautelares, de averiguar como algumas medidas para o desencarceramento podem ser aplicadas, além de apresentar medidas para diminuir a superlotação dos presídios brasileiros.

No primeiro capítulo, será demonstrada a banalização das prisões, mostrando números do Conselho Nacional de Justiça, além de mostrar as modalidades de prisões previstas no ordenamento jurídico. Além disso, analisar os reflexos do encarceramento em massa.

Em seguida, o tema central será abordado, conceituando e trazendo seus fundamentos legais. O rito da audiência e sobre o pacto de San Juan da Costa Rica, que é o embasamento jurídico da audiência de custódia. O capítulo 3 aborda sobre a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade que foi interposta pela associação dos delegados, que teve como acórdão a improcedência do pedido, tendo assim, a audiência de custódia como legal. Por fim, três principais vantagens e avanços da implantação dessa audiência serão elencadas.

## 1. SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Ao pensar no termo Direito Penal, é inevitável não pensar em prisão. A finalidade do Direito Penal é proteger os bens jurídicos que o Estado acredite que sejam os mais importantes, como a vida e o patrimônio, por exemplo. A aplicação da pena é a forma punitiva, a que tenta inibir que o indivíduo cometa o crime. Uma forma simples de entender é que o Estado vai te aplicar uma pena, seja ela restritiva de liberdade ou multa, se tal ação for cometida. Nilo Batista, em seu livro *Introdução ao Direito Penal Brasileiro* (2007, p. 116), comenta “ a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos através da cominação, aplicação e execução de pena”.

Os tipos de pena no Brasil são: I- Pena restritiva de liberdade; II- restritiva de direito; III- pecuniária. A restritiva de liberdade é a mais conhecida, pelo fato de ser mais fácil visualizada, é aquela que o indivíduo vai para o presídio cumprir a pena determinada pelo Juiz de Direito. A restritiva de direito ocorre quando o indivíduo perde algum direito que era lhe assegurado, como por exemplo, a de sair do país ou de ter os direitos políticos cassados. A pena pecuniária é nada mais nada menos que aplicação de multa, que pode ser aplicada conjuntamente com outro tipo de pena.

### 1.1 PRISÃO CAUTELAR E SUAS MODALIDADES

A prisão cautelar deve ser aplicada de forma excepcional, quando for de extrema importância e haja fundamentos e provas suficientes para indiciar o indivíduo como autor do crime, pois a pena restritiva de liberdade deve ser aplicada apenas em última situação. A pessoa só é considerada culpada de cometer o crime após sentença transitada em julgado. Para Nucci:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito a prisão provisória, a qual ocorre enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena (NUCCI, 2012, p.575)

Para Tourinho:

cárcere não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e, como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. (Tourinho, 2009)

Sendo assim, a prisão antes de sentença transitar em julgado deve ser exceção, em razão do princípio da ultima ratio. Tolher um direito individual garantido pela constituição, no caso é o direito à liberdade, antes da sentença é algo que não pode ser tido como normal. Ainda mais num país que mais da metade da população carcerária ainda não foi a julgamento.

Quanto ao cabimento da aplicação da prisão cautelar, deve ser observado o artigo 313 da Lei nº 12.403/2011:

- I – Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II – Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do

art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Há quatro tipos de prisões cautelares: I-preventiva; II- domiciliar; III-temporária, IV- flagrante. A aplicação da prisão preventiva é abordada no art. 312 da lei 12403/2011, que preconiza:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A vagueza dos termos empregados no artigo acima causa uma grande possibilidade de interpretação, em nenhum momento é definido o que seria a garantia da ordem pública ou quando seria conveniente para instrução criminal, por exemplo.

Esta modalidade é aquela que o indivíduo ficará aguardando a sentença sem direito à liberdade. Não há na legislação um limite a quanto tempo a pessoa pode ficar preso preventivamente, resultando que uma pessoa pode ficar preso por anos e anos, entretanto ser absolvido.

Para que seja decretada a prisão preventiva é necessário que o juiz fundamente sua decisão, sob pena de nulidade.

A prisão domiciliar é definida no art. 317 do mesmo diploma legal, que preconiza:

A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. A prisão domiciliar não impede que o apenado trabalhe, devendo este utilizar mecanismos de fiscalização e desde que seja autorizado pelo juiz competente.

A prisão temporária é utilizada durante a fase do inquérito policial, afim de que o investigado não atrapalhe as investigações. Vale ressaltar que o fato de ter sido decretado a prisão temporária, não significa que o investigado vire réu ou culpado. Ainda é aplicado quando o indicado não tem como comprovar residência fixa ou não ter como comprovar sua verdadeira identidade.

O prazo para findar a prisão temporária é de até trinta dias para crimes hediondos e de cinco dias para outros delitos, que podem ser prorrogados uma única vez.

A mais conhecida é a prisão em flagrante, que tem como marco a prisão do indivíduo logo após cometer o crime. O lapso temporal já foi bastante discutido, pois alguns definiam 24 horas como prazo para que a prisão acontecesse para ser configurada como flagrante.

A prisão em flagrante é a única autorizada pela Constituição Federal de 1988 sem que a autoridade judiciária expeça um mandado judicial, entretanto deve ser analisada por esta imediatamente após a prisão. A audiência de custódia insere-se neste cenário. A polícia prende um suspeito com todas as provas e indícios de que cometeu o crime, entretanto não cabe ao delegado de polícia julgar se esse suspeito deve ficar preso ou não, pois pode haver outra medida que melhor se aplique ao caso, ou mesmo que tenha alguma ilegalidade na prisão.

## 1.2 EXCESSO DE PRISÕES CAUTELARES E SEUS REFLEXOS

O sistema penal brasileiro tem como característica principal o encarceramento. Mesmo com a criação da lei 12403/11, que criou uma série de medidas cautelares diversas da prisão, o número de pessoas presas cresce a cada ano.

Segundo dados do DEPEN (2014), o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo e levando em consideração as prisões domiciliares, o Brasil ocupa o terceiro lugar.

Os direitos fundamentais, os tratados internacionais de direitos humanos e o princípio da *ultima ratio* correm riscos de serem desrespeitados no sistema penal brasileiro, pois, infelizmente, tem-se a concepção de prender para depois investigar, quando deveria ser o contrário.

O grande quantitativo de pessoas presas são justamente dos presos com a prisão preventiva, ou seja, ainda aguardando julgamento. Em agosto de 2018, o Conselho Nacional de Justiça divulgou os mais recentes dados da população carcerária do Brasil. De acordo com os dados parciais, existem atualmente no Brasil 602.217 presos, desses 40% são presos provisórios

Parcela da superpopulação deve-se à incapacidade de o judiciário julgar com um prazo razoável todos os processos, principalmente os provenientes das prisões em flagrante. Daí que a audiência de custódia foi implantada para tentar diminuir esses números expressivos, verificando-se as hipóteses de liberdade.

Impossível falar dos reflexos da nossa política falha de encarceramento e não falar da reincidência. Boa parte dos presídios estão sob domínio de facções criminosas, que disputam entre si a hegemonia nos presídios. Basta lembrar das tragédias ocorridas nos presídios no Rio Grande do Norte e em Roraima, em 2017, que deixaram, pelo menos, 30 mortos em cada instituição.

O crime organizado é regido de dentro da cadeia, como se não houvesse limites. Presos ligam para dar instruções para quem está de fora da cadeia, inclusive dando ordens para retaliação, colocando fogo em ônibus, também planejam e dão ordens para que se assalte bancos ou mesmo dando ordens para que sejam cometidos homicídios. Em outubro de 2018, em São Paulo, presos foram descobertos com uma central de telefone dentro da cadeia, que só foi descoberto após um deles colocar uma foto em sua rede social<sup>3</sup>.

## **2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

A audiência de custódia, ou audiência de apresentação foi implantada recentemente no Brasil, que aderiu ao pacto de San Jose da Costa Rica. O objetivo primordial desta audiência é a garantia dos direitos fundamentais no momento do flagrante, além de uma tentativa para reduzir o número de prisões preventivas em âmbito nacional.

Atualmente, encontra-se implantada nas 27 unidades federativas do Brasil. A lei que fundamenta foi aprovado em 2011. O Conselho Nacional de Justiça assim define:

O Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante

---

<sup>3</sup> Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/presos-criam-central-telefonica-em-presidio-e-selfie-entrega-esquema-23102018>. Acesso em 13/11/18.

sejam apresentados a um juiz de Direito, em 24 horas, no máximo.  
(CNJ, 2015)

## 2.1 CONCEITO

A audiência de custódia é aquela em que o preso é conduzido, no prazo de até 24 horas, à presença de um Juiz de Direito para averiguar se houve alguma ilegalidade na prisão. Não apenas disso, mas também vai analisar se há, de fato, a necessidade que o acusado tenha sua liberdade tolhida.

De acordo com Lira:

A audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, é o instrumento processual penal que tem o escopo de defender a liberdade pessoal e a dignidade do acusado, servindo a propósitos processuais, humanitários e de defesa de direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal. (*apud* PACHECO, 2015, 44)

## 2.2 FUNCIONAMENTO

A condição indispensável para o andamento da audiência é que ela tem que presidida por um Juiz de Direito, visto que será decidido sobre a privação da liberdade de um indivíduo. O delegado de polícia é incompetente para tal, visto que só possui competência apenas para lavrar o flagrante. A audiência de custódia também veio para sanar essa ilegalidade que era aplicada em âmbito nacional no cotidiano, uma vez que os delegados deveriam já no flagrante fazer um juízo de valor quanto à inocência ou culpa do acusado.

Para Letícia Kramer, “Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal.” (2015, p. 50).

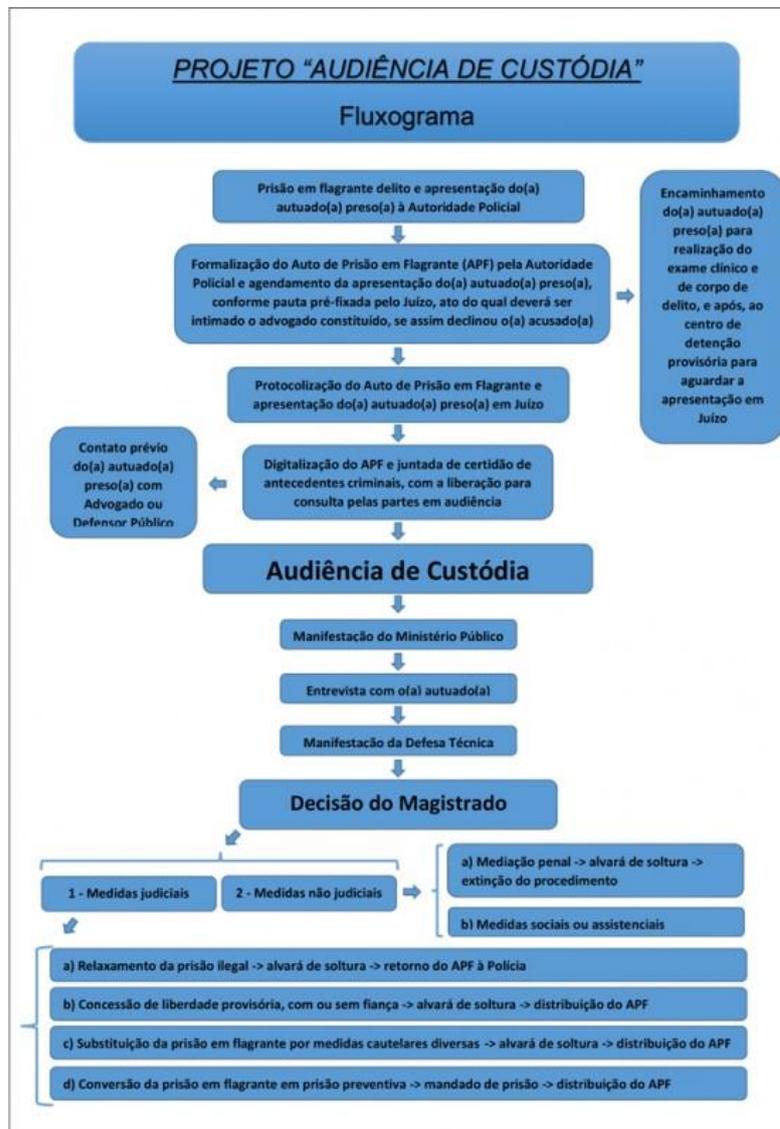
A competência outorgada ao juiz de direito presidir a audiência de custódia encontra-se no art. 7.5 da convenção, em conjunto com o art. 8.1 Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz:

Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CADH, 1969).

Inicialmente, o juiz averigua sobre a legalidade da prisão, se houve algum excesso por parte dos policiais, caso a prisão tenha sido ilegal, cabe ao juiz relaxar a prisão. Caso seja averiguado que estão presentes todos os requisitos do flagrante, o Ministério Público pode pedir a prisão preventiva ou pedir outras medidas cautelares. Após a palavra do parquet, vem a vez do defensor do acusado se manifestar acerca do pedido do *Parquet*.

Após essa fase, o juiz deve fundamentar sua decisão, devendo decretar a prisão preventiva apenas se as outras medidas cautelares forem insuficientes.

Figura 1: Fluxograma do andamento das audiências de custódia



<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>. Acesso em 03/11/2018.

## 2.3 FUNDAMENTOS LEGAIS E O PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH; também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, sendo atualmente uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

Apesar de estar em vigor desde 1978, o Brasil só assinou e promulgou o tratado em julho de 1992. No que versa sobre a audiência de custódia, apenas no ano de 2015 é que houve a concretização do que já era previsto no tratado. O projeto foi lançado no estado de São Paulo.

Basta uma rápida leitura na convenção para perceber, que a todo momento, há uma preocupação exacerbada com o bem-estar, integridade física e psicológica.

De acordo com Ribas:

Em se tratando de Audiência de Custódia a CADH é a mais utilizada, mas a XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas já havia adotado em 16 de dezembro de 1996 o PIDCP, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual relaciona em seu artigo nove uma previsão referente à Audiência de Custódia (RIBAS, 2016)

Assim é preconiza o artigo nove do decreto mencionado acima por Ribas:

Artigo nove do decreto 592/92:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à seguranças pessoais. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.
2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.
3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou der posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição. (BRASIL, 1992<sup>a</sup>, Parte III).

### 3. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5240

Assim que foi implantado no Brasil, muito foi discutido sobre a legalidade da audiência de custódia, pelo fato de ter sido criado por uma medida do Conselho Nacional de Justiça, órgão do poder judiciário. Para alguns, a ilegalidade deve-se justamente a isso, pois o judiciário não seria competente para tal provimento, mas sim o poder legislativo. No mesmo ano da inserção no sistema brasileiro, a associação dos delegados do Brasil (ADEPOL) impetrou uma ação declaratória de inconstitucionalidade (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade) com a finalidade de por abaixo a medida tomada pelo CNJ.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca da ação impugnada, conforme acórdão abaixo:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.**

11. Ação direta de inconstitucionalidade **PARCIALMENTE CONHECIDA** e, nessa parte, **JULGADA IMPROCEDENTE**, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

Apesar de não ter sido criada pelo poder legislativo, e sim regulamentada por um ato de um órgão do judiciário, o STF julgou a ação improcedente, visto que tem como base legal o acordo de direitos humanos que o Brasil é signatário, portanto não contraria os diplomas jurídicos.

Outro aspecto importante é que o Supremo Tribunal Federal atribuiu aos tratados sobre direitos humanos, o status de normas supralegais, ou seja, posicionam-se abaixo da constituição e acima das leis, salvo se forem ratificados pelas duas casas legislativas em dois turnos por 3/5 dos votos, pois aí terão status de norma constitucional.

A importante decisão do STF corrobora com o pensamento que a audiência de custódia é uma medida necessária, medida que já deveria ter sido inserida há muito tempo.

#### **4. VANTAGENS E FINALIDADES DA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Para Caio Paiva:

A Audiência de Custódia possui três funções essenciais dentro do ordenamento jurídico. Primeiramente, que o ordenamento brasileiro deve se harmonizar com os tratados internacionais de direitos humanos, o qual nosso país é signatário. A prática de prisões desnecessárias, ilegais e arbitrarias deve ser freada e sua terceira função é a de poder assegurar a integridade pessoal daquela pessoa que teve a sua privação de liberdade. (2015, p. 11)

As vantagens da implantação da audiência de custódia vão além das tentativas de diminuir o encarceramento em massa, prática muito comum no Brasil. O primeiro ponto positivo pode ser visto como a harmonização entre os tratados internacionais que o Brasil é signatário com o que, de fato, é praticado. Tal implantação demonstra que o Brasil está buscando ajustar seu sistema jurídico aos tratados de direitos humanos.

Por conseguinte, a apresentação do acusado ao juiz de forma imediata. Por meio deste mecanismo, a autoridade judiciária analisa a legalidade da prisão, se outras medidas diversas da prisão podem ser aplicadas. Para a Organização não governamental HRW:

Em quase metade dos casos que fizeram parte do programa piloto conduzido no Estado do Maranhão, que registrou os piores índices de violência em prisões dos últimos anos, os juízes decidiram que não cabia prisão provisória e determinaram a liberação dos detidos. Nos casos em que as decisões foram baseadas apenas nos documentos policiais, os juízes determinaram a liberação do detido em apenas 10 por cento dos casos, embora o direito internacional preveja que a prisão provisória deve ser último recurso, privilegiando a liberdade. (Humans Right Watch, 2015)

Por fim, talvez o mais importante avanço que a audiência de custódia alcançou foi inibir o risco da tortura, isso não significa que ela não exista, mas que o torturador vai repensar antes de praticar a ação criminosa contra o acusado. A

tortura policial ainda é muito recorrente em interrogatórios policiais. Para a mesma ONG:

A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos recebeu, por meio de um serviço telefônico, 2.374 denúncias de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ocorridos em prisões ou delegacias de polícia em 2014, um aumento de mais de 25 por cento em relação a 2013. (Humans Right Watch, 2015).

## 5. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM NÚMEROS

Muito foi abordado sobre as vantagens e benefícios da audiência de custódia. Muitos falam que a audiência de custódia só serve para proteger o bandido, o que não é verdade. Segundo dados do CNJ<sup>5</sup>, até junho de 2017 foram realizadas 258.485 (duzentos e cinquenta e oito mil e quatrocentos e oitenta e cinco) audiências, sendo que em apenas 12665, o que corresponde a menos de cinco por cento, foi alegado algum tipo de tortura ou agressão.

Os números dos casos são os seguintes:

- Total de audiências de custódia realizadas: **258.485**
- Casos que resultaram em liberdade: **115.497 (44,68%)**
- Casos que resultaram em prisão preventiva: **142.988 (55,32%)**
- Casos em que houve alegação de violência no ato da prisão: **12.665 (4,90%)**
- Casos em que houve encaminhamento social/assistencial: **27.669 (10,70%)**

Observa-se que em mais da metade houve a decretação da prisão preventiva. Um dado interessante é a quantidade de casos que houve encaminhamento social ou assistencial. Quase trinta mil pessoas não precisaram aguardar o julgamento atrás das grades, quando o que precisavam mesmo era apenas um acompanhamento especializado.

Com a população carcerária maior que a quantidade de vagas, é impossível não olhar estes números com bons olhos. Não teria como colocar mais 115 mil

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em 13/11/18.

pessoas nesse sistema deficiente. E, ao contrário do que se fala, a audiência de custódia prende mais do que solta. Um juiz imparcial vai analisar se de fato a pessoa merece estar presa.

### 5.1. OS NÚMEROS NA PARAIBA

Segundo o mesmo site do CNJ, houve 6027 (seis mil e vinte e sete) audiências entre agosto de 2015 e junho de 2017.

Do total de seis mil e vinte e sete audiências, 3356 (55%) foram convertidas em prisão preventiva, 2671 (dois mil seiscentos e setenta e um) foram postos em liberdade provisória, cento e dois casos de alegação de violência e em apenas quarenta e seis houve o encaminhamento para assistência social. A Paraíba seguiu a média federal no que se refere à liberdade e à prisão preventiva.

### 5.2. INCIDENCIA DE CRIMES SUBMETIDOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Segundo dados do CNJ<sup>6</sup> os crimes contra o patrimônio, como roubo, furto e receptação, e o tráfico de entorpecentes respondem por mais de 90% dos casos de prisão em flagrante registrados em São Paulo nos dez primeiros meses de implantação das audiências de custódia. A constatação faz parte de uma pesquisa apresentada pelo diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) Hugo Leonardo, no segundo dia do II Seminário sobre Tortura e Violência no Sistema Prisional e no Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas – Atuação do Poder Judiciário no Enfrentamento à Tortura, que acontece até esta sexta, no Supremo Tribunal Federal (STF).

A pesquisa mostra ainda que 95% dos presos em flagrante que passaram pelas audiências de custódia naquele período eram homens, 61,67% são negros e 75% dos detidos concluíram apenas o ensino fundamental. Ainda de acordo com a pesquisa, 80% dos presos declararam não ter nenhuma renda mensal ou ganhos entre um e dois salários mínimos. Além disso, apenas 4,93% dos presos em

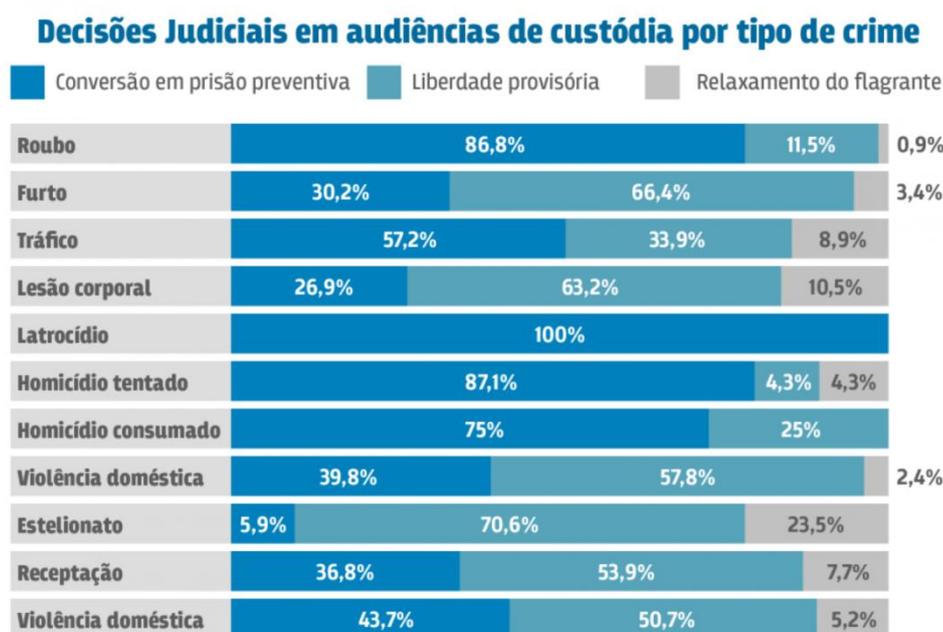
---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82693-90-das-audiencias-de-custodia-tratam-de-crimes-patrimoniais-e-drogas>. Acesso em 13/11/18.

flagrante contaram com a presença de advogado na delegacia de polícia, no momento da lavratura do auto de flagrante delito.

O que demonstra que os crimes têm características ligadas à miséria, visto que são crimes de menor potencial lesivo, onde os suspeitos cometem apenas para o sustento da família ou mesmo para sustentar o vício em drogas. Colocar esses criminosos de menor potencial dentro dos presídios, que é uma verdadeira faculdade do crime, seria um retrocesso, visto que o risco de serem recrutados por gangues para cometer, quem sabe, crimes mais graves.

Figura 2: Dados estatísticos sobre os tipos de crimes mais submetidos à audiências de custódia e as médias das decisões judiciais<sup>7</sup>



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública  
 Elaboração: Secom/CNJ

Matheus Durães/Arte CNJ

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho surgiu diante de um profundo pensamento e reflexão do que vem acontecendo com a privação de liberdade de indivíduos, onde a prisão vem sendo escolhida como a primeira opção, seja a prisão preventiva ou provisória, algo que vai de encontro ao que prega os acordos internacionais de direitos humanos.

Os direitos fundamentais e os direitos humanos são tolhidos na nossa atual política criminal, os presídios estão superlotados, o grande déficit de agentes

<sup>7</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85989-audiencia-de-custodia-tipo-de-crime-e-violencia-pesam-em-decisoes>. Acesso em 13/11/2018.

penitenciários, que são mal remunerados, faz o possível para tentar manter a ordem, entretanto sem êxito. As condições sub-humanas que os presidiários são colocados é uma afronta para um país de nossa envergadura.

O desrespeito ao princípio da *ultima ratio* não deve ser nossa regra, a privação da liberdade de um indivíduo antes de sentença transitada em julgado deve ser a exceção. Os reflexos dessa política falha é perceptível e até hoje não vem dando bons resultados, não adianta ficar dando murro em ponta de faca, deve-se buscar alternativas para sairmos dessa situação que nos encontramos.

Diante do que foi exposto, a implantação das audiências de custódia deve ser visto como algo muito positivo, que precisa crescer. Não deve ser a única medida prevista, mas vem como uma medida necessária e que abre portas para outras. Apenas com mudanças na forma de pensamento e, conseqüentemente, nas medidas é que vamos tornar o sistema penal mais humano, mais justo e mais eficiente. Prender por prender não é solução. Baseado nas estatísticas apresentadas pelo CNJ, a realização da audiência de custódia tem se mostrado como uma ferramenta eficaz no controle da aplicação da restrição de liberdade pela prisão provisória.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, Nº 17, dez/2014, IBCCRIM. Disponível: em [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/209-Artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos).

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, São Paulo

PACHECO, Leticia Kramer. Audiência de Custódia: Instrumento para um Possível Controle da Banalização das Prisões Provisórias. Florianópolis, 2015 TCC APRESENTADO PELA UFSC – CCJ.

RIBAS, Schéron Belem. Audiência de Custódia no Sistema Penal Brasileiro. Curitiba, 2016 TCC APRESENTADO PELA UTP (Universidade Tuiuti do Paraná) Faculdade de Ciências Jurídicas.

SOUSA TEIXEIRA, Luciana de. Audiência de Custódia: Eficaz para a Redução da Banalização das Prisões Cautelares? Brasília, 2015. TCC APRESENTADO PELA UnB.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>.

## A SEDUÇÃO DO CRÉDITO FÁCIL PARA APOSENTADOS E PENSIONISTAS

Carolynne Socorro Corrêa Lima de Araújo<sup>1</sup>  
José Carlos Luz<sup>2</sup>

**RESUMO:** Impulsionada pelos caminhos tortuosos percorridos pela situação que a economia brasileira se encontrava no período dos anos 2000, foi instituída a Lei nº 10.820/2003 durante o mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, quando o Ministro Antônio Palocci editou a Medida Provisória nº 130/2003. Esta medida veio regularizar e regulamentar a prática de empréstimos com descontos feitos diretamente em folha de pagamento de trabalhadores com registro e dos aposentados e pensionistas. Com o intuito de dar mais segurança jurídica para ambas as partes, diminuir os riscos das instituições financeiras, como também a taxa de juros que o tomador de empréstimo era obrigado a pagar, a criação dessa modalidade seria um grande estímulo ao equilíbrio da situação financeira de quem se encontrasse em necessidade de contrair essa operação. Mas, o que seria uma prática para o equilíbrio financeiro dessas pessoas, tornou-se um grande problema. Devido aos juros mais baixos decorrentes do risco quase inexistente de inadimplência e a desburocratização para a efetivação do contrato do Empréstimo Consignado, levou à sedução do dinheiro fácil para grande parcela da população, principalmente para os aposentados e pensionistas, fatia de mercado mais necessitada e menos informada e precavida em seu planejamento financeiro. Unida a tal realidade, a oferta maciça e muitas vezes enganosa de solução definitiva de todas as questões financeiras, afeta diretamente a parcela mais vulnerável do seu público, os aposentados e pensionistas.

Palavras- chave: Empréstimo, financeira, juros.

**ABSTRACT:** *Due to unstable Brazilian economy in 2000s, on Luiz Inácio Lula da Silva presidential term, a provisional act was issued by the minister for finance Antonio Palocci. The Provisional Act number 130/2003 came to regulate retirees and pensioners payroll lending.*

*In order to provide greater legal certainty for both parties, to reduce the risks of financial institutions, as well as the interest rate that the borrower was obliged to pay, this Provisional Act could be a good way to balance the economic life for who needs this trick.*

*But what could be a solution for these people, has become a major problem. With the lower interest rates due to the almost non-existent risk of default for the banks allied to the facility for the effectiveness of the payroll lending contract led to the seduction of easy money for a many people especially for retirees and pensioners, who care about your personal budget. In this reality, the massive and deceptive offer with the promise of paying the all debts directly affects the most vulnerable part of the public, the retired and the pensioners.*

Key words: *payroll lending, financial, economy.*

---

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

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

## 1 INTRODUÇÃO

Dentro de uma sociedade aonde a maioria da população tem um histórico financeiro difícil, aonde a informação chega com a verdade mascarada e as promessas de resolução de todos os problemas sobressaem-se acima de qualquer realidade, é fácil para que um mercado agressivo se enraíze aos costumes desta sem objeções de seus consumidores.

Pela vulnerabilidade exacerbada do consumidor idoso de média e, principalmente, o de baixa renda, estes são as maiores vítimas da situação em tela.

As dificuldades enfrentadas por essa expressiva fatia de mercado, tornam-se o atrativo principal para que esse nicho mercadológico seja explorado de forma abusiva.

Podemos falar da distorção implementada e, na grande maioria das vezes, não percebida da real função do instituto dos empréstimos consignados.

Ampliando um pouco a nossa percepção para entender do que se trata tal modalidade de contrato, podemos observar que, de acordo com o nosso Código Civil, disciplinado nos artigos do 586 até o 592, fala-se sobre o Contrato de Mútuo. Este contrato versa sobre empréstimo de coisas fungíveis onde, aquele que recebe os bens emprestados, o mutuário, deverá restituir ao mutuante (aquele que cedeu os bens) coisa fungível, ou seja, do mesmo gênero, da mesma qualidade e na mesma quantidade.

No contrato de mútuo, o objeto do contrato sempre será coisa consumível, o que implica no seu esgotamento e na obrigação de posterior restituição por outra coisa da mesma espécie, mesma qualidade e mesma quantidade, o que enquadra os empréstimos nessa condição de contrato.

A luz do Código de Defesa do Consumidor, a parte vulnerável dessa relação de consumo está protegida no cerne de sua execução, pois se submete às regras consumeristas e de acordo com o artigo 5º, XXXII da nossa Carta Magna, os empréstimos pessoais devem ser contratados levando-se em conta a aplicação das normas do Direito do Consumidor, sob a égide do Código atual com o intuito de equilibrar, de proporcionar equidade nessa relação consumerista.

Nesse diapasão, podemos observar quase sempre a inserção de cláusulas abusivas que burlam o regramento jurídico, que nem sempre são observadas ou até mesmo entendidas pelos usuários que recorrem a esse tipo de contratação.

Os contratos de adesão que acompanham praticamente 100% dessas operações financeiras, não deixam margem para questionamentos. Ou são aceitos na íntegra ou não existe acordo. Então, inerente ao contrato de adesão, na maioria das vezes está o anatocismo. Os juros absurdos e abusivos que são impostos aos consumidores tão frágeis, comprometendo sua renda já tão escassa.

A realidade econômico-social é acompanhada pelas relações contratuais, o que permite a autonomia e liberdade entre as partes, o que muitas vezes traz a disparidade nas relações, aonde a necessidade pelo serviço venda os olhos do consumidor, faz com este se submeta à algumas cláusulas abusivas, nada podendo fazer a respeito disso, pois ou aceita, ou se abstém do serviço.

Ao mesmo tempo, a necessidade, a facilidade e a agilidade com que esses contratos podem ser firmados, seduz o consumidor com a promessa de resolução imediata das questões que o levaram a procurar por essa salvação.

Apesar dos dispositivos legais de proteção, sempre existem as lacunas pelas quais as instituições financeiras proliferam suas ofertas e atingem uma grande fatia da população cada vez mais necessitada.

Contudo, não é somente a facilidade de aquisição desses créditos que atrai tantos adeptos dessa modalidade financeira. Além da necessidade que esse percentual da população onde a maioria se enquadra como de baixa renda carrega diariamente, vem a propaganda massiva por todos os meios de comunicação de grande alcance, a oferta deliberada e a omissão dos dados que poderiam levar o consumidor ao questionamento de taxas, condições, juros, mora e cláusulas contratuais, torna essa modalidade tão fascinante.

## **2 JUSTIFICATIVA**

Desde a época do descobrimento do Brasil, da colonização, dos primórdios da organização em sociedade, podemos observar as gritantes desigualdades

sociais. Desde sempre, podemos ver que uma pequena parte da população vivia em abundância e outra parte, a sua grande maioria, vivia e vive até hoje com grandes dificuldades de subsistência.

Essas dificuldades prevalecem através do tempo, e ao contrário do que deveria ser, na velhice, quando as necessidades são maiores, justamente quando a renda deveria acompanhar as necessidades, ela decai. As necessidades aumentadas e a renda que sempre foi limitada, se reduz ainda mais na aposentadoria, o que desperta a iniciativa da contratação de alternativas para tentar equilibrar o orçamento, o que leva esse público à procura dos empréstimos.

De acordo com dados da Secretaria da Previdência Social, o Brasil tinha em 2017, pouco mais de 19 milhões de aposentados pelo INSS, dentre estes, de cada três, dois ganhavam apenas um salário mínimo.

O presente trabalho visa contribuir com a sociedade para o despertar sobre os danos causados à grande maioria dos tomadores de empréstimos, visto que a desinformação presente nas contratações e utilização desse tipo de operação, leva à um ciclo de endividamento e aumento das dificuldades financeiras.

A opção pelas instituições financeiras menores em vez dos grandes bancos é uma alternativa muito presente nas operações voltadas para esse público, já que as instituições citadas dificultam menos a contratação e facilitam a efetivação da operação creditícia.

Em contrapartida, para compensar essa facilidade na contratação, os juros cobrados por muitas delas são abusivos e a cobrança de taxas é impressionante, indo diretamente de encontro ao nosso ordenamento jurídico.

Já o Direito tem seu papel primordial na tentativa de controle no que tange à lisura das operações, ao combate à exploração pela vulnerabilidade do consumidor e no cumprimento da justiça. Mas para isso, precisa ser provocado. E para provocar o judiciário, é preciso saber que se está sendo lesado. É preciso informação.

### **3 CONTRATO DE MÚTUO**

O Código Civil de 1916 já disciplinava essa modalidade de contrato que trata de empréstimos, o que demonstra que as necessidades de desenvolvimento social ou de aquisição de bens tentam ser satisfeitas de alguma forma. Podemos recorrer à

solidariedade humana ou à onerosidade que é justamente do que trata de regulamentar o código em questão.

Em nosso ordenamento jurídico, o contrato de mútuo tem como regra primordial a restituição do bem empenhado de mesma natureza, pois caso a restituição venha a ser de coisa diversa ou valor pecuniário, vai descaracterizar essa modalidade contratual, ensejando a troca ou a compra e venda do bem.

Outra característica importante que dispõe essa modalidade contratual é a temporariedade, pois é necessário que haja prazo determinado ou determinável para a sua resolução, o que está evidenciado no artigo 592 do Código Civil que enseja justamente que a indeterminação de prazos para o adimplemento da obrigação, vem descaracterizar a modalidade, deixando de ser contrato de mútuo por seu desfazimento, transformando este em doação ou compra e venda, entre outros.

Destinados a fins econômicos e financeiros, nos contratos de mútuo oneroso (os empréstimos) os juros são presumidos, não podendo, claro, exceder as taxas legalmente fixadas, que hoje gira em 12% ao ano, tornando as cobranças superiores a esta determinação, nulas, como consta no artigo 406 do Código Civil:

Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxas estipuladas, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (Art. 406, CC)

O anatocismo foi proibido, pois era um meio de onerar excessivamente, levando ao ponto da dívida se tornar impossível de ser sanada. Então, a correção advinda dos contratos de mútuo onerosos passou a ser constituída através de um acordo e enseja um ajuste em cima da dívida sendo, mesmo fora do sistema financeiro, convencionada nos contratos de mútuo.

#### **4 O ORDENAMENTO JURÍDICO EM DEFESA DO CONSUMIDOR**

Se tratando do Código de Defesa do Consumidor, não existe um campo específico que trata de empréstimos. Mas essa ausência específica não implica na falta de amparo por parte deste para com o consumidor dessa modalidade de serviços.

Por se tratar de contrato de mútuo, os empréstimos se enquadram na qualidade de produtos e serviços, absorvendo assim, as regras impostas, não restando dúvidas quanto a sua aplicação ao caso.

Outro ponto a ser levado em conta, é que os contratos de mútuo são contratos de adesão, que estão protegidos no artigo 54 do CDC.

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 3o Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (Art 54, CDC)

Apesar do nosso Código de Defesa do Consumidor ser silente quanto à especificidade dos contratos de empréstimo, sua interpretação é doutrinária no que tange à intenção de isonomia entre as partes, amparando sempre a parte mais suscetível de injustiça, o consumidor.

Mas, a proteção e preservação do princípio da boa-fé se faz largamente presente no ordenamento jurídico brasileiro e mesmo não existindo a especificidade desejada, existem princípios que norteiam essa proteção. Segundo Arruda Alvim, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é explícito a respeito da boa-fé, como regra cardeal.

São direitos básicos do consumidor:

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 (Art 6º, CDC)

O artigo 52 desse Código trata do direito do consumidor de ser informado sobre o total dos juros cobrados e da efetiva taxa anual destes, dos acréscimos

legalmente permitidos, a periodicidade, a quantidade de parcelas e o valor das prestações, o valor total previsto para cobrança com e sem financiamento, assim como todas as taxas e encargos que possam estar presentes na contratação para que nada fique obscuro e o consumidor seja levado ao erro ou simplesmente ao pagamento exorbitante. Outro ponto que garante as mesmas prerrogativas ao consumidor, estão elencados no artigo 3º do Decreto 5.903/06, que trata da fixação dos preços dos produtos e os acréscimos e encargos onerosos que acompanharão o contrato.

Outro ponto protegido pelo nosso Código de Defesa do Consumidor e nem sempre respeitado pelas instituições financeiras, é o direito a quitação antecipada de parcelas vincendas com o devido abatimento de juros proporcionais.

Além do princípio da boa-fé objetiva, o princípio da equivalência contratual, que proporciona o equilíbrio entre prestações e contraprestações, encontrado no artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor; o princípio da igualdade, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, salvo a criação de privilégios especiais para os que necessitam de proteção especial como os idosos, as gestantes e crianças; e o princípio da transparência, que obriga o fornecedor o dever de informação, já na fase pré-contratual, em conformidade com os artigos 6º, inciso III e 31, do nosso Código, assim como trazendo por obrigação o dever de proporcionar ao consumidor a oportunidade de conhecer antecipadamente o conteúdo do contrato, ou seja, ponderar com mais firmeza todos os aspectos do contrato antes de se comprometer com qualquer obrigação, como orienta os artigos 4º e 46 do nosso Código de Defesa do Consumidor.

## **5 EMPRÉSTIMO CONSIGNADO**

### **5.1 CRÉDITO CONSIGNADO**

Em 2003, durante o mandato do Presidente Lula, foi anunciada a Medida Provisória nº 130/2003 com o objetivo de proporcionar melhor oportunidade para que os trabalhadores com emprego registrado, aposentados e pensionistas pudessem usufruir de uma linha de crédito mais barata que viesse a diminuir seu endividamento, de forma menos burocrática e mais rápida.

Com o intuito de tirar da linha do endividamento e proporcionar oportunidade de equilíbrio financeiro para os trabalhadores ativos e os pensionistas, o crédito consignado surgiu como uma modalidade de empréstimo pessoal oferecida por instituições financeiras, onde o diferencial era justamente o fato de que a taxa de juros seria bem mais baixa que as demais modalidades existentes e o pagamento das parcelas seria feito com desconto automático e direto no contracheque, benefício ou aposentadoria do tomador.

Dessa forma, a garantia do pagamento também é fator preponderante para que não exista tanta burocracia para liberação dos valores. Praticamente inexistente o risco de inadimplência e até mesmo de atraso nas parcelas, pois os valores ficam retidos antes dos proventos serem lançados nas contas ou nos benefícios dos consumidores. O prazo para que o dinheiro seja liberado também é menor que nos outros empréstimos. Tudo gira em torno do adimplemento ser feito diretamente na fonte pagadora, onde os juros estão diretamente ligados ao risco, tornando essa modalidade de empréstimo, uma das mais seguras e menos onerosa para ambas as partes.

Outro ponto bastante relevante e que torna o consignado tão atrativo, é o fato de que existe um teto para a cobrança dos juros, o que comprova que as taxas são realmente inferiores, possibilitando o acesso ao crédito sem a exacerbação da dívida.

Por ter seu desconto diretamente na fonte, é a modalidade mais segura, pois o risco de inadimplência praticamente não existe, pois, quem efetua o pagamento das parcelas não é a pessoa tomadora do empréstimo, e sim a instituição bancária, que já repassa os proventos com o abatimento do valor da parcela previamente acordada, não permitindo seu adiamento ou sustação.

Mas, infelizmente, o empréstimo consignado não está disponível para toda e qualquer pessoa que deseje contratá-lo. Para fazer jus ao direito de contratar essa modalidade, o tomador tem que comprovar estar dentro do grupo que pode ser beneficiado pelo consignado, ou seja, atestar ser funcionário público ou estar trabalhando com carteira assinada ou ser aposentado ou pensionista.

Essas categorias se encaixam como consumidores do consignado, pois uma das premissas para que ele exista, é justamente a garantia do pagamento.

## 5.2 LIMITES PERMITIDOS POR LEI DE MARGEM CONSIGNÁVEL E DA COBRANÇA DE JUROS

O empréstimo consignado possui algumas limitações, algumas regras elaboradas justamente para proteger o usuário, fazendo com que as parcelas não comprometam o seu orçamento mensal, pois sua criação foi exatamente com objetivo contrário, que foi o de fazer com que as pessoas pudessem sair do endividamento.

Por ter taxa de juros mais baixa, o consignado pode e deve ser usado também para sanar outras dívidas que possuem os juros mais elevados como por exemplo, cheque especial e cartão de crédito.

A proposta do empréstimo consignado é muito interessante. Baixa taxa de juros, menos burocracia, agilidade na liberação dos valores, mas justamente pela facilidade, deve ser utilizado com cautela pois, após autorizado o desconto em folha, sua cobrança é irrevogável.

Destarte a lei estipular o limite máximo de cobrança de juros para essa modalidade de empréstimo, o que confirma a sua finalidade de estimular o equilíbrio financeiro sem onerar excessivamente o consumidor, não obsta que esse analise detalhadamente o contrato e faça os cálculos para saber exatamente os valores reais cobrados.

Na verdade, toda e qualquer categoria de empréstimo, deve ser solicitada em situações emergenciais, quando existe a busca pelo equilíbrio financeiro, ou em um caso emergencial. O intuito do consignado é justamente ser o apoio necessário que permita organização da vida financeira.

Para que o ciclo de endividamento fosse interrompido, o consignado foi inicialmente elaborado de forma que cada parcela não viesse comprometer mais que 30% da renda líquida mensal do tomador. Em 2015, esse limite aumentou para 35%, onde desses, 5% é utilizado obrigatoriamente no cartão de crédito consignado, mas não se pode ultrapassar esse percentual. Os valores a serem percebidos nos empréstimos vão variar de acordo com a renda do solicitante, respeitando-se sempre a margem consignável. Esse percentual é o mesmo para todas as categorias que podem utilizar do consignado.

De acordo com informativos do Banco Central do Brasil,

Não há normativo editado pelo Banco Central ou pelo Conselho Monetário Nacional tratando de margem consignável, isto é, do valor máximo da remuneração recebida que pode ser comprometida com o empréstimo consignado. A Lei 13.172, de 2015, estabeleceu que o limite máximo de amortização de operações de crédito nos proventos e/ou benefícios dos servidores públicos federal, dos trabalhadores regidos pela CLT e dos aposentados do INSS, é de 35%, dos quais 5% exclusivamente para despesas e saques com cartão de crédito. Estados e Municípios podem fixar limites de descontos e retenções diferentes para seus servidores públicos. O Banco Central não possui competência legal para tratar do assunto. (INFORMATIVO BCB, 2018)

Os cálculos são feitos de modo que, seja somado o valor emprestado mais as taxas e juros. Esse somatório de valores será dividido em parcelas previamente examinadas e autorizadas, desde que, cada uma delas respeite os limites impostos pela legislação vigente.

No que tange à cobrança de juros, o governo admitiu em outubro de 2018, taxas máximas para Beneficiários do INSS de até 2,08% ao mês; para Servidores Públicos (Federais, Estaduais ou Municipais) de até 2,05% ao mês; para Trabalhadores Privados de até 2,50% ao mês, em média. Mas essas taxas variam de uma instituição financeira para outra.

Outro ponto a ser observado pelo consumidor, é que ao aderir ao contrato de adesão do Empréstimo Consignado, este deverá devolver à instituição financeira o valor tomado e, além disso, podem ser incluídas as taxas e os juros, a taxas de análise de crédito, taxas administrativas, taxa de manutenção cadastral dentre outras, por isso, nunca é cobrado somente o valor exato que foi percebido por este, o que também não teria sentido pois não seria possível a sobrevivência desse nicho mercadológico. Inclusive, essas taxas por serem variáveis, podem até levar um empréstimo com juros mais baixos, se tornar mais oneroso ao tomador em determinado banco.

A pesquisa de todo o conjunto de juros e tarifas, ou seja, a análise do custo efetivo total do consignado é de fundamental importância para que chegue ao valor mais vantajoso para uma contratação consciente e satisfatória.

De acordo com informações facilmente adquiridas nas instituições é perceptível que muitas das instituições não cumprem com essa determinação, ensejando a cobrança abusiva.

Isso fere diretamente a dignidade do consumidor, principalmente do mais vulnerável como é o caso dos aposentados e pensionistas, pois, desses, cerca de

27 milhões são beneficiários de descontos mais baixos para os débitos feitos diretamente em seus benefícios previdenciários.

A Lei nº 10.820/2003 versa sobre a autorização para desconto de empréstimos diretamente na folha de pagamento, delimitando os limites consignáveis, para que a oferta sedutora não cause o efeito “bola de neve” nas dívidas, mas sim, cumpra seu papel de ajudar a dirimir o endividamento.

Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos ( LEI nº 10.820/2003).

Essa lei especifica todas as diretrizes, parâmetros, limites, forma de pagamento e de cobrança, garantias, direitos, obrigações, quem pode tomar o empréstimo nessa modalidade, enfim, todas as regras que devem ser respeitados, para que haja a proteção tanto ao tomador da modalidade de empréstimo quanto às instituições financeiras.

No que tange ao valor consignável, à quantidade de parcelas possíveis e permitidas, aos juros e tarifas cobrados por cada instituição, aos valores reais que deverão ser pagos em cada parcela, e sobre o valor total da operação financeira, é possível fazer uma pesquisa simples e consistente através das simulações que todas as instituições disponibilizam para o consumidor.

Essa simulação não vincula a efetivação da transação, sendo apenas exemplificativa, para que o cliente possa analisar as propostas e poder comparar e decidir por qual proposta escolher.

Planejamento e responsabilidade são requisitos essenciais para que a tomada do empréstimo seja a saída para um momento de necessidade, seja para a realização de determinado sonho ou simplesmente para conseguir superar e sair de uma dívida. Uma das questões que implicam nos valores baixos das parcelas, é a possibilidade da quantidade de parcelas permitidas. A maioria das instituições disponibiliza um parcelamento longo, que apesar de aumentar o tempo de cobrança de juros, também dissolve os valores, tornando a dívida mais branda e conseqüentemente, mais fácil de ser adimplida.

Quando se decide tomar um empréstimo com consciência, é porque chegou um momento de necessidade de quitação de dívidas com juros maiores, para a compra de determinado bem com valor mais elevado, ou qualquer outro motivo que justifique a sua adesão. Mas o que é sempre levado em conta é justamente a economia. É a intenção de poder organizar as finanças e torna-las o menos onerosa possível. Por isso, encontrar a instituição que ofereça a menor taxa de juros e menor cobrança de outras taxas diversas, é de fundamental importância que se chegue ao objetivo de forma mais econômica. A pesquisa e a comparação são aliadas indispensáveis para a concretização dessa intenção.

Um conjunto de precauções deve ser adotada para que a tomada do empréstimo tenha seu objetivo alcançado e não traga desagradáveis surpresas para o cliente que optou contratar a transação financeira. Dentre elas, podemos destacar alguns pontos que precisam ser sempre analisados e executados como 'por exemplo, realmente levar a sério a pesquisa, pois a variável nas taxas como citada anteriormente podem fazer uma grande diferença ao final da operação. Então, a comparação de um mesmo serviço em várias instituições financeiras, é ponto quase que obrigatório para que se possa fazer uma escolha mais equilibrada.

Sempre que houver uma contratação solene, esta vai ser na forma escrita, com cópias para todas as partes envolvidas. Após a contratação do consignado, é importante que o cliente mantenha em sua posse uma cópia por escrito da proposta com, valores, parcelas, prazos e todas as possíveis condições e limites do consignado pretendido.

Sempre ter em seu poder, uma cópia do contrato firmado. É de suma importância possuir uma cópia do contrato que foi acordado, pois nele constarão todas as cláusulas que foram acertadas ou até mesmo impostas ao contratante.

Quando a instituição financeira dispor o valor do cálculo do empréstimo consignado, é ilegal que seja feita a imposição de seguros ou tarifas casadas no cálculo deste.

E, caso o consumidor perceba que a taxa cobrada pelo serviço está sendo feita acima do teto determinado pelo governo, esta deve registrar reclamação junto aos órgãos de defesa do consumidor. Este poderá fazer uma análise técnica e constatada a irregularidade, poderá punir a instituição que estiver em desacordo com as normas existentes.

Ainda, de acordo com a Súmula 297, STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, estando assim, o consumidor acobertado quanto aos seus direitos pelo citado código. Por conseguinte, a relação contratual estabelecida entre as partes se configura típica relação de consumo.

Tal situação é de vital importância, pois abraça essa fatia de mercado de serviços, trazendo o amparo contra os abusos tão frequentes em consonância com as necessidades imediatas.

## **6. SITUAÇÕES ENFRENTADAS PELOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS**

### **6.1. PROBLEMAS**

Grande parte dos problemas destacados no presente trabalho reside na falta de informação x necessidade do público consumidor dos empréstimos desburocratizados, na promessa do dinheiro fácil, sem a necessidade de tanta documentação e análises criteriosas e demoradas.

A vulnerabilidade do consumidor torna-se ainda mais intensa quando se trata do consumidor idoso. Quando a idade vai avançando, as limitações começam a surgir, as necessidades começam a aumentar, pois essa faixa etária começa a precisar de mais cuidados, sendo sua renda inversamente proporcional a tais necessidades, visto que com o advento da aposentadoria, fatalmente sua renda tende a diminuir.

Que a necessidade é fator inerente a uma massa gigantesca de consumidores, é incontestável. Mas, junto com a necessidade, vem a falta de informação e a falta do poder de negociação, mesmo o Código de Defesa do Consumidor traçando como diretriz que as relações de consumo devam ser orientadas pela harmonia e transparência, nem sempre isso é obedecido.

Ao parar para analisar com mais afinco os contratos que envolvem os empréstimos consignados, resta clara a postura arbitrária e coercitiva das instituições financeiras, onde muitas vezes não arcam com suas obrigações essenciais nas relações comerciais tais como transparência, informação, qualidade e lealdade na prestação de serviços, trazendo muitas vezes para os consumidores,

surpresas desagradáveis no decorrer do pagamento das parcelas, acarretando desgaste material e emocional acentuados.

Conseguir um dinheiro extra em um momento de aperto financeiro dá a sensação de leveza, de problemas afastados, resolvidos e uma saída acessível a essa fatia consumidora é apresentada de forma sedutora através dos anúncios de empréstimos facilitados, sem muita burocracia.

Mas, essa prática pode ser muito arriscada, pois as pessoas estão se endividando mais, se submetendo a juros altíssimos para pagar o que já devem. O que foi criado para sanar problemas imediatos tem sido utilizado de forma desordenada, que em vez de reparar os danos já existentes, podem causar outros ainda maiores. Pegar um empréstimo sem necessidade, simplesmente para satisfazer um capricho, pode ser um problema que vai causar uma dívida durante um bom tempo.

Nessa situação, dificilmente os tomadores de empréstimos tão facilitados têm como comparar alternativas, negociar condições, pesquisar. Geralmente é urgente, é imprescindível que aquela quantia esteja disponível o mais rápido possível.

A desinformação e a necessidade, a inocência e a vergonha de se informar, são agravantes de questões que colocam a grande maioria dos idosos em absoluta fragilidade diante dos processos de obtenção de créditos, sendo vítimas dos contratos abusivos, dos juros exorbitantes e muitas vezes também da própria família que se vale da ignorância e da boa fé.

O não planejamento para quando as parcelas começarem a chegar, é um fator que quase nunca é pensado pelo consumidor, que se atém apenas à resolução imediata do problema financeiro. É preciso estar ciente e consciente que enquanto sua dívida existir, este não terá opção de protelar os pagamentos, atrasar, desviar ou cancelar.

Portanto, a diminuição temporária da renda durante o período de amortização da dívida adquirida através do empréstimo consignado nem sempre é prevista por seu tomador, alavancando endividamentos maiores, apesar das taxas dessa modalidade serem inferiores à outras.

Justamente para evitar que essa nova aquisição de descontos venha a prejudicar gravemente o sustento de quem a ele recorre, o empréstimo consignado estipula um limite de comprometimento de renda. Infelizmente, essa regra se aplica

tão somente à modalidade consignada, onde após sua adesão, pode o consumidor optar por outras modalidades, comprometendo parte considerada de seus recebimentos, prejudicando assim no seu próprio sustento. Não é raro se observar tal situação.

A falta de demonstração, por parte das instituições, das reais condições de cobrança de juros, mora, taxas e do valor total, também levam o consumidor a aderir à operação alheio à realidade embutida.

É mister observar que existe previsão legal para a prática abusiva ou omissa que venha a praticar uma instituição diante da hipossuficiência do consumidor, agravada quando se tratar de consumidor idoso, exposta no artigo 39, caput e IV do CDC, que é vedado ao fornecedor de produtos e serviços, dentre outras práticas abusivas, prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Infelizmente nem todos buscam essa verdade.

Por diversos anos consecutivos, as instituições financeiras impõem seus serviços de forma arbitrária e se mantêm em larga escala nas reclamações por abusos cometidos, como é possível verificar em sítios eletrônicos, a exemplo dos PROCONS e do IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor).

O consignado tem aumentando muito já que as instituições sabem que é um dinheiro garantido para eles todo mês. Mas [os bancos] usam de má fé para persuadir os aposentados apresentando o consignado como solução. É apenas o começo de um grande problema, um endividamento sem fim. Usam os aposentados e pensionistas para bater metas de empréstimos e não cumprem determinação do governo (JOSÉ VEIGA DE OLIVEIRA, 2017)

Mais uma vez, a vulnerabilidade desse público, os idosos são o alvo perfeito para os golpes que geram grande prejuízo e afetam além das suas finanças, também sua saúde, já tão frágil.

A grande maioria dos idosos que procuram a contratação do consignado, vai através da ilusão da resolução rápida e permanente de todos os seus problemas financeiros.

A oferta é feita de forma a seduzir, omitindo as consequências de uma adesão impulsiva ou mal planejada. A facilidade com que se pode contratar o consignado, também é um agravante para a falta de planejamento, pois com apenas

um clique de seu computador ou smartphone, é possível fazer determinada contratação. A falta da educação financeira traz consigo grande efeito negativo na vida das pessoas não somente no âmbito de consumo de produtos e serviços, mas gerando transtornos em todos os aspectos, incluindo grande carga de estresse e afetação direta na vida pessoal.

A idade dos aposentados e pensionistas afeta diretamente na contratação do consignado, pois a quantidade de parcelas está diretamente ligada à idade do contratante, que para os aposentados e pensionistas do INSS pode chegar a até 72 meses. Cada modalidade exige uma idade mínima, e os prazos também são diferentes, geralmente a quantidade de parcelas pode ser delimitada de acordo com a idade do contratante. Isso pode reduzir a quantidade de parcelas oferecidas, diminuindo também a margem consignável.

## 6.2. VANTAGENS

Destarte todas as questões citadas acima, podemos observar que o empréstimo consignado tem um propósito peculiar, que sendo utilizado de maneira consciente e planejada, é a melhor opção do mercado. Ele traz os menores juros praticados nas modalidades de empréstimos diretos ao consumidor. É a oportunidade de equilíbrio nas finanças, já que o crédito advindo do empréstimo consignado pode ser utilizado para sanar débitos com juros maiores ou até mesmo para aquisição de bens à vista, quando as parcelas do consignado podem ser mais baixas que outros parcelamentos.

O tempo previsto para que o contratante receba o montante contratado é bem menor que as outras modalidades, devido à baixa burocratização e a segurança nas operações. Por já ter um nicho de mercado específico, onde existe maior segurança devido ao desconto ser feito diretamente pelo banco, repassando os proventos para o tomador já com os abatimentos, não existe a possibilidade de inadimplemento, e por isso, não são necessárias tantas outras comprovações, o que demanda tempo de análise e conseqüente tempo para liberação do crédito.

O fato de ter suas parcelas diretamente descontadas em folha desobriga o consumidor a ter que se preocupar com as datas de adimplemento, uma vez que é

tudo feito de maneira automática. Não há risco de esquecimento e consequente cobrança de juros e mora pelo atraso de parcelas.

Outra questão bastante relevante é o fato de que o valor das parcelas são fixas do início ao final da vigência, pois todas já são preestabelecidas no ato da contratação, evitando assim surpresas desagradáveis com a oscilação da economia. Independente do que aconteça, as parcelas são simuladas e são executadas tal quais contratadas. O consumidor sabe quantas parcelas vai pagar, escolhendo dentre as permitidas para sua situação financeira e sabe exatamente quanto cada uma delas irá custar.

Os valores descontados em folha, não podem ultrapassar determinado patamar, ou seja, o consignado é planejado para não causar grandes desfalques financeiros na renda do tomador, o que propicia o pagamento das parcelas sem que haja prejuízo de sua renda total, pois a maior parte dela está protegida, quando não pode ser comprometida pelas parcelas do empréstimo, deixando disponíveis recursos para despesas essenciais. Por isso que a margem permita por lei é tão rígida, não podendo ultrapassar os 35% da renda do tomador. E ainda determina que 30% seja direcionado para o empréstimo e 5% para cartões. Tudo é muito específico e feito para que haja a recuperação financeira do cidadão, sem que se comprometa o restante de sua renda, pois de nada adiantaria a abertura desmedida de crédito e depois o consumidor não conseguir arcar com suas despesas básicas.

A cobrança de juros por inadimplência também não pode ser aplicada ao consignado, pois essa possibilidade é inexistente, visto que não existe atraso no pagamento das parcelas se estas são feitas diretamente em folha. Mais uma vez, podemos ver a impossibilidade de cobrança de juros e mora pelo atraso do pagamento das parcelas, visto que essas já são retidas na fonte, ficando os proventos do tomador do empréstimo consignado, já descontados das parcelas acordadas no ato da contratação.

E o fato de saber exatamente o valor a ser pago e a data que será cobrado, facilita no planejamento financeiro. Essa modalidade não admite alterações nos valores das parcelas, pois, antes da efetivação do contrato, os valores totais são simulados, sendo mostrados ao consumidor exatamente os valores cobrados, as parcelas disponíveis e o quanto cada parcela irá custar, sendo as mesmas, da primeira até a última.

### 6.3. COMO OS APOSENTADOS E PENSIONISTAS SÃO AFETADOS

Por se tratar de uma parcela bem mais vulnerável que qualquer outra de consumidores, o aposentado e o pensionista têm outros agravantes da sua condição de hipossuficiência. Com a idade avançada, a grande maioria dessa fatia de mercado que busca o empréstimo consignado, muitas vezes o faz sem planejamento e consciência de que está adquirindo uma dívida que muitas vezes é dividida em muitas parcelas.

A própria aposentadoria reduz a renda da maioria esmagadora desses clientes. Ao se aposentarem, eles perdem percentuais de salários, comissões, diárias, bonificações dentre outros benefícios que tornavam seus salários mais atrativos.

Unido à redução salarial, a idade avançada requer mais cuidados, o que torna naturalmente a vida do idoso mais onerosa. Mais médicos, mais medicamentos, mais tratamentos, mais cuidados em geral. Então, no momento em que mais se precisam de renda, é justamente quando esta diminui.

Como muitos idosos não se previnem, não se organizam para esse momento de vida, naturalmente começam a se endividar e a busca por uma saída encontra alento nas promessas do crédito fácil.

Na guerra do mercado, as instituições financeiras criam estratégias cada vez mais ousadas na busca pela maior clientela possível. A propaganda é massiva, as facilidades chegaram ao ponto da contratação do consignado ser virtual, através de um simples clicar numa tela.

Todo esse contexto cria o ambiente propício para o desvirtuamento da proposta inicial do crédito consignado. O que seria um remédio para um momento difícil, muitas vezes acaba tornando-se um problema sem fim.

Outras questões que o aposentado e o pensionista devem averiguar é o fato de que não é necessário que se tenha uma conta ou que este receba seus proventos no banco em que se busca o consignado. É de livre escolha do consumidor optar por determinada instituição, sendo ilegal a exigência de abertura de conta para que se efetue a operação de crédito. Pela necessidade, desconhecimento e vulnerabilidade, muitas vezes esse direito não é respeitado.

Os bancos também não podem cobrar taxas de abertura de crédito ou obrigar o beneficiário a contratar outros serviços juntamente com o empréstimo, fazendo a tão conhecida venda casada. As contas correntes também não podem ser obrigatórias, pois nem necessárias são, já que os descontos são feitos diretamente no benefício, não necessitando de contas para nada.

Devido ao grande número de problemas que vinham sendo causados pela facilidade em demasia, a Previdência Social determinou que os aposentados e pensionistas só podem fazer a contratação do empréstimo consignado se comparecerem pessoalmente nas instituições financeiras, munidos de documentação comprobatória e assinatura de contrato.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Criado com o intuito de facilitar o equilíbrio econômico de um grupo específico de consumidores, os que possuíam registro de trabalho e os aposentados e pensionistas, o Empréstimo Consignado foi regulamentado pela Lei nº 10.820/2003 durante o governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Por seu baixo risco de inadimplência e pela seletividade do público beneficiário dessa categoria de crédito financeiro, os juros abaixo do praticado no mercado unido à desburocratização na contratação, tornaram essa modalidade de empréstimo extremamente atraente e procurada.

Mas, nem sempre a facilidade de crédito é encarada de forma consciente e planejada. O que seria uma saída para o superendividamento, tornou-se em parte sua causadora.

A falta de conhecimento, planejamento e por vezes os juros abusivos disfarçados de taxas diversas unidos à propaganda massiva de solução perfeita para todos os problemas financeiros, fez com que houvesse uma adesão desmedida e muitas vezes desnecessária a essa categoria de crédito.

A vulnerabilidade inerente ao consumidor, fica exacerbada quando esse consumidor além de todas as fragilidades habituais, ainda é idoso.

As dificuldades advindas com a idade junto com as reduções pecuniárias por conta da aposentadoria e a necessidade maior de consumo, tornam o idoso um alvo fácil e abundante para o consumo dessa operação financeira.

As instituições financeiras caem em cima desses consumidores de forma avassaladora, onde podemos vislumbrar todo tipo de propaganda em inúmeros meios de comunicação. As facilidades são absurdas. As taxas cobradas além dos juros, não.

As ofertas são tentadoras e as taxas de juros devem ser limitadas pelo Banco Central, o que geralmente é obedecido, mas nada se fala sobre taxas. Muitas vezes, algumas instituições, para ganhar mais clientes, traz uma taxa abaixo do que pedem seus concorrentes, elevando demais taxas, onerando em excesso seu contrato e embutindo seus lucros, levando o consumidor ao erro.

Por conta disso, o lado hipossuficiente da relação de consumo se torna ainda mais fragilizado, e na grande maioria das vezes, em vez de se equilibrar financeiramente, cai no ciclo das dívidas cada vez maiores.

Outro ponto a ser observado é na falta de planejamento, na consciência da importância na tomada do empréstimo por necessidade e de que a dívida perdurará por longo período.

A conscientização do consumidor de quando realmente é preciso recorrer ao crédito, o planejamento referente ao tempo em que permanecerá com redução de seus proventos até a quitação do empréstimo tomado e a informação completa e verdadeira por parte das instituições financeiras sobre as reais taxas e consequências da tomada de valores, seriam essenciais para que o propósito dessa modalidade de crédito alcançasse o objetivo para o qual foi criada.

## REFERÊNCIAS

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**, 5ª edição, Editora Saraiva, 2009

\_\_\_\_\_. **Aplicação do código de defesa do consumidor**. Disponível em: <https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645598/aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aos-emprestimos-bancarios>. Acesso: 24 mai. 2018

\_\_\_\_\_. **Aposentados devem ficar atentos ao contratar consignado**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2016/02/sp-aposentados-devem-ficar-atentos-ao-contratar-consignado/>. Acesso em: 26 nov. 2018

\_\_\_\_\_. **Avaliação de redução de juros**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/caixa-avalia-se-havera-reducao-de-juros-para-consignado-com-garantia-do>. Acesso em: 13 de mar. 2018

\_\_\_\_\_ **Bancos cobram juros acima do limite máximo para aposentados.**

Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/bancos-cobram-juros-acima-do-limite-maximo-para-aposentados-27102017>. Acesso: 25 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Brasileiros inadimplentes,** Disponível em:

<http://www.innovarepesquisa.com.br/blog/quem-sao-os-inadimplentes-brasileiros/>. Acesso: 13 mar. 2018

\_\_\_\_\_ **Cobrança abusiva de juros.** Disponível em:

<http://www.valor.com.br/financas/5558895/financeira-do-agibank-e-alvo-de-acao-do-mpf-por-cobranca-abusiva>. Acesso: 24 abr. 2018

\_\_\_\_\_ **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em:

<https://www.consignados.com.br/dicionario-economico/codigo-defesa-consumidor/>. Acesso: 14 mai. 2018

\_\_\_\_\_ **Como funciona o empréstimo consignado pra aposentados.** Disponível em: <https://www.bompracredito.com.br/blog/como-funciona-o-emprestimo-consignado-pra-aposentados>. Acesso: 26 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Como funcionam as taxas de juros para consignados.** Disponível em: <https://bxblue.com.br/aprenda/como-funcionam-as-taxas-de-juros-do-emprestimo-consignado/>. Acesso: 25 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Consignados.** Disponível em:

[https://www.bcb.gov.br/pre/bc\\_atende/port/consignados.asp#2](https://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/consignados.asp#2). Acesso: 26 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Contrato de mútuo.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3750/o-contrato-de-mutuo-no-novo-codigo-civil>. Acesso: 25 out. 2018

\_\_\_\_\_ **Crédito a seu favor.** Disponível em: <http://meubolsofeliz.com.br/credito-a-seu-favor/tipos-de-credito/credito-consignado/> Acesso: 15 mar. 2018

\_\_\_\_\_ **Crédito consignado.** Disponível em:

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Cr%C3%A9dito\\_consignado](https://pt.wikipedia.org/wiki/Cr%C3%A9dito_consignado). Acesso: 10 out. 2018

\_\_\_\_\_ **Empréstimo consignado, como funciona?** Disponível em:

<https://www.serasaconsumidor.com.br/ensina/seu-credito/emprestimo-consignado-como-funciona/>. Acesso: 25 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Histórico de consignação e histórico de crédito, como consultar?**

Disponível em: <https://contaembanco.com.br/servicos/consultar-hiscon-hiscre/>. Acesso: 20 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Informações sobre empréstimos.** Disponível em:

<https://www.justonline.com.br/tudo-sobre-emprestimo/7-coisas-que-voce-precisa-saber-sobre-credito-pessoal>. Acesso em: 14 mai. 2018

\_\_\_\_\_ **Lei nº 10.820/2003.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2003/L10.820Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2003/L10.820Compilado.htm). Acesso: 27 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Limite permitido por lei no consignado.** Disponível em:

<https://carlakarluti.jusbrasil.com.br/noticias/469075499/limite-permitido-por-lei-no-consignado>. Acesso: 25 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **O consumidor, os empréstimos e os financiamentos.** Disponível em:  
<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI145398,101048-O+consumidor+os+emprestimos+e+os+financiamentos>. Acesso em: 16 jun. 2018

\_\_\_\_\_ **O que é crédito consignado?** Disponível em:  
<https://bxblue.com.br/aprenda/saiba-o-que-e-credito-consignado/>. Acesso em: 20 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **O que é crédito consignado?** Disponível em:  
<https://www.moneyman.com.br/blog/o-que-e-credito-consignado/>. Acesso em: 20 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Obtenção de crédito bancário.** Disponível em:  
<https://extra.globo.com/noticias/economia/conheca-os-dez-mandamentos-do-cliente-para-obter-credito-em-banco-14435367.html>. Acesso: 03 mai. 2018

\_\_\_\_\_ **Súmula 297, STJ.** Disponível em:  
<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=297>. Acesso: 25 nov. 2018

\_\_\_\_\_ **Taxa de juros.** Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br#!/r/txjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cr%C3%A9dito%20pessoal%20consignado%20INSS&parametros='tipopessoa:1;modalidade:218;encargo:101'>. Acesso em: 14 mai. 2018

\_\_\_\_\_ **Teto de taxas de juros nas operações consignadas.** Disponível em:  
<http://www.previdencia.gov.br/noticias/categoria/consignado/>. Acesso: 15 mar. 2018

\_\_\_\_\_ **Vantagens do desconto automático das parcelas do crédito consignado.** Disponível em: <https://bxblue.com.br/aprenda/vantagens-desconto-automatico-parcelas-credito-consignado/>. Acesso: 10 nov. 2018

## ANÁLISE DA FUNÇÃO REGULATÓRIA DA ANP A PARTIR DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Danielle Rayane Fernandes Marion Alencar<sup>1</sup>  
José Gomes de Lima Neto<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho se constitui numa pesquisa teórica pura, feita sobre bases bibliográficas e documentais, que busca fazer uma análise técnico-jurídica do papel da ANP na Regulação do Setor Petrolífero, sob a luz do princípio jurídico-administrativo da eficiência. Neste sentido, questiona-se: estaria o exercício da função regulatória da ANP em acordo com as exigências normativas derivadas do princípio da eficiência? A pesquisa foi efetivada a partir da análise comparativa da doutrina sobre o tema, bem como da interpretação do ordenamento jurídico vigente, sob a perspectiva do regime jurídico administrativo. Enfatiza-se a questão da desestatização do setor do petróleo no Brasil, verdadeiro marco regulatório brasileiro, bem como a atuação prática das agências reguladoras no contexto de mercado.

Palavras-chave: Regulação. Administração Pública. Agências Reguladoras. Princípio da Eficiência. ANP.

**ABSTRACT:** This work constitutes a pure theoretical research done on bibliographic and document databases that seeks to make a technical legal analysis of the role of ANP in the regulation of the Petroleum Sector, under the principle of efficiency. The research was carried out through the comparative analysis of the literature on the subject, as well as the interpretation of current legislation, from the perspective of the legal administrative system. Emphasizes the issue of privatization of the oil sector in Brazil, Brazilian real regulatory framework as well as practical performance of regulatory agencies in bounded context.

Keywords: Regulation. Public administration. Regulatory agencies. Law and Economics. ANP.

### 1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desse artigo consiste nos desdobramentos jurídicos da atuação da ANP em sua função de órgão regulador no setor da indústria e mercado do petróleo. Confronta-se a atuação do referido órgão ao princípio da eficiência como corolário jurídico-constitucional orientador do exercício da administração pública gerencial (Estado Regulador). O princípio da eficiência surgiu expressamente com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, porém alguns doutrinadores defendem que o princípio já existia implicitamente na ordem jurídica constitucional. Contudo, com a chamada reforma administrativa, o princípio

---

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

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

da eficiência teve a necessidade de se adequar aos novos parâmetros de organização e prestação de serviços da política de desestatização.

A desestatização implica dizer que o Estado tirou de seu âmbito muitos serviços e atribuições que, embora não constituíssem sua função primordial, não deixaram de ser relevantes à população. Desta forma, em consequência da desestatização foram criadas as agências reguladoras que são autarquias de regime especial encarregadas de fazer essas concessões, permissões e autorizações, conforme suas respectivas leis instituidoras, além de, como o próprio nome está a evidenciar, regular as atividades referentes à matéria para a qual foram criadas e fiscalizar as atividades que lhe competem controlar.

Portanto, o princípio da eficiência e o trabalho feito pela agência reguladora do petróleo serão o objeto desse artigo. De que modo e em que medida as atuações das agências reguladoras, podem ser analisadas a luz do Princípio da Eficiência? Neste contexto, sendo mais específico frente ao recorte teórico feito pelo trabalho: Como podemos considerar a atuação da Agência Nacional do Petróleo, principal responsável pela regulação do setor petrolífero, como Eficiente, numa perspectiva jurídico-normativa? Percebemos, ao final da pesquisa, que nenhuma atividade estatal pode ser considerada eficiente se não der amparo também aos demais princípios da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988).

Desse modo, este trabalho tem como objetivo analisar a forma como a ANP atua, utilizando-se das estruturas regulatórias a sua disposição, a atender a demanda econômica do mercado do petróleo, conciliando-a com os fins sociais buscados pelo Estado, materializados pelo princípio constitucional da eficiência (art 37, CF).

A eficiência, portanto, não é descrita como parâmetro de validação ou não de uma decisão, mas no vislumbre de como ela atua, diretamente e indiretamente, no objetivo normativo traçado pelo regime jurídico-administrativo em que ela se assenta, como dada solução a determinada demanda tem se efetivado nos resultados que a norma jurídica busca alcançar.

O trabalho foi feito a partir de uma pesquisa teórica pura, feita sobre fontes bibliográficas e documentais, de cunho exploratório quanto aos resultados pretendidos, visto que lança luz sobre um problema ainda não muito bem explorado

pela literatura jurídica. Inicialmente, o trabalho aborda o fenômeno da Regulação e suas implicações para o ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente, lança breves apontamentos sobre a constituição da indústria e mercado do petróleo no Brasil para, ao final, relacionar a atuação da ANP - Agência Nacional de Petróleo – ao princípio jurídico-administrativo da eficiência.

## **2 O FENÔMENO DA REGULAÇÃO: TEORIA E PRÁTICA**

O termo regulação não deve ser confundido com regulamentação, que se refere ao conjunto das funções normativas de ordenamento jurídico. Feita esta separação inicial, afirmamos que Regulação não é um termo originariamente jurídico, mas econômico, tendo surgido com base da Teoria Econômica Neoclássica, como meio de sanar os problemas oriundos da Teoria Liberal Clássica e, cujas premissas apontaremos em seguida (GRAU, 2008).

A utilização da Regulação como um instrumento jurídico, se deu primeiramente nos países de língua inglesa, tanto Inglaterra quanto EUA, como uma forma de intervenção estatal indireta no domínio econômico particular. A partir dessa adoção, conforme veremos pormenorizadamente, a estrutura regulatória foi gradativamente sendo utilizada para finalidades sociais, com o objetivo de propiciar ao Estado um “equilíbrio-efetividade” do mercado financeiro, de modo a que esse pudesse existir em acordo com os fins sociais buscados por ele (GRAU, 2008).

### **2.1 DO INTERVENCIONISMO À REGULAÇÃO ECONÔMICA**

Independente dos fins buscados, o mecanismo da regulação diz respeito a uma interferência Estatal, feita de forma indireta, no mercado econômico. Salientamos, portanto, que a preocupação jurídica com o fator econômico não é algo novo, nem tampouco a Regulação. Veremos que ela finca suas raízes na história e confunde-se inclusive com a história da relação entre direito, Estado e economia.

Nos Estados Unidos, na segunda metade do séc. XIX, houve significativas mudanças no quadro sócio-político da sociedade que foram propulsores de mudanças no setor econômico, dentre elas destacamos: construção de estradas de ferro cortando todo o país, implementando assim a produção e distribuição de produtos e conseqüentemente aumentando a concorrência, migração da população

para a cidade mudando o caráter agrário do país para um caráter mais urbanizado de relações, e a imigração de estrangeiros buscando trabalho num país onde a mão de obra era escassa (ZENKNER, 2016).

O aumento da concorrência veio acompanhado pelo aumento do consumo, surgindo tarifas promocionais e propagandas, acarretando um baixo lucro para as empresas. Como forma de resolver o problema, as empresas transferiram parte de seus poderes acionários para um grupo de controle que, seria responsável pela mediação de acordos, manutenção dos preços e regulamentação de pactos. Tais organizações foram chamadas de Trustes, entidades encarregadas de fazer a manutenção das relações de mercado e promover a sua maior eficiência (ZENKNER, 2016).

Os trustes foram transformando-se gradativamente em um monopólio empresarial, prejudicando em muito o consumidor com práticas predatórias que visavam unicamente o aumento do lucro e a concentração de riquezas entre os envolvidos. Exemplo disso nós temos a *Standart oil*, truste norte-americana ligada ao refino do petróleo, que controlava 90% das empresas nos EUA, fazendo o capital circular apenas entre elas e minando completamente as possibilidades de concorrência (MATIAS-PEREIRA, 2014).

Modificações sociais surgiram, dentre elas: estagnação do comércio, desemprego, desvalorização da moeda americana, baixos salários que não tinham praticamente poder aquisitivo, enfim; o surgimento de uma parcela de pobreza considerável dentro da sociedade. Situações essas, que o mercado não tinha capacidade de lidar sem intervenções externas. Sendo assim, em 1890 surgiu a Sherman Act e em 1914 a Clayton Act, legislações antitrustes, visando sanar os efeitos nefastos da *laissez-faire* do mercado, na utópica visão de que naturalmente se organizaria em proveito de todos (ZENKNER, 2016).

Segundo Marçal Justen Filho, “a deficiência na concorrência caracteriza-se quando não existe disputa suficiente e equilibrada no mercado, o que impede que os mecanismos inerentes a atividade econômica produzam seus efeitos positivos.”(FILHO, 2009, p. 33). A queda na concorrência se dá principalmente pelo monopólio de algum agente econômico, que obtendo o predomínio sobre a disponibilidade de um produto, impõe abusivamente preços e condições de forma a

aumentar unicamente seus lucros, reduzindo a eficiência do sistema. Pode ocorrer também a monopólio, que é quando um único agente econômico é capaz de adquirir produtos no mercado, o que acarreta na concentração econômica e a eliminação da concorrência entre os fornecedores.

Ambas situações configuram em deficiências do mercado, causadas pela falta da concorrência. A solução é a intervenção de autoridade impondo aos agentes econômicos a observância de certas regras necessárias ao retorno da fluidez do mercado. Dentro desse contexto, podemos dizer que a regulação surgiu como um mecanismo para corrigir as falhas de mercado e proporcionar a eficiência econômica.

Quando surgiu, a regulação encontrava-se associada e inteiramente submetida aos ideais econômicos. A intervenção estatal estava vinculada aos casos em que as forças do mercado não fossem capazes de se conduzir a uma situação de maior eficiência, por si mesmas. Entretanto, essa noção inicial de regulação estava não apenas resumida a produção de objetivos econômicos, mas na sua repercussão dentro do contexto sócio-político da sociedade, como gerador de problemas cuja titularidade para resolver era do Estado (ZENKNER, 2016).

Tendo incluído o Estado como agente econômico, podemos afirmar que Keynes foi o primeiro a preconizar que em períodos de crise, é necessária a intervenção do poder público, principalmente no que tange o reequilíbrio do mercado, ou seja, sua regulação conjuntural, assim como a solução dos problemas oriundos de seu modo de agir, como o desemprego e taxas de inflação. Para Keynes, a ampliação das funções do estado é o único meio de se evitar uma destruição das instituições econômicas e a estagnação das relações comerciais (DROUIN, 2008).

Dessa forma o Estado deve valer-se de políticas públicas em períodos de crise, que objetivariam dois pontos centrais, a saber: o restabelecimento do pleno emprego e o incentivo ao consumo. O Estado deve fazer as vezes dos “mecanismos espontâneos” de mercado, assegurando o crescimento e equilíbrio econômico, sem contudo, eliminar a sociedade civil em prol de um sistema coletivista. Por esse motivo, o modelo Estatal de Keynes em muito se distancia de um modelo socialista ou nacionalista. O Estado não deve assumir a propriedade dos meios de produção,

tomando o lugar dos particulares, sua gestão deve ser temporária. Tendo o mercado voltado ao seu equilíbrio, o estado deve voltar a sua posição (GRAU, 1981).

Percebemos o porque da importância de Keynes para a estruturação do Estado do Bem-Estar Social. Ele forneceu a ideologia necessária para justificar uma maior intervenção Estatal no domínio privado. O processo de Socialização da propriedade e do capital são frutos desse novo paradigma, mesmo que não raras vezes, receba incorreta interpretação por parte dos juristas.

Tendo como base o incentivo ao consumo em épocas de crise, Keynes criou uma teoria que possivelmente influenciou as grandes crises e reestruturações orçamentárias estatais da metade do séc. XX até os dias atuais. Segundo ele, a ideia de que o Estado deve dar o exemplo não gastando mais do que arrecada, é ultrapassada. É preferível que o Estado aumente suas despesas públicas, mesmo ao risco de gerar um déficit orçamentário, para sustentar a atividade econômica. Mesmo levando em consideração o risco, deve-se lidar com a expectativa de que com o aumento do consumo o equilíbrio de mercado volte a sua estrutura normal, equilibrando por contrapartida as receitas fiscais com os gastos estatais. Chamamos isso de Teoria do Endividamento, e custou caro aos EUA na década de 70, e a grande propagação do movimento de “Globalização Predatória” que seguiu-se nas décadas de 80 e 90, até os dias atuais.

Segundo Drouin (2008, p. 130):

Uma política de grandes obras, o aumento dos créditos orçamentários para o ensino ou a saúde pública, um esforço de redistribuição de renda entre as categorias sociais menos favorecidas são outros meios de impulsionar a economia. A eficiência econômica se conjuga com a justiça social; a política econômica se desdobra em política social. A esse título, Keyser pode ser considerado, ao lado de seu compatriota William Henry Beveridge, um dos fundadores do Estado-providência.

O Estado do Bem-Estar Social trouxe inúmeros progressos na consecução do ideal de preservação da dignidade humana, através de benefícios como: saneamento, educação, assistência e providência. Houve uma notória melhoria na qualidade de vida dos seres. A isso, remete-se como motivo determinante, a propagação da ideia de um sistema político intervencionista na consecução da melhoria das qualidades de vida. Obviamente que isso não significa que se atingiu um ideal de perfeição de satisfação dos princípios constitucionais, mas que marcou a elevação a um novo estágio no aperfeiçoamento da vida comunitária.

Entretanto, esse desenvolvimento acarretou em problemas imprevistos, o que ao final, resultou na inviabilização deste modelo estatal. O aumento na expectativa de vida, aliado a outras melhorias na vida comunitária, levaram a multiplicação da população o que não fora acompanhado pela modificação dos mecanismos de financiamento dos serviços públicos direcionados a ela. Com a mudança da pirâmide sócio-etária, houve uma crise no sistema financeiro estatal o que veio resultar numa “crise fiscal” que acometeu quase todos os Estados do mundo (GRAU, 1981).

Com um contínuo aumento do déficit no fundo financeiro do Estado, reduziu-se a quantidade e qualidade dos serviços prestados.

A crise fiscal significou não apenas a suspensão de novos e ambiciosos projetos relacionados ao bem comum como também limitações muito mais imediatas. Não mais existiam recursos para manter as conquistas anteriores, os serviços já consolidados, as indústrias vitoriosas. Instaurou-se uma situação de deteriorização dos serviços e estruturas estatais (FILHO, 2009, p.19).

A repetição desses problemas ao longo do mundo, nos mais diversos Estados, levou a conscientização do problema do modelo de Estado do Bem-Estar Social como sendo estrutural e da necessidade de uma modificação sistemática. Novas propostas de modelos políticos foram se configurando, surgindo gradativamente a figura que atualmente chamamos de modelo Regulatório de Estado.

## 2.2 A CONCEPÇÃO DE UM “ESTADO REGULADOR”

Apontamos como sendo marco originário do surgimento de um novo modelo Estatal Regulatório, o momento histórico em que, o uso secundário instrumental do Direito pelo Estado no intuito de reduzir as falhas de mercado, torna-se regra, ou seja, torna-se meio primário e buscando fins, não mais apenas econômicos, mas sociais. Este marco é apontado por muitos autores, como sendo originário, entretanto com uma fundamental diferença. Contrariamente a Filho<sup>3</sup>, qual tomamos como referência em nossa posição, sustentamos pela exposição de fatos e motivos anteriormente tratados, na submissão da ordem jurídica a ordem política Estatal,

---

<sup>3</sup> Marçal Justen Filho sustenta a regulação como um fenômeno jurídico de submissão do Estado, ou seja, da ordem política, à ordem jurídica.

sendo portanto a regulação, um fenômeno mais político realmente do que jurídico, sendo o direito apenas, um instrumentalizador das ideias buscadas pelo Estado.

A crise no Estado do Bem-Estar Social levou a uma redefinição das dimensões do Estado e de sua influência na esfera econômica. A normatividade passou a ser a principal fonte de inferência do Estado na esfera particular, disciplinando suas atuações frente aos objetivos buscados por ele. A principal característica desse modelo de Estado é a atuação direta na realização do bem comum. Entretanto, este valia-se da forma regulatória para assuntos secundários. Dessa forma, regulação normativa era limitada apenas a restringir manifestações excessivas no individualismo particular.

Com o advento da crise do Estado do Bem-Estar Social, o modelo intervencionista foi atacado e findou por necessitar de uma reelaboração. De tal forma, temos o surgimento do Estado Regulador, como sendo um modo de se conferir efetividade aos ideais buscados pelo Estado do Bem-Estar Social. Segundo Marçal (2009, p. 568):

Essa concepção modificou-se em grande parte, com a prevalência de concepções regulatórias do Estado. O novo paradigma se peculiariza não por integral rejeição da concepção intervencionista, mas pela diferenciação acerca dos limites e instrumento adequados. (...) Não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para a realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado do Bem-Estar Social permanece vigente.

A atuação estatal modificou-se sensivelmente durante os últimos trinta anos. Pode-se dizer que mudaram-se os meios, porém os fins permanecem. No novo paradigma regulador, o Estado não mais atua como agente econômico, mas é visto como um árbitro, ditando as regras do jogo e aplicando punições de modo que todos exerçam seus direitos em prol dos ideais buscados por ele.

A verdade é que não existe um consenso acerca da concepção de Estado Regulador, entretanto todos concordam num substrato comum que seria a redução da atuação direta do Estado. De um lado posicionam-se os partidários do antigo liberalismo, defendendo um maior absentismo estatal; do outro lado estão aqueles que defendem a intervenção estatal exaustiva pela via da regulação.

Num primeiro momento, o fenômeno de regulação seria um mecanismo secundário, perdendo em espaço e importância para a intervenção direta do Estado na economia. Nesta época a clássica divisão entre domínio privado e público era

evidente, e a função de prestação de serviços públicos era de domínio único e exclusivo do Estado. A regulação era um mecanismo para constranger os particulares no desenvolvimento de suas atividades econômicas. É o momento do Estado Prestador (GRAU, 2015) .

Num segundo momento, a competência regulatória da lugar a uma nova espécie de Estado. De circunstâncias externas, as atividades regulatórias passam para elementos caracterizadores do Estado como instituição política, garantindo a esse uma natureza inconfundível e distinta dos outros modelos anteriores. Trata-se do momento do Estado Regulador (GRAU, 2015).

Tais momentos são caracterizados principalmente por quatro características, a saber: a) a transferência da esfera pública para a privada de atividades de monopólio Estatal de forma a propiciar a ampla disputa e concorrência de mercado entre os particulares, racionalizando melhor a economia; b) inversão do instrumento interventivo. O Estado deixa de ser um participante direto para ser um árbitro, para ser um interventor indireto, utilizando-se de instrumentos normativos para influenciar a relação entre os particulares na realização dos fins necessários ao bem-comum; c) a atuação estatal não restringe-se apenas a corrigir os defeitos de mercado, conforme tradicionalmente supunha-se; além disso, ele estabelece alguns fins de natureza política e social a serem realizados na esfera econômica. Isso é claro no que se refere a disciplina de prestação de serviços públicos concedidos ao particular; d) a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica privada. Isso transpõe a ideia de regramento de uma estaticidade para uma dinâmica. Não basta apenas dispor normas e regulamentos para o adestramento da atividade econômica particular, mas há que se ter mecanismo de fiscalização efetiva e constante.

Desse modo, Podemos apontar dois tipos de concepções de regulação, que fundamentam-se em interpretações diferentes sobre suas características, a saber: uma concepção ampla e outra estrita.

A concepção ampla surge da vinculação do fenômeno da regulação com a manutenção de uma proposta de Estado intervencionista, feita por outros meios. Nesse contexto, regulação pode ser apontada como uma competência diferente das tradicionalmente conhecidas pelo Estado. Essa competência difere das

outras não pelo aspecto estrutural-organizacional do Estado, mas pelo critério de funcionalidade, ou seja, difere apenas na forma como o Estado desenvolve sua ação, de que instrumentos se utiliza para atingir seus fins (SUNDFELD, 2006).

Dessa forma, podemos conceber a regulação como um instrumento político fundamental, tendo em vista a sua vinculação a realização do interesse público. Enquanto no Estado do Bem-Estar Social existe uma atuação material e direta do Estado na economia e outros ramos, desenvolvendo planos externos ao interesse privado e envolvendo-os em um meio repressivo, a maior parte dos interesses do Estado devia ser buscado precipuamente por ele próprio, através de uma atuação direta. O Estado Regulador infere sob uma atuação regulatória que consiste na edição de regras e outras providências orientadas para influir na esfera particular de modo a alcançar seus interesses. Tal atuação possui uma característica muito mais indireta e evidenciando a ideia dos particulares trabalharem no intuito de atingir interesses públicos determinados (SUNDFELD, 2006).

Isso nos conduziu a uma alteração na dimensão estrutural da intervenção estatal, justificando inclusive o conceito de um “Estado Regulador”. O Estado Regulador exige uma postura interna por parte das empresas, não meramente externa em acordo com as exigências repressoras do Estado, mas um certo tipo de educação, onde a ideia de participação na consecução dos interesses públicos se dê por um casamento entre o setor privado e público. Isso se justifica no mecanismo promocional que é característico do Estado Regulador, em detrimento do mecanismo repressivo do Estado do Bem-Estar Social.

A concepção restrita de Regulação diz respeito a atuação estatal, eminentemente no setor econômico, criando regras e tomando providências de modo a corrigir algumas imperfeições que o impedem de conduzir-se em acordo com os valores da livre concorrência e etc. Trata-se de uma concepção minoritária e que fecha os olhos a um fenômeno crescente e que vem produzindo seus efeitos ao longo do mundo, cogitando aos olhares dos juristas e teóricos a maiores conjecturas (SUNDFELD, 2006).

Um problema que devemos apontar para a implementação da regulação é a própria estrutura estatal e a forma como encontra-se organizada, que

irá refletir diretamente na forma como será efetuada a Regulação. O aparato estatal estava “equipado” para a antiga forma organizacional-administrativa, sendo assim, é imprescindível que se crie uma estrutura institucional voltada para abarcar melhor a regulação. Logo, pode-se concluir que a produção irracional e desorganizada das providências regulatórias não é oriunda apenas da falta de consciência sobre a matéria, mas também devido a própria estrutura do Estado que permite a desvirtuação do instituto.

Três grandes problemas pode-se apontar com relação a regulação feita anteriormente: A falta de setorialização das políticas de implantação, de forma a atender as peculiaridades de cada setor; a falta de fiscalização da implantação, quando uma política era tida como falha, simplesmente substituía-se por outra. É necessário uma constante fiscalização e revisão das políticas; o terceiro e importante ponto é a formulação unilateral das políticas, onde na verdade, uma ampliação do nível de participação traria melhor compreensão do problema a ser abarcado. Os problemas oriundos da falta de coerência na implantação do modelo regulatório podem ser mais indesejáveis que os oriundos do mercado por si só (SUNDFELD, 2006).

### 3 A ANP E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Como ponto de partida, devemos esclarecer o fato de que nossa abordagem sobre a eficiência da ANP enquanto reguladora do mercado petrolífero, ser deterá aos aspectos técnico-procedimentais, amparados pelo *corpus* legal que diz respeito a matéria. Isso significa dizer que iremos nos eximir de entrar na discussão sobre a existência ou não de uma “melhoria na qualidade dos serviços públicos” a partir da criação da ANP. Não dispomos de dados para isso, e devido a própria qualidade recente de sua criação, não acreditamos que alguém possa fazer afirmações a esse respeito com base em argumentos legítimos. Nesse ponto, abordaremos o tema a partir da Dogmática.

Conforme exposto anteriormente, a Regulação pode ser enquadrada como um tipo de Atividade Estatal<sup>4</sup> de caráter econômico-social, e será assim que

---

<sup>4</sup> Segundo Marçal: “A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para

devemos considerá-la daqui por diante. Apesar de não ser uma atividade vinculada apenas à função administrativa, ou seja, é desempenhada tanto na esfera legislativa como na jurisdicional, é somente nesta primeira que partiremos como referência para nosso trabalho.

Nesse sentido, consideramos a regulação como um instrumento que busca promover os interesses estatais, principalmente no que tange à implementação de políticas públicas e organização e ordenação de atividades dotadas de valor social. Nesse sentido destacamos a ANP, como Agência Reguladora, dotada de uma função regulatória do mercado petrolífero nacional<sup>5</sup>, devendo seguir, portanto, os mesmos princípios que embasam a atividade administrativa, em especial, o princípio da eficiência.

### 3.1 INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL E A SUA REGULAÇÃO

O Brasil teve 5 momentos distintos sobre a exploração petrolífera, de acordo com as diferentes disposições constitucionais ao longo do tempo, dentre as quais destacamos: a) sistema regaliano, vigente até 1891, dizia que era direito do soberano a propriedade existente no subsolo. O direito de propriedade, entretanto, era exercido em toda sua plenitude pelo proprietário, ressalvado os casos em que o poder público em seu interesse poderia desapropriar, mediante indenização do prejudicado; b) regime da livre-iniciativa, ou sistema fundiário, vigeu de 1891 a 1934, definia-se pela influência Liberal-Iluminista dando total usufruto ao proprietário do terreno das riquezas existentes no subsolo. (CF de 1891, art. 72 §17 “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”); c) regime da autorização ou concessão, vigeu entre 1934 e 1953, teve como base a separação entre propriedade do solo e das riquezas do subsolo (sistema dominial), conforme constava na Constituição de

---

implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.” (FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.562)

<sup>5</sup> Apesar de não se resumir apenas ao mercado petrolífero, mas ao de outros combustíveis, nos determos apenas ao mercado petrolífero, devido a sua importância e a abrangência do tema.

1934. No art 118 da CF de 1934 estava disposto que “as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial”. De tal forma, a exploração de tais bens naturais, dependia de autorização ou concessão federal; d) regime de monopólio, vigeu de 1953 a 1995. As diversas legislações que tratavam do assunto tinham como ponto comum o estabelecimento do monopólio da União sobre as reservas minerais do subsolo, especialmente o petróleo e gases naturais; e) flexibilização do monopólio: iniciado em 1995, a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 9 e da criação da Lei nº 9.478 de agosto de 1997, conhecida como Lei do Petróleo (BORGES; CASTRO, 2003).

Destacamos também nesse ínterim, a criação do Conselho Nacional do Petróleo em 1938, em acordo com o crescente interesse no petróleo no inter guerras, dentre suas atribuições, incluía-se a de dar pareceres a respeito da outorga de autorizações sobre a pesquisa e concessão de lavra de jazidas de petróleo e gás natural.

No período de monopólio estatal do petróleo, fora criado pelo decreto nº395/38 a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e suas subsidiárias, como órgão de orientação e fiscalização do mercado petrolífero nacional. Desde a sua criação em 1953 até o momento de lançamento da lei nº 9.478/97, a Petrobras teve um enorme sucesso na execução do monopólio estatal, alcançando satisfatoriamente o objetivo de nacionalização da matriz energética e a constituição de um mercado auto-sustentável.

A Constituição de 1988, veio consolidar a ideia de monopólio estatal do petróleo. O detalhamento conferido pela Carta Magna, apenas mostra o quão importante o mercado petrolífero representava para a economia nacional. Não obstante sua importância, em 1995 a Emenda Constitucional nº 9 alterou a disposição constitucional (art. 177) que versava sobre o monopólio, permitindo a abertura do mercado para que empresas privadas pudessem explorá-lo. Devemos supor, *a priori* pelo menos, que mudanças sócio-econômicas, ocorreram no mercado internacional do petróleo, e (porque não?) no próprio modo de produção capitalista.

Esse ínterim entre monopólio e abertura de mercado, constitui-se num problema complexo. Não podemos nos deter a apreciação juspositivista, relegando a

possibilidade de modificações na estrutura organizacional da sociedade econômica mundial a assunto “meta jurídico”, sendo portanto, de desinteresse da ciência jurídica. Essa modificação não aconteceu ‘por acaso’, nem foi obra do destino; na verdade, apontaremos possíveis fatos histórico-sociais como sendo motivadores desse processo.

Segundo Faria (2004, p. 163):

Na dinâmica da sociedade capitalista, a natureza do poder e o caráter do direito não são atributos exclusivos de qualquer forma política social, institucional ou jurídica específica, mas resultantes de suas distintas possibilidades de articulação.

Colocamo-nos em acordo com o autor, na interação dinâmica e complexa entre poder político, mercado e direito, mostrando que numa sociedade complexa nada é simples, tudo requer uma pormenorização atenta, de modo a apreciarmos corretamente os reais motivos por trás das modificações normativas.

Após a aceleração do fenômeno da globalização no pós anos 70, devido a quebra do acordo de Bretton Woods devido ao endividamento federal norte-americano e a multiplicação do preço do barril de petróleo, houve a modificação de diversos quadros de relações sociais, econômico, trabalhistas, jurídicos, etc. que vieram confluir no Consenso de Washington na década de 90 e na nova estrutura organizacional do mercado mundial do petróleo<sup>6</sup>. Esses eventos aceleraram o processo de globalização econômica, causando o ganho de autonomia da economia com relação a política, motivo pelo qual podemos dizer que a estrutura política dos Estados deviam se adaptar aos interesses econômicos e não mais o

---

<sup>6</sup> Sobre isso, nos diz José Eduardo Faria: “Esse processo, esse fenômeno e essa hipertrofia da dimensão financeira são resultantes da convergência de distintas e importantes transformações institucionais, políticas, organizacionais, comerciais, financeiras e tecnológicas ocorridas ao longo das décadas de 70, 80 e 90. Na primeira delas, a explosão da dívida federal norte-americana, a solução então adotada para o financiamento da emissão de bônus do Tesouro dos Estados Unidos, o crescente déficit da balança comercial desse país, decorrente do intercâmbio com as economias japonesa e alemã e a obsolência das normas regulatórias de intercâmbio econômico e comercial, levaram ao avanço da internacionalização financeira e abriram caminho para uma ampla revisão estrutural e conceitual do fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e do Acordo geral sobre Tarifas e Comercio (GATT). Essas transformações foram aceleradas na década seguinte, quando agentes produtivos e governos se viram obrigados a reagir defensivamente aos graves problemas de custos industriais, suprimento de matérias-primas, perda de competitividade, queda do nível de crescimento da produtividade e insuficiência de escala, bem como a reformular suas respectivas políticas de inserção internacional, suas propriedades, suas orientações estratégicas e suas táticas de negociação. E culminaram com a profunda reorganização da divisão internacional do trabalho, nos anos 90, processo esse em grande parte alimentado pelas diferenças de produtividade e custos de produção entre países industrializados e países em desenvolvimento.” (FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 163)

contrário; a flexibilização das legislações dos Estados, de modo que pudessem impedir que “entraves burocráticos” pudessem minar o desenvolvimento econômico, abertura do mercado interno ao mercado externo, desterritorialização dos bens naturais de valor econômico, que a partir disso passariam a não pertencer a entidades política-nacionais mas, às empresas encarregadas da sua exploração, dentre outras importantes modificações (FARIA, 2004).

A saída encontrada pelos principais Estados do mercado econômico mundial, para sair da crise, foi o processo de globalização, que lhes permitia encontrar em outros países, matéria-prima e condições trabalhistas, assim como (principalmente) mercados consumidores, mais favoráveis a implementação de maior índice de lucros.

O perfil da organização social dos Países envolvidos nesse processo, modificou-se inteiramente. Passou-se a chamar de “sociedade organizacional” a nova estrutura das relações político-sociais, irradiada pelos “valores da produção” na esfera das relações humanas. O sistema econômico passou a influir mais soberanamente sobre o campo das relações intersubjetivas entre os seres, na produção científico-acadêmica, cultural e política, enfim, modificando todas as estruturas que compõem a sociedade<sup>7</sup>. Não demoraria muito para que esse processo alcançasse o Brasil.

O Consenso de Washington findou por ser um “presente de Grego” para os países da América Latina. Nascido como uma “opinião partilhada” pelo Departamento do Tesouro, pelo Federal Reserve e pelo Departamento dos Estados Unidos, pelos ministérios das finanças dos demais países do Grupo dos Sete e pelos Presidentes dos vinte maiores bancos internacionais, pelo fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio dentre outros; tal consenso expressa as principais orientações em matéria de política econômica, monetária, cambial, fiscal e comercial dos países desenvolvidos para servir como

---

<sup>7</sup> “E quanto maior foi a velocidade do fenômeno da globalização, principalmente a partir dos anos 90, mais rapidamente as novas formas de ordenação da vida econômica se generalizaram como formas de atuação política, e de orientação básica para o comportamento social, alimentando o potencial sinalizador, balizador, polarizador e condicionador do “direito da produção” na sua intersecção com as demais ordens jurídicas.” (FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 169 – 170)

ideia de desenvolvimento para os países subdesenvolvidos, em especial os latino-americanos.<sup>8</sup>

A proposição de abertura do mercado interno para os interesses externos pelo referido Consenso, findou por ser uma diretriz adotada por toda a América Latina, o que veio a culminar na Emenda Constitucional nº 9. Além de uma mera adoção de um modelo ideológico “neoliberal” conforme apontam alguns autores, a quebra do monopólio estatal constituiu-se na verdade, num processo de instrumentalização jurídica dos ideais econômicos da época. Não deixamos de notar a presença de um ideário Neoliberal, principalmente no que tange a proposta de afastamento do Estado de alguns setores da Economia até então exercidos unicamente por ele, entretanto, nos inclinamos a acreditar que os fatores determinantes se encontram nas modificações geradas pela economia, em especial a derrocada do modelo neoclássico e a adesão dos Estados na nova sociedade organizacional. Tratar o tema, apenas como um movimento político Neoliberal é restringir o tema a sua superfície, esquecendo-se do que há em baixo.

Outro ponto colocado pelos autores seria a escassez econômica do Estado em financiar a pesquisa e exploração do petróleo, tendo em vista os inúmeros riscos inerentes a esta atividade. Segundo essa visão, existiria a possibilidade de um colapso financeiro em nosso país e a queda da produção e abastecimento nacional, o que nos obrigaria a ter de importar maior quantidade desse material, gerando um retorno à condição de dependência de petróleo com relação a outros países (BORGES; CASTRO, 2003).

Independente do motivo determinante, em 1997 através da lei nº 9.478, houve a criação de um órgão Regulador das atividades de Exploração do petróleo assim como regulador do mercado petrolífero nacional, a saber: ANP – Agência Nacional do Petróleo, assunto qual trataremos em seguida.

### 3.2 A CRIAÇÃO DA ANP

---

<sup>8</sup> O Consenso propõe dez reformas básicas: “1) disciplina fiscal para eliminação do déficit público; 2) mudança das prioridades em relação as despesas públicas, com a superação de subsídios; 3) reforma tributária, mediante a universalização dos contribuintes e o aumento de impostos; 4) adoção de taxas de juros positivas; 5) determinação de taxa de câmbio pelo mercado; 6) liberalização do comércio exterior; 7) extinção de restrições para os investimentos diretos; 8) privatização das empresas públicas; 9) desregulação das atividades produtivas; 10) ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito à propriedade.” Ver em *The Progress of Policy Reform in Latin America*, Washington, Institute for International Economics, 1990.

Segundo Borges e Castro (2003, p. 257)

A conjuntura política nacional em que se fez inserir a Emenda Constitucional nº 9/95, responsável pela flexibilização do monopólio executivo da União na indústria do petróleo e gás natural, é marcada, principalmente, por uma tentativa de acompanhar a tendência mundial de integração das economias e uma progressiva saída da figura estatal de áreas econômicas anteriormente ocupadas por esta. Destarte, vivenciou-se uma mudança de paradigma coadunada pela substituição do Estado protetor, para então se conceber um modelo político em que se privilegia a eficiência e a racionalidade como fundamentos para esta nova estrutura de um Estado regulador do mercado.

A ideia principal da quebra do monopólio foi a criação da concorrência no mercado petrolífero e possivelmente, a abertura externa do mercado brasileiro de forma a incentivar novos investimentos. Entretanto, a lei do Petróleo não instituiu apenas um conjunto de modificações de caráter técnico-administrativo, mas uma verdadeira redefinição do papel do Estado frente à economia.

Um pouco dos resultados dessa estratégia político-administrativa já vem sendo percebida por todos os envolvidos na indústria e mercado do petróleo. Embora elas tenham conduzido o país na busca da maior eficiência do setor petrolífero, pelo advento de maior concorrência entre as empresas, percebemos que de certo ponto essa concorrência não tem sido bem sucedida, ou então, feita de forma “justa”. Em verdade houve um predomínio do pensamento empresarial sobre o social no que diz respeito ao papel participativo do Estado, o que culminou com a frustração da indústria local pelo desincentivo gerado pelos altos tributos aos nacionais em detrimento dos incentivos as empresas externas (GRAU, 2015).

É o outro momento da dialética econômica do petróleo. Se no primeiro momento existia o monopólio da indústria pelo Estado, valorizando assim o nacionalismo com relação ao mercado petrolífero, no segundo momento, existe um declive tributário em que o lado mais desfavorável tem sido as empresas nacionais.

A ANP surgiu num momento de privatizações das empresas públicas que culminou numa verdadeira reforma administrativa que sintetizava-se pela saída do organismo estatal da área econômica, em termos de atuação direta. As agências reguladoras surgiram como uma forma de gerência, particularmente distinta da antiga forma devido ao seu meio de atuação frente aos mercados. A antiga gerência era feita de forma impessoal e abstrata, universalmente válida para todos os setores devido a própria característica da lei; as Agências marcam um ponto a frente no que

tange a isso, agindo inclusive através de uma certa “normatividade” própria (assunto importante, mas que não diz respeito ao nosso trabalho) que é particularmente efetiva no setor em que se insere. A ANP é por excelência a administradora dos interesses da União no setor petrolífero (ZENKNER, 2016).

Quando da criação da lei 9.478/97, que dispõe sobre a “política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo”, estatuiu o Conselho Nacional de Política Energética, fazendo com que o Brasil passasse do antigo modelo de monopólio clássico na qual a titularidade da exploração é da empresa estatal, para o regime aberto, onde os direitos de exploração passam para as concessionárias. Essa transição, apesar de já acontecer em outros países<sup>9</sup>, com dados de certa eficiência comprovados, são como se “mudanças apontassem no ar” para o Brasil, o que significa dizer, bem em verdade, ninguém saberia realmente se tal medida teria boas repercussões sobre a economia nacional, e de fato, até então não existem dados dispostos de forma unitária e coerente, que sirvam de embasamento para dizer se foi ou não uma boa mudança. Como nosso objeto não diz respeito às valorações positivas ou negativas, nesse ponto teremos de nos contentar em descrever os fatos relacionados à instituição da ANP e a mudança na orientação do Estado brasileiro em relação ao mercado petrolífero. Teremos como ponto de partida a quebra do monopólio, e ao final, buscaremos ponderar, sobre a eficiência da ANP no processo de regulação do mercado petrolífero (BINENBOJM, 2005).

No art 3º da Lei do Petróleo, que encontra-se em total conformidade com o art 20º da Constituição Federal, encontram-se dispostos os bens da União, dentre os quais “Petróleo, Gás Natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes (...) nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.”

Criada pela Lei 9.478/97, a ANP constitui-se em “entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo...” Vemos que seu surgimento veio como necessidade do Estado em regular de forma mais dinâmica e eficaz o processo de

---

<sup>9</sup> “Na elaboração da Lei do Petróleo, o legislador brasileiro aderiu a prática adotada nos contratos celebrados sob a égide da *common law*, ao estabelecer o conjunto de definições técnicas constantes do art 6º. “(BUCHEB, José Alberto. Direito do petróleo: **A Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 32 )

privatizações ocorridos na década de 90 e suas repercussões sobre a prestação de serviços no Brasil. Ao submetê-la ao regime autárquico especial, o legislador desejou dotá-la de uma maior independência em relação à Administração Direta, diferenciando-se assim das formas autárquicas clássicas.

Segundo Sundfeld (2006) seria um exagero jurídico falar em independência, visto que tal instituto não existe para o Direito. O correto seria autonomia, que retrata com maior exatidão o significado por trás da expressão legal. Segundo ele:

Mas garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse poder. (SUNDFELD, 2006, p. 24)

A autonomia conferida a ANP evidencia-se por ser uma necessidade do estado de torná-la mais ágil e estáveis dentro do mercado qual visa regular, e além disso, atrair o interesse particular na esfera dos incentivos particulares no intuito de criar maior eficiência ao mercado, relacionando sempre com a responsabilidade social a ser assegurada.<sup>10</sup>

Devemos também observar que o “poder regulatório” ou “estrutura regulatória” se acaso fosse somada ao já consolidados poderes Estatais, haveriam por descaracterizar o modelo Neoliberal de intervenção deste na Economia privada. Na verdade seria uma “ditadura regulatória” ou um “dirigismo estatal”<sup>11</sup>. A regulação implica necessariamente em uma certa autonomia dos órgãos reguladores com relação a entidade Estatal, servindo como medida cautelar contra a concentração de poderes neste, deste ponto surgiu a necessidade de colocar a ANP, assim como as outras agências reguladoras, como uma autarquia orientada por regime especial.

Sobre isso insere-se um ponto de extrema importância. Sabemos que a indústria e mercado do petróleo movimentam uma enorme quantidade de recursos financeiros, assim como movimentam de uma série de relações jurídicas. Existe uma

---

<sup>10</sup> “Ademais, buscam-se mecanismos para ampliar a autonomia de empresas estatais, na esperança de atrair mais recursos, além de gerar eficiência e responsabilidade na gestão.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução as Agencias Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org) **Direito Administrativo Economico**. São Paulo: Malheiros, 2006 (p. 24)

<sup>11</sup> Conforme nos salienta Marçal Justen Filho, o fenômeno da regulação não pode confundir-se com dirigismo estatal. (FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 562 )

concentração econômico-empresarial de alto risco no mercado petrolífero, o que nos faz perguntar sobre a “autonomia” da ANP frente as possíveis ingerências políticas e frente aos ditames do setor privado. Devemos considerar, para que estejamos próximos da realidade por trás do conceito de “autonomia”, como sendo algo que somente o aperfeiçoamento e o tempo trarão para nós. Como sabemos as agências são controladas por pessoas, passíveis de erros e concepções ideológicas, o que ressalta mais uma vez o papel da lei como sendo princípio orientador da atividade de tais órgãos, assim como de todo aparato estatal.

A lei que estabelece a estrutura regimental da ANP somente veio em janeiro de 1998, através do decreto nº 2.455, definindo as finalidades assim como outras peculiaridades da ANP, tratando ainda o “grau de autonomia” da ANP como sendo relativo à “patrimonial, administrativa e financeira”, todas relacionadas a necessidade de efetuar sua gestão de forma particularizada, direcionada as necessidades do setor que visa regular, distante das oscilações políticas que possam acometer este. O legislador considerou que esta agência necessita de garantia de independência de escolha sobre métodos de gestão, de emprego de capital, etc, para que possa realizar com eficiência o seu trabalho.

A efetividade da ANP no desempenho de suas funções, estão diretamente ligadas ao regime jurídico qual está submetida e ao grau de autonomia que tem com relação ao Estado. Na verdade, isso configura sua natureza como Agência Reguladora, nos dando a possibilidade de afirmar que está de acordo com o modelo norte-americano no qual se orientou.

Conforme Borges e Castro (2003, 257), “para que a ANP atue de forma técnica, isenta de influências políticas, seus dirigentes precisam ter a garantia de que a tomada de uma decisão antipática aos interesses do governo não acarretará a perda de seu cargo.” Sendo assim, a atividade regulatória da ANP deve ser restringida apenas pelo parâmetro técnico-legal qual se submete para que seja chamada de Agência Reguladora.

Com a alteração da Constituição, flexibilizando o monopólio do mercado petrolífero, incentivou-se indiretamente a reestruturação e modernização do setor industrial, a partir para participação da iniciativa privada nas atividades inerentes a esse setor. Nesse sentido, a ANP surgiu como fiscalizadora permanente

e reguladora de todas as etapas de produção e distribuição do petróleo. Sendo, portanto, sua participação essencial para a efetividade de todo o processo. Entretanto, de que eficiência estamos tratando? Aquela que diz respeito apenas a esfera econômica ou a jurídica, comprometida com os valores sociais?

### 3.3 EFICIÊNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA

Por mais que se tente, e podemos afirmar que tal já fora tentado, não é possível conduzir a efetividade do ponto de vista jurídico e do econômico ao mesmo significado. Não obstante, nossas tentativas por aproximá-las, ambas atuam de formas opostas, não confluindo-se, mas excluindo-se. Isso é uma grande verdade real, a partir de agora tentaremos a explicar o porque.

Por mais que queiramos aproximar a ciência jurídica da econômica, e por mais que ambas, tenham uma forte ligação historicamente consolidada, conforme apresentamos ao longo deste trabalho; a efetividade jurídica sempre será um empecilho a efetividade econômica, mesmo que em alguns momentos uma atue na consecução da outra, como no caso da Regulação em sua forma tradicional. Que grande paradoxo, diriam alguns. Isso se justifica pelo fato de que para atingir sua efetividade, o direito precisa “socializar” o capital, não no sentido de fazê-lo circular, o que seria o objetivo dos economistas, mas no sentido de empregá-lo em fins não-lucrativos, ou pelo menos, de retorno “subjetivo” não comprovável através de critérios objetivos. Em outras palavras, isso implicaria dizer, que o Estado, enquanto agente econômico, faz escolhas que do ponto de vista econômico não buscariam uma rentabilidade de “seus negócios”, mas, garantindo-se na própria entrada financeira dos tributos.

Isso não significa em momento nenhum dizer que as escolhas feitas pelo Estado não visem fins econômicos ou repercussões econômicas. Isso é um engano. Os Estados têm se conscientizado para a realidade de que o “ente econômico” deve participar de qualquer tomada de decisão relativa a qualquer setor da sociedade. Ter direitos significa custos. Cada direito acarreta num custo econômico para o Estado. Se todos os setores formadores da sociedade, tivessem plena capacidade financeira para alcançar seus direitos, não existiria a necessidade

de um Estado regulador, influenciador da economia. É justamente por isso que afirmamos que o berço da Estrutura Regulatória é a Economia neoclássica, visto que a Clássica Liberal pesa suas assertivas na possibilidade de interação igualitária entre os membros da sociedade, sem intervenção estatal. O que diríamos dos excluídos do “banquete da natureza” como diria Malthus, seriam relegados à morte devido a própria característica natural de sobrevivência do mais forte?

O direito não pode partir da justificativa natural de que todos têm direitos inerentes à sua pessoa. Por outro lado, a Ética inerente ao mercado é a busca egoística do lucro pessoal, que numa investigação superficial, poderia ser derivada do próprio instinto de sobrevivência humano<sup>12</sup>. Precisamos de um Estado, e essa necessidade surgiu no seio das relações sociais e econômicas. A mão do Estado não deve ser invisível, também não pode ser de Ferro, conforme nos prova a história. Dentro dessa perspectiva que podemos dizer que não há como aproximar a efetividade econômica com a jurídica.

Outro ponto de fundamental importância é a imprecisão dos conceitos para ambas as ciências. Não existe dentro do ramo doutrinário da ciência jurídica, uma concepção unívoca sobre a Eficiência. O que existe na verdade são concepções subjetivas-valorativas, que em nada podem se casar com o critério de objetividade da ciência econômica. Esta última por seu lado, possui um número considerável de teóricos que subscrevem sob o conceito de eficiência, um ponto de vista diferente. Se procedermos à análise da leitura de Adam Smith teremos um conceito de eficiência de mercado, embasado na ideologia dominante em sua época, traduzida em seu pensamento; se formos para Keynes teremos outro referencial. Todos marcam uma época, e são traduzidos, materializados dentro das

---

<sup>12</sup> Sobre tema correlato a esse nos fala Arthur Orlando: “Em primeiro lugar a lucta econômica pela vida difere essencialmente da lucta animal pela existência. A lucta econômica é a lucta do homem contra o homem, ao passo que a lucta animal se trava entre espécies diferentes. Uma outra distinção é que na lucta animal os vencidos são eliminados, ao passo que na lucta social os vencidos não são eliminados senão no caso de absoluta impossibilidade de serem conservados como instrumentos de exploração. A relação de parasitismo entre vencedores e vencidos constitui uma das faces mais curiosas e características da história da humanidade. Como consequência do parasitismo resulta o phenomeno especial do *processus social*, isto é, ser o elemento vencedor o principal interessado em conservar o elemento vencido, porque a destruição da presa arrastaria o atrophamento, senão morte do parasita.”(ORLANDO, Arthur. **Propedeutica político-jurídica**. Recife, typ. De J.B. Edelbrock, 1904. p. 32) Sobre essa conotação crítica do direito, a Regulação seria um mecanismo para a perpetuação da relação de parasitismo econômico, no sentido de corrigir as falhas de mercado, que traduzem-se em nossa metáfora como sendo a “destruição do hospedeiro e consequentemente a morte do parasita.”

relações sociais. Tudo isso propõe uma sutil complexidade ao tema, de forma que qualquer resultado obtido da conceituação do tema, nada mais será do que a adoção de determinadas características tomadas arbitrariamente, levando-se em consideração um referencial teórico. Eficiência é um conceito subjetivo, independente do ramo em que é empregado.

Esse é mais um motivo para afirmarmos que não é possível a união entre ambos, se não pela submissão de um ao outro. Todos os elementos que dispomos para conceituar Eficiência num sentido jurídico, são tradicionais e portanto, não constituem novidade para o leitor inteirado ao tema. Não podendo lançar mão sobre uma conceituação formal sobre o tema, nos propusemos ao longo do trabalho, de traçar historicamente, a formulação da questão sobre a união direito e economia, problematizando o tema e fazendo críticas a teoria formal do direito. Tendo já apontado os temas de interesse, passaremos agora a analisar o que nos diz o Princípio da Eficiência, constante no Art. 37 da CF.

### 3.4 OS PRINCÍPIOS E SUA RELAÇÃO COM O ORDENAMENTO POSTO

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as *diretivas* ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica (MAXIMILIANO, 2008, p. 241).

Existem, sedimentados doutrinariamente no ordenamento jurídico, princípios que conferem uma racionalidade específica à disciplina jurídica. Os princípios traduzem a lógica inerente ao funcionamento do ordenamento, no que lhe compete um caráter científico metodológico.

Etimologicamente, “princípio” (do latim *principium, principii*) nos dá a idéia de principio, começo, origem, alicerce; uma forma de fundamento, na qual se adéquam sobre ele um processo qualquer, um ordenamento, um regime.

Contrariamente aos princípios Naturais, ou seja, aqueles quais os cientistas naturais “desvelam” como sendo imutáveis e intrínsecos ao objeto de estudo, os princípios do Direito são criados a partir da vontade humana<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> “Diferentemente dos princípios que regem o mundo físico, no campo Direito são livremente determinados pelos homens. O Legislador acolhe, no sistema normativo que constrói, os princípios

Os princípios relacionam-se diretamente com as normas, segundo método de indução ou dedução<sup>14</sup>, ou seja, partindo de sua generalidade e universalidade para o particular, ou o oposto. Segundo Carazza (1999), os princípios vinculam as normas a um entendimento deles extraído, de modo a conduzi-las a uma aplicação conexa. Deste ponto podemos destacar o critério lógico uniformizador dos princípios, conferindo uma certa unidade a interpretação feita ao ordenamento, pelo interprete (jurista ou operador).

Canotilho (1999) destaca 5 características inerentes aos princípios, a saber: a) abstração, os princípios caracterizam-se por ter um grau de abstração maior que as normas; b) indeterminação, os princípios por terem alto grau de abstração, são vagos e indeterminados, podendo se coadunar a qualquer situação que lhe seja atribuída pelo intérprete; c) caráter de fundamentalidade, os princípios estruturam as normas sob um fundamento lógico, qual lhes determina a consistência de interpretação e adequação ao ordenamento; d) Vinculação, os princípios vinculam as normas a ideia de Direito, constituindo-se portanto em verdadeiros *Standards* jurídicos; e) Natureza normogênica, os princípios constituem a base sobre a qual repousa o fundamento das normas, consistindo-se em sua “natureza mais íntima”.

### 3.5 PRINCIPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Vivemos em uma época paradoxal, onde o “crescimento do papel do Estado convive com a diminuição do aparelho do Estado decorrente dos sucessivos processos de privatização” (MODESTO, 2013, p. 35). Com a configuração do Estado regulador, cada vez mais as estruturas burocráticas Estatais, sua aparelhagem tem se desvanecendo de nossa visão, entretanto, o papel de sua influência normativa, regulando os mercados, têm-se feito notar.

---

que deseja vigorantes. São, bem por isso, mutáveis.” (BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90)

<sup>14</sup>“Vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação à hipótese controvertida.” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 241)

Devemos apontar isso para terminar com as visões sobre uma pretensa “influência mínima” do Estado na vida privada ou mesmo dos aclamados discursos de que este não existe mais como estrutura gestora da vida em sociedade. O Estado está em todos os momentos, e sua presença se faz notar através de diferentes formas. Se ele transferiu algumas de suas atribuições fundamentais, no intuito de serem melhor efetuadas no seio da sociedade; podemos dizer que através da regulação ele inferiu de forma “invisível” mas com forte atuação normativa no setor “privado”.

O fato é que essas expressões tendem a ficar caducas. Conforme salientamos ao longo do trabalho, não importa mais “quem” presta o serviço, mas a forma como ele é prestado. Nesse sentido, podemos afirmar que com o advento do movimento regulatório o Estado deu um passo em frente na consecução do Princípio constitucional da Eficiência (Art. 37, CF). Nesse sentido, o Estado assumiu a tarefa de realizar as necessidades materializadas na Constituição Federal, buscando “agir” com maior eficiência, dotando o texto legal de maior concretude prática.

Quando a Constituição Federal expressamente refere-se a princípios orientadores da Administração Pública, ela cria uma verdadeira exigência de que tais princípios sejam adotados pelo Administrador, não se trata apenas de um critério de unificação do regime administrativo ou um caráter hermenêutico, mas uma verdadeira regra para cumprimento efetivo. Trata-se de uma visão *construcionista constitucional*, na qual todo dispositivo constante na Constituição é para ser aplicado diretamente.

A primeira dificuldade em tratar o termo Eficiência, é a sua imprecisão e diversa utilização pelas ciências, conforme tratamos em tópico anterior. Entretanto, isso não serve de justificativa para não trabalhá-lo, visto que um dos principais “labores” do jurista é elucidar e construir o sentido dos signos linguístico-jurídicos, colocando-os em acordo com a lógica do ordenamento.

Nesse sentido, podemos afirmar que a ANP sujeita-se ao princípio da Eficiência, no sentido de que tem a obrigação de prestar o serviço designado para si, de forma adequada; a partir disso, perguntaríamos, quais são os mecanismos juridicamente válidos para se auferir a adequação desse serviço?

Segundo Meirelles, essa resposta está na raiz do termo Eficiência que segundo ele foi retirado do “dever de boa administração” da doutrina italiana. O dever de eficiência seria:

mais moderno princípio introduzido na administração pública que não mais se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades das comunidade e de seus membros (MEIRELLES, 1995, p.90).

Os critérios para aferição da eficiência seriam a presteza, precisão, perfeição e rendimento funcional do serviço prestado. Tratam-se de critérios objetiváveis e aferíveis concretamente. Eles vão contra qualquer tipo de ideia de negligência, morosidade, etc. que por uma visão macrojurídica se traduz num verdadeiro princípio concretizador do Estado do Bem-Estar Social. O princípio da eficiência é um requisito de direito material, formalmente proposto no corpo do ordenamento.

A função administrativa é voltada inteiramente para realização de um fim social, exercida para um terceiro, prestada em acordo com a ideologia inerente ao modelo de Estado. Dessa forma podemos dizer que todo Estado do Bem-Estar Social busca a eficiência de seus serviços vedando as atitudes que lhes são contrária a consecução.<sup>15</sup>

Talvez a característica mais marcante do princípio da Eficiência Administrativa, seja o seu conteúdo plurívoco. Assim como o princípio da dignidade humana, dele podemos emprestar qualquer significado desde que esteja em acordo com sua terminologia. Sendo assim, não podemos considerá-lo meramente pelo viés econômico, ou mesmo finalista, mas ele ingressa na administração pública em todos os atos realizados em prol de uma finalidade pública, como um comportamento capaz de desencadear os objetivos pretendidos. Segundo Meirelles (1995) podemos dividi-lo em duas concepções distintas, a saber: a) característica subjetiva: Uso da

---

<sup>15</sup> “Nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente. A boa gestão da coisa pública é obrigação inerente a qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei. A função administrativa é sempre uma atividade finalista, exercida em nome e em favor de terceiros, razão pela qual exige legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade, publicidade e eficiência dos seus exercentes. O exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados em lei.” (MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da Eficiência in REDAE Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.vol 2. 2002. P. 15)

racionalidade na otimização dos meios utilizados, em sua presteza e economicidade, e nos fins alcançados; b) característica objetiva: A satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública

Nesse ponto, satisfação não pode ser considerada um dado subjetivo, visto que sua aferição é obtida por meios objetivos, empiricamente comprováveis. Entretanto podemos ponderar no sentido de que o grau de satisfação da prestação do serviço deve estar aliado às possibilidades procedimentais e estruturais do aparato prestador do serviço.

A ANP enquanto Agência Reguladora, deve efetuar sua função de forma eficiente ao mesmo tempo que deve exigir que o serviço prestado também o seja. A Eficiência deve estar nos meios e nos fins, visto que o último interessado no serviço tem o direito de receber um serviço prestado com Eficiência, isso incluindo os meios empregados nesse produto final.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo deste trabalho era lançar luz sobre a função regulatória exercida pela ANP a partir do Princípio Jurídico-administrativo da Eficiência. Neste sentido, conclui-se que a atuação da referida agência reguladora somente pode ser considerada eficiente, do ponto de vista jurídico, quando atender a dois critérios fundamentais, a saber: a) o do uso da racionalidade na otimização dos meios utilizados, buscando ao máximo a realização de sua função com presteza e economicidade, alcançando do modo mais racional os objetivos determinados pela norma; e a satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública, conforme auferidos pela população que faz uso do serviço.

Neste sentido, podemos concluir também que, o Princípio da Eficiência não versa unicamente de uma adequação jurídico formal entre fato e norma, mas que busca modificações no campo econômico-social, o que faz de sua aplicação alvo de inúmeras controvérsias. Dentre elas, destacamos o fato de que a Eficiência Jurídica e a de Mercado, não raras vezes, divergem entre si. Embora, em muitos momentos a concretização da eficiência administrativa envolva o ganho de eficiência de mercado e o fato de que tanto o Estado, quanto a sociedade se beneficiam de um

Mercado eficiente, não podemos afirmar que ambos princípios buscam pela mesma realização. Enquanto o Estado busca prioritariamente pela realização do interesse público e o máximo de concretização dos valores constitucionais, em especial, dos direitos fundamentais e econômicos, o mercado é movido pelos interesses privados que objetivam, ao final, uma realização “egoística”, a revelia dos prejuízos sociais que possam ser causados nesse interim.

Tendo sido aberta a exploração do Petróleo aos agentes econômicos privados e, tendo o Estado se afastado de atuar de modo monopolístico neste setor, adotando a postura Reguladora, a ANP ganha função estratégica dentro desse importante nicho econômico. Tão grande é a sua importância que não é exagero afirmar, conforme demonstramos anteriormente, que exerce considerável influência sobre as demais agências reguladoras. Desse modo, atestam-se que os elementos de aferição da Eficiência administrativa na função regulatória da ANP estão vinculados ao seu dever de evitar e prevenir que os agentes econômicos que atuam no mercado e indústria do petróleo se desviem do comando legal proposto pelo conjunto normativo que regulamenta o setor, bem como de causar prejuízos a sociedade que é beneficiária do serviço.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-167, abr. 2005. ISSN 2238-5177
- BORGES, I. F. F.; CASTRO, L.M.C. A ANP e sua função reguladora da indústria do petrolífera. In: **Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás**, 2. Rio de Janeiro: Anais UFRJ, 2003
- CARAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. São Paulo: Almedina, 1999

- DROUIN, Jean-Claude. **Os Grandes Economistas**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- FARIA, José Eduardo. **O direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004
- GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribu- nais, 1981.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006
- KEYNES, John Maynard. Teoria geral do emprego, do juro e da moeda. in: **Coleção Os Economistas**. São Paulo: Cultural, 1988
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MENEZELLO, M. D'A. C. Introdução ao Direito do Petróleo e Gás. In: SUNDFELD, C.A.(org.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- Paulo Modesto. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da Eficiência in REDAE Revista Eletronica de Direito Administrativo Econômico.
- ORLANDO, Arthur. **Propedêutica político-jurídica**. Recife, typ. De J.B. Edelbrock, 1994
- RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito. São Paulo: Almedina, 2007.
- SÁ, Cesar Gomes. O Princípio da Eficiência e as Agencias Reguladoras. In: **Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás**, 2. Rio de Janeiro: Anais UFRJ. 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução as Agencias Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006 (p. 24)

YAZBEK, Otávio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro:Elsevier, 2005 . p.3

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Defesa da Concorrência: Política, Sistema e Legislação Antitruste Brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PARA COM OS FILHOS MENORES NA CONCEPÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Djacyaara Maria Martiniano de Moura  
Luciano Honório de Carvalho

**RESUMO:** A questão da responsabilidade civil dos pais em face dos atos ilícitos praticados pelos filhos é defendida na doutrina de duas formas, a objetiva, cujo posicionamento afirma que os pais dos menores respondem independente de culpa, pois, os pais têm o dever de cuidado, de zelo, de guarda e de vigilância sobre os filhos menores, por isso respondem por todos os atos ilícitos que seus filhos menores praticam, e que ocasionam prejuízo para outrem, sendo esta a teoria contemplada pelo Código Civil Brasileiro, majoritária, também, na jurisprudência, e a teoria subjetiva, defendida por uma minoria de doutrinadores, afirmando que cada caso deverá ser analisado, e os pais só responderão pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, e que gerem dano a terceiros, se for comprovada efetivamente a culpa dos pais, ou seja, os pais devem ter participação ativa no ilícito, e não por omissão, excluindo, dessa forma a culpa *in vigilando*.

**Palavras-chave:** Pais. Filhos menores. Responsabilidade Civil.

**ABSTRACT:** The question of liability of parents in the face of illegal acts committed by children is held in the doctrine of two forms, the lens, whose position states that parents of minors respond without fault, as parents have a duty of care, care, custody and supervision over the minor children, so account for all illegal acts that their minor children, practice, and that cause harm to others, this being the theory covered by the Brazilian Civil Code, a majority also in the jurisprudence, and the subjective theory, advocated by a minority of scholars, arguing that each case must be examined, and parents only answer for illegal acts committed by minors, and managing damage to third parties, if proven to actually blame the parents, or are , parents should be actively involved in the illicit, and not by default, excluding thus the blame to oversee.

**Keywords:** Parents. Minor children. Liability.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É certo que a liberalização dos costumes e o fato social dos filhos cada vez mais se distanciarem dos pais são fatores que contribuem para que estes se sintam temerosos em relação ao futuro dos mesmos.

No que tange a convivência saudável entre pais e filhos, dir-se-á que esta não se esgota com a manutenção dos filhos quanto a aspectos materiais, como escola, aula de inglês, aula de natação, haja vista que suas necessidades ultrapassam os aspectos da alimentação, educação e guarda.

O dever de assistência é traduzido na prestação de alimentos e satisfação de necessidades econômicas, mas também moral, compreendendo a instrução e a

educação, sendo esta no seu sentido mais amplo. Inclui-se aqui, a obrigação de proporcionar ao menor, ao lado da prestação de conhecimentos compatíveis com suas aptidões e situação social e com os recursos dos genitores, o clima necessário ao seu sadio desenvolvimento psíquico, inclusive pelo bom exemplo.

Os pais também têm o dever de vigilância. Este dever é o complemento da obra educativa, e se fará mais ou menos necessária, conforme se desempenhe os pais da primeira ordem de seus deveres, ou seja, do dever de assistência.

Sendo assim, com o fito de detalhar a abrangência do dever que envolve a capacidade dos genitores, discorrer acerca da responsabilidade civil dos pais em face de atos ilícitos oriundos de sua prole é de suma importância, haja vista que hoje os costumes são diferentes. Crianças são criadas por avós ou educadas por escolas passando a viver em tempo integral, pois os pais trabalham normalmente o dia todo, ou quase de oito a doze horas por dia, e a partir dessa situação a possibilidade de pessoas de índole duvidosa aproximarem-se dos filhos é bem maior, devido à ausência dos genitores em grande parte do tempo.

Logo, o estudo da responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos menores se justifica por ser assunto de grande interesse em razão da importância social que representa, cuidando de situações vividas no cotidiano das famílias, isto é, a relação entre pais e filhos e suas conseqüências jurídicas no âmbito do Direito que trata da responsabilidade civil.

Essa é a justificativa do tema escolhido para a elaboração do presente trabalho, aliado ao fato do estimulante estudo que é a leitura e análise de decisões referentes ao assunto, que fazem refletir mais profundamente sobre a responsabilidade civil na prática.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL – NOÇÕES GERAIS**

Segundo MENEZES (2011, p. 46), a noção de responsabilidade civil, no seu sentido amplo, está vinculada à obrigação de reparar o dano, independentemente do seu elemento moral ou subjetivo.

Em outras palavras, a responsabilidade civil traduz-se na obrigação de indenizar. O dever de indenizar se dá pela conduta ilícita do menor, pois se a atitude fosse lícita não geraria nenhum dever de indenizar.

Veja-se o art. 927 do atual CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

E mais adiante em seu 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.

Ou seja, comprovado o ato ilícito do menor, dele decorre, por via de consequência e independentemente de culpa do pai, a responsabilidade deste, segundo GONÇALVES (2014, p.33).

Porém, de acordo com alguns doutrinadores, um menor de quatro anos que não tem capacidade de discernimento, mesmo causando um dano a alguém não será culpado e nenhum ilícito praticou. E se não praticou nenhum ilícito consequentemente o pai não responde pela reparação do dano.

Já no entendimento jurisprudencial, mesmo tendo um filho menor de 04 anos praticado um ilícito, o pai poderá ser responsabilizado civilmente, como se verá adiante.

Logo, caso fique comprovado que o ato do menor privado ou não de discernimento não violou nenhuma obrigação preexistente, não vulnerou nenhuma norma jurídica, o dever de indenizar a vítima é repellido, mesmo tendo o menor ocasionado um prejuízo.

## 2.1 PRESSUPOSTOS

A responsabilidade estabelecida na cláusula geral do artigo 927 do CC tem como fato gerador o ato ilícito, definido nos artigos 186 e 187 do mesmo diploma legal.

O artigo 186 do CC define o ato ilícito *stricto sensu*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Logo, de acordo com o artigo transcrito acima, os elementos essenciais da responsabilidade civil são: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

*MENEZES* (*op.cit.*,p. 60/61) assim comenta em sua obra:

A culpa está aqui inserida (e isso decorre dos termos negligência e imprudência) como um dos elementos do ato ilícito, o que torna imperativo concluir que temos, neste artigo 186, os pressupostos da responsabilidade subjetiva. Quais são? Há um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária”; um elemento subjetivo, que é a culpa *lato sensu*, indicado pelos vocábulos “negligência ou imprudência”; e há, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade, expresso nos verbos “violar direito e causar dano a outrem”.

Verificar-se-á cada um desses pressupostos adiante.

### 2.1.1 Ação ou omissão do agente

Conforme o art. 186 do CC/2002, a ação ou omissão do agente refere-se a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem.

*GONÇALVES* (*op.cit.*,p. 35) explica que a responsabilidade pode derivar de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente. A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, ficando responsáveis pela reparação os pais.

No dizer de *MENEZES* (*op.cit.*,p. 62) a ação e a omissão é assim conceituada:

Consiste, portanto, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada a alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma coisa devida. (...) Mas, a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omissor responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado; dever que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omissor, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

Tem-se como exemplo os próprios pais que respondem civil e penalmente pela omissão alimentar dos filhos, porque aos genitores cabe o dever legal de alimentá-los.

Em síntese, consoante *MENEZES* (*op.cit.*,p. 63), só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, isto é, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado.

### 2.1.2 Culpa ou dolo do agente

É necessário fazer aqui uma diferença entre a culpa e o dolo. A culpa em sentido *lato sensu* abrange o dolo e a culpa em sentido *stricto sensu*. O dolo é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.

A culpa *strictu sensu* pode ser dividida em três graus: levíssima, leve e grave. A culpa levíssima consiste naquela em que somente uma pessoa com habilidades acima dos padrões normais poderia ter evitado. Somente uma pessoa extremamente cautelosa e perita teria evitado a ocorrência do dano. Considera-se culpa leve aquela a que todas as pessoas normais estão sujeitas, ou seja, mesmo que uma pessoa esteja agindo dentro dos padrões normais do homem médio ela estará sujeita a essa culpa. Já a culpa grave é aquela em que há um comportamento do ofensor completamente contrário aos padrões normais, ou seja, é aquela conduta grosseira, em que uma pessoa comum jamais teria praticado.

A diferença básica e singular entre esses dois conceitos, culpa e dolo, mostra-se clara nos sábios ensinamentos de *MENEZES (op.cit.,p.74)*:

Tanto no dolo quanto na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico, o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, transmutando-se em ilícita, na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de valor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em conclusão, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado.

A responsabilidade subjetiva exige o elemento culpa. Não basta a conduta voluntária do agente, ainda que causadora de dano a outrem, para que o ato lhe possa ser imputado.

*GONÇALVES (2014, p. 35)* explana acerca da culpa ou dolo do agente neste sentido:

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida.

MENEZES (op.cit.,p.64) esclarece acerca da culpa do agente:

A conduta culposa do agente é o pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que se conformar com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo.

Os elementos para se configurar a culpa são, no entendimento *MENEZES (2011, p. 69)*: conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

### **2.1.3 Dano experimentado pela vítima**

De acordo com *GONÇALVES (2014, p. 36)*, sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente.

O dano consiste em toda e qualquer lesão a um bem jurídico tutelado. Trata-se do prejuízo causado pela conduta do agente ofensor, atingindo a esfera de interesses das vítimas. A ocorrência de tal evento danoso é pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

O dano, no dizer de *CAMILLO (2011, p.742)*, é um dos elementos essenciais da responsabilidade civil e configura lesão, patrimonial e moral, a um bem jurídico alheio impondo, como conseqüência, o dever de indenizar.

O dano patrimonial, também chamado de material, é aquele que acarreta em uma lesão concreta aos bens que compõem o patrimônio do lesado, ou seja, é uma lesão a um interesse econômico, interesse pecuniário. Divide-se em dano emergente e lucro cessante.

A reparação deve representar o prejuízo suportado pela vítima abrangendo o dano emergente, ou seja, o que o lesado efetivamente perdeu e lucros cessantes, isto é, aquilo que deixou de ganhar, em razão do prejuízo sofrido.

Já o dano extrapatrimonial, também chamado de moral, é uma lesão ao direito da personalidade da pessoa humana. Atinge a liberdade, a igualdade, a solidariedade. Só existe dano moral quando a dignidade é atingida.

A indenização por dano moral é assegurada pelo artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Segundo o artigo 944 do CC, a indenização deve ser aferida em razão da extensão do dano, veja-se:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Em outras palavras, busca-se restabelecer o equilíbrio rompido, quando não for possível a restituição *in natura* ou específica, que é aquela quando há a entrega da própria coisa ou outra da mesma espécie.

Traduzindo o parágrafo único do artigo supracitado, é possível a redução da indenização, de forma equitativa pelo juiz, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano. Assim, em consideração às circunstâncias do caso concreto, para evitar situação de empobrecimento do ofensor que agiu com culpa leve, a indenização poderá ser reduzida.

#### **2.1.4 Relação de causalidade**

O artigo 186 do CC já analisado em linhas anteriores menciona a expressão “causar dano a outrem”, significando que para ensejar a obrigação de indenizar é preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito, ou seja, a relação de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.

GONÇALVES (*op.cit.*, p. 36) entende que, se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

Caso provado o dano e o nexo causal ergue o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das excludentes do nexo causal: culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente e culpa comum, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, estado de necessidade, legítima defesa real, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal e cláusula de não indenizar. Essas excludentes serão vistas mais adiante.

Como comenta *MENEZES (op.cit.,p.77)* é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.

Enfim, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É por meio dele que se pode concluir quem foi o causador do dano, ou seja, se o dano causado teve origem naquela conduta do agente.

## 2.2 ESPÉCIES

A classificação da responsabilidade civil se divide em contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva, direta e indireta.

### 2.2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Na responsabilidade contratual, uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual, por exemplo. Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que é extracontratual.

A responsabilidade extracontratual está fundada no art. 186 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

A responsabilidade extracontratual também pode ser encontrada genericamente no título IX “Da Responsabilidade Civil”, no capítulo I “Da Obrigação de Indenizar” e no capítulo II “Da Indenização”, todos referentes ao CC/2002.

A diferença entre essas duas responsabilidades, segundo *GONÇALVES (op.cit.,p. 26)* é que:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Ainda, segundo *GONÇALVES (op.cit.,p. 28)*, existem mais diferenciações entre as duas espécies de responsabilidade. Essas diferenças dizem respeito ao ônus da prova, às fontes de que promanam, à capacidade do agente e à gradação da culpa.

Em relação ao ônus da prova, se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei, consoante *GONÇALVES (2014, p. 28)*.

Ainda em relação ao ônus da prova, conforme *GONÇALVES (op.cit.,p. 28)*:

Se a responsabilidade for extracontratual, o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente. A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.

Já em relação às fontes de que promanam, a responsabilidade contratual tem sua origem na convenção e a extracontratual tem sua origem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a outrem, como preconiza o já citado art. 186 do CC/2002.

No que diz respeito à capacidade do agente causador do dano, a capacidade é mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual. A capacidade jurídica é bem mais restrita na responsabilidade contratual do que na derivada de atos ilícitos.

E de acordo com a gradação da culpa, comenta *GONÇALVES (op.cit.,p. 29)* que a responsabilidade, seja extracontratual, seja contratual, funda-se na culpa. A obrigação de indenizar, em se tratando de delito, deflui da lei, que vale *erga omnes*.

### **2.2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva**

Conforme *GONÇALVES (op.cit.,p. 30)*, a teoria da culpa, ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo

culpa, não há responsabilidade. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

No mesmo sentido *CARDOZO (2005, p. 25)* se baseia a responsabilidade subjetiva na culpa do agente, estabelecendo o ato ilícito como a fonte da obrigação de indenizar.

Agora quando é reparado um dano sem culpa do agente, diz-se que a responsabilidade é objetiva ou legal, ou seja, não é necessária a comprovação da culpa do agente, bastando apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

A responsabilidade objetiva tem como fundamento o princípio da equidade, segundo *CARDOZO (op.cit.,p. 25)* e comenta mais:

A pessoa que lucra com alguma coisa responde pelos riscos ou desvantagens decorrente (*ibi commoda, ibi incommoda*). É chamada, também de responsabilidade legal, daí se originando a teoria do risco. Ela se desenvolveu no direito moderno, embora já germinando no direito romano. O agente é obrigado a reparar o dano mesmo não tenha culpa.

A responsabilidade objetiva foi admitida nos casos especificados em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para outrem, segundo *CAMILLO (op.cit.,p. 733)*.

No dizer de *GONÇALVES (op.cit.,p. 101)* segundo *ALVINO LIMA*, a teoria subjetiva e objetiva assim se define:

Para os subjetivistas, o fundamento está na culpa direta dos pais, consistente na omissão do dever de vigilância. Para a teoria objetiva, a responsabilidade, no caso, funda-se na idéia do risco e da reparação de um prejuízo sofrido pelo lesado injustamente, estabelecendo o equilíbrio dos patrimônios, atendendo-se à segurança da vítima.

*CAMILLO (op.cit.,p. 733)* comenta acerca do fundamento da teoria subjetiva e faz uma comparação com a teoria objetiva:

Como fundamento da responsabilidade civil, a teoria subjetiva, tradicional, que exige a prova da culpa do agente para que surja o dever de indenizar, serviu de inspiração para a elaboração de todas as legislações modernas. Mas a teoria objetiva (teoria do risco), que independe da prova da culpa, exigindo para sua configuração o dano e a relação de causalidade entre o dano e a ação, desenvolvida em face da insuficiência da teoria clássica para resolver todos os problemas de reparação e apoiando-se na idéia de que todo aquele que exerce uma atividade cria um risco para alguém e está obrigado a repará-lo, vem assumindo mais espaço no campo da responsabilidade civil.

Porém o CC/2002 não abandonou a teoria subjetiva que tem como fato gerador o ato ilícito, ou seja, aquele praticado em desconformidade com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, causando dano a terceiro e gerando ao seu autor o dever de reparação.

### **2.2.2.1 Responsabilidade objetiva e culpa presumida**

Conforme os ensinamentos de *MENEZES (op.cit.,p. 11/12)* na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas conceberam a teoria do risco, que pode ser assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem causou o risco, independentemente de ter ou não agido com culpa.

A culpa presumida tem o dever genérico de não prejudicar.

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova, comenta *GONÇALVES (2014, p. 30)*. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida.

Se o réu não provar a existência de alguma das excludentes, que será visto mais adiante, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida, ainda consoante *GONÇALVES (2014, p. 30)*.

De acordo com o raciocínio formado pelo ilustre professor referido acima, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida.

### **2.2.2.2 Teoria abraçada pelo Direito brasileiro**

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco.

Segundo *GONÇALVES (op.cit.,p. 31)* para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Atualmente, como se observou nas linhas anteriores e como assevera *SÍLVIO DE SALVO VENOSA (2013, p. 79)*, nessa relação de responsabilidade envolvendo

pais e filhos, prepondera a teoria do risco, ou seja, a teoria objetiva, que atende melhor aos interesses de justiça e de proteção à dignidade da pessoa.

Porém, no entendimento de *GONÇALVES (op.cit.,p. 32)*, o CC/2002, mesmo regulando um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria subjetiva, tomando como base o art. 186 do mesmo diploma legal, que elevou o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano.

### 2.2.3 Responsabilidade direta e indireta

A responsabilidade direta ou responsabilidade por ato próprio é conceituada da seguinte maneira, conforme *CAMILLO (op.cit.,p. 736)*:

Consoante a teoria subjetiva, aquele que ocasiona o dano deve repará-lo, pois cada um responde pela própria culpa, desde que presentes os requisitos ou elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexó de causalidade e dano suportado pela vítima.

Já a responsabilidade indireta ou por fato de terceiro é explanada da seguinte forma, consoante *CAMILLO (op.cit.,p. 736)*:

Em algumas hipóteses previstas na lei, a pessoa obrigada à reparação não é a causadora do dano, mas sim, aquela responsável pela guarda do autor do dano ou que com ele mantinha algum vínculo.

Desta forma, a responsabilidade direta, deriva de fato causado diretamente pelo agente que gerou o dano e a responsabilidade indireta ocorre quando o responsável pela reparação do dano é pessoa distinta da causadora direta da lesão. É a que decorre de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, além das situações de fato de animal ou fato da coisa.

#### 2.2.3.1 Responsabilidade por fato de terceiro

O terceiro responde quando houver relação de subordinação. Quando as pessoas se dispõem a serem pais, estes o fazem assumindo o risco de que a atividade dos seus filhos podem resultar em danos a terceiros. Os pais adotivos

respondem de forma similar, uma vez que exercem o poder familiar em sua plenitude.

A lei institui casos em que a pessoa responde sem ter causado dano. O art. 932 do CC estabelece situações em que o indivíduo responde pelos atos danosos de outra pessoa.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Existem algumas situações em que o indivíduo responde pelo fato de terceiro. Em outras palavras, é possível a imputação da responsabilidade sem que aquele que foi obrigado a indenizar tenha praticado a conduta causadora do dano. Essas situações são: responsabilidade por fato de outrem; responsabilidade por fato dos animais; e responsabilidade por fato da coisa.

A responsabilidade por fato de outrem exige a existência de um vínculo jurídico prévio entre o responsável e o autor do ato ilícito resultando, daí, um dever de guarda, vigilância ou custódia

Segundo SILVIO RODRIGUES citado por CAMILLO (*op.cit.*,p. 738), a responsabilidade por fato dos animais é assim conceituada:

A responsabilidade do dano ocasionado por animais, adotada pelo CC de 1916, tem como base a não observância do dever de vigilância, inserindo-se dentre as hipóteses de reparação oriunda de culpa *in vigilando*, que permite ao detentor ou dono do animal afastar o dever de indenização mediante a demonstração de que não teve culpa, de que guardava o animal com o cuidado preciso.

Conforme MARIA HELENA DINIZ citado por CAMILLO (*op.cit.*,p. 738/739), a responsabilidade pelo fato da coisa decorre de um dano por ela ocasionado, em razão de um defeito próprio sem a participação direta da conduta humana.

### 2.2.3.2 Responsabilidade por fato da coisa

Em linha gerais, no entendimento de SILVIO RODRIGUES citado por CAMILLO (*op.cit.*,p. 739), a responsabilidade por fato da coisa é assim definida:

Tem como base o risco, pois a responsabilidade surge pelo só fato de que a coisa ocasiona um dano, a vítima não precisa demonstrar a culpa da pessoa responsável pela guarda, bastando o nexos causal entre o dano e a coisa guardada para configurar a responsabilidade do guardião, que não pode ser considerado o mero detentor, mas aquele que tem poder de comando sobre a coisa.

Portanto, só se deve falar em responsabilidade pelo fato da coisa nas hipóteses em que a coisa dá causa ao evento sem que haja conduta direta do seu dono.

### 2.3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se adentrar mais especificamente nas excludentes de responsabilidade ou causas de exclusão do nexos causal, é necessário aqui comentar no caso dos pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce o poder de direção sobre ele. Se o menor é confiado à guarda dos avós, de educador, etc, a estes caberá a responsabilidade durante o período em que exercerem o poder de direção sobre o menor.

E em caso de emancipação também se afasta a responsabilidade, salvo se provada que foi feita com a intenção de burlar a incidência da regra que determina a responsabilidade dos pais, comenta MENEZES (*op.cit.*,p. 205).

Causas de exclusão do nexos causal são, no conceito de MENEZES (*op.cit.*,p. 86), casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao agente.

São casos de excludentes: culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente e culpa comum, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, estado de necessidade, legítima defesa real, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal, cláusula de não indenizar.

### **2.3.1 Culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente e culpa comum**

A culpa exclusiva da vítima ou fato exclusivo da vítima, definição esta recomendada por MENEZES (2014, p. 90) é assim advertida:

(...) o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexos causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.

A culpa concorrente da vítima e do agente, segundo Gerliann Aquino (artigo: Responsabilidade civil dos pais em face dos atos dos filhos menores):

Urge estabelecer que a culpa, em se tratando da esfera cível, ocorre de forma diversa do que preconiza o Direito Penal, eis que em face daquele, faz-se possível o reconhecimento da culpa concorrente entre a vítima e o agente. Para tanto, precisa-se que ambos concorram com parcela de culpa maior, ou menor para a ocorrência do prejuízo.

A responsabilidade é atenuada segundo o grau de culpa de cada um em relação aos fatos que originaram o prejuízo.

De uma forma mais clara, se lesado e lesante concorreram com uma parcela de culpa, produzindo o mesmo prejuízo, porém, por atos independentes, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso. Não desaparece o liame da causalidade, haverá tão somente uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização, é em regra, devida por metade ou diminuída proporcionalmente.

Percebe-se, conforme Gerliann Aquino, que:

A análise da existência de culpa concorrente entre a vítima e o agente é de suma importância, haja vista que em sendo constatada a espécie de culpa em comento, o conflito poderá ser dirimido adotando-se a proporcionalidade da transgressão desencadeada pelos envolvidos, e, dessa forma, evitar-se-á incorrer no erro da injustiça, ou seja, imputar apenas uma das pessoas, quando na realidade, ambas concorreram para o deslinde do sinistro.

Em outras palavras, a culpa concorrente comprova que há casos em que o ofensor, apesar de ter agido com culpa, não é o único responsável pela ocorrência do dano, pois a vítima também concorreu de maneira culposa para que o evento danoso ocorresse.

Por fim, a culpa comum ocorre quando mais de uma pessoa agiu com culpa ocasionando dano a vítima. Na culpa comum os ofensores respondem de forma solidária, podendo a vítima acionar apenas um deles buscando a total reparação. É claro que, posteriormente, o ofensor que pagou por todo o prejuízo poderá mover ação de regresso contra os demais causadores do dano.

### **2.3.2 Fato de terceiro**

O artigo 933 do CC mostra que ainda que a pessoa não tenha culpa, responderá por atos praticados por terceiros:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

O fato exclusivo de terceiro exclui a responsabilidade, pois é causa estranha ao suposto responsável. Sendo assim, elimina totalmente a relação de causalidade. O aparente causador do dano não incorre em responsabilidade, porque a conduta do terceiro é que foi a causa adequada do evento.

O fato de terceiro, apesar de ser uma excludente de ilicitude, não vai eximir uma pessoa do dever de indenizar, porque quem vai produzir um dano é a própria pessoa, mesmo que provocado por um terceiro. Neste caso, pode ser exigido o direito de regresso em face de quem agiu de forma a prejudicar outrem.

Em matéria de responsabilidade civil prevalece a idéia da obrigatoriedade de reparação do dano pelo seu causador direto, implicando dizer que o fato de terceiro não exonera o autor direito do dano do dever de indenizar.

### **2.3.3 Caso fortuito ou força maior**

Antes de tudo, é mister fazer a diferença entre o caso fortuito e a força maior. O caso fortuito é tratado em caso de evento imprevisível e conseqüentemente inevitável. Se, porém o evento é inevitável ainda que previsível, está-se diante da força maior, como são os fenômenos da natureza, pois o agente nada pode fazer para evitar, ainda que previsível. O caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal por constituírem causa estranha à conduta do aparente agente.

De uma maneira didática e clara, MENEZES (2014, p. 87), exemplifica: a imprevisibilidade, portanto, é elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior.

#### **2.3.4 Estado de necessidade**

No estado de necessidade, a conduta do agente, embora lícita, é a causa direta e imediata do evento.

O estado de necessidade tem essencialmente o caráter de ação como ataque ou de defesa contra um perigo não proveniente de agressão de outrem. Tanto no estado de necessidade, como na legítima defesa, a qual será vista adiante, o ato deverá ser absolutamente necessário e não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo.

#### **2.3.5 Legítima defesa real**

O artigo 25 do Código Penal assim define como sendo legítima defesa: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. No entender de *MENEZES (op.cit.,p. 164)*, a legítima defesa é assim justificada:

O que justifica a legítima defesa é o fato de não poder o Estado, apesar de todo o arsenal dos seus meios de prevenção, evitar a prática de atos ilícitos, razão pela qual permite aos particulares se defenderem pelos seus próprios meios, respeitados os requisitos legais.

A legítima defesa exprime uma reação ou repulsa contra injusta agressão de outrem. É indispensável que o ato seja absolutamente necessário e não exceda os limites do indispensável para a remoção do perigo.

#### **2.3.6 Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal**

No dizer de Lauro Escobar se alguém no uso normal de um direito lesar outrem não terá qualquer responsabilidade pelo dano, por não ser um procedimento ilícito. Só haverá ato ilícito se houver abuso de direito ou exercício irregular ou

anormal. Ou seja, o exercício regular de um direito quando praticado por alguém de acordo com o ordenamento jurídico não acarreta nenhum ilícito, logo não causa dano a ninguém e conseqüentemente não está obrigado a indenizar.

### **2.3.7 Cláusula de não indenizar**

A cláusula de não indenizar é excludente no âmbito da responsabilidade contratual e consiste na estipulação, inserida no contrato, por meio da qual uma das partes declara, com a anuência da outra parte, que não será responsável pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento absoluto ou relativo, da obrigação ali contraída. Os riscos são transferidos para a vítima por via contratual.

A cláusula de não indenizar não será válida se o agente agiu com culpa ou dolo. Essa cláusula não exclui totalmente o dever de indenizar.

Para alguns, tal cláusula não é amparada, vedando-se nos contratos de adesão, principalmente para proteger a parte mais fraca. Outros a defendem com base na autonomia da vontade, contanto que o objeto do contrato seja lícito.

Portanto, será tolerada a cláusula de não indenizar se for destinada à mera tutela do interesse individual. E quando há dolo ou culpa grave, a cláusula também será tolerada.

## **3. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: PAIS E SEUS FILHOS MENORES**

Os pais são responsáveis pela reparação civil dos danos causados pelos filhos menores, enfatizando que eles só serão responsáveis pelos seus filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, como será visto adiante.

### **3.1 REGRAMENTO LEGAL**

É de se perceber as mudanças ocasionadas no Código Civil de 2002 acerca da responsabilidade civil dos pais, independentemente de serem biológicos ou adotivos. Ressaltando que essa responsabilidade dos pais só ocorre em conseqüência de ato ilícito de filho menor.

Uma inovação trazida pelo CC/ 2002 e que não havia correspondência no CC/ 1916 é o artigo 928 que aponta:

O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único: A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Ou seja, o incapaz, o menor, tem plena responsabilidade jurídica, desde que os seus responsáveis não tivessem a obrigação de indenizar ou não dispusessem de meios suficientes para tanto.

Segundo os ensinamentos de Pablo Stolze, essa regra do parágrafo único do artigo 928 tenta conciliar o interesse da vítima com a situação de hipossuficiência do incapaz, que não poderá ficar à míngua em virtude de sua responsabilização civil. A única hipótese, segundo Carlos Roberto Gonçalves, em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seu pai é se tiver sido emancipado aos 16 anos de idade. Fora isso, a responsabilidade será exclusivamente do pai, ou exclusivamente do filho, se aquele não dispuser de meios suficientes para efetuar o pagamento e este puder fazê-lo, sem privar-se do necessário. Entretanto, segundo o CC/ 2002, a responsabilidade do incapaz é subsidiária e mitigada.

Porém o STF já se manifestou no sentido de que a emancipação do menor não elimina a responsabilidade dos pais (RTJ 62/108).

Responsabilidade civil – Colisão de veículos – Motorista menor emancipado – Irrelevância – Pai corresponsável – Ação procedente. O fato de o motorista culpado ser menor emancipado não afasta a responsabilidade do pai, a quem pertence o veículo causador do dano (RT 494/92).

Ainda comentando acerca do art. 928 ventilado acima, CAMILLO (*op.cit.*, p. 734) expõe:

Estabeleceu, ainda o legislador que a indenização não poderá privar do necessário o incapaz nem as pessoas que dele dependam e deve ser fixada com equidade, com moderação, sem causar empobrecimento ou indevido enriquecimento. No caso concreto, as circunstâncias do fato deverão ser consideradas pelo juiz, bem como o patrimônio do incapaz, suas necessidades para subsistência e condições econômicas da vítima para pautar a fixação da indenização.

O artigo 1521 do antigo Código Civil rezava: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob *seu poder* e em

sua companhia”. Já o correspondente a este artigo no CC de 2002 é o artigo 932, que diz: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob *sua autoridade* e em sua companhia”.

Diante dessa assertiva aqueles pais que não moravam, ou não conviviam sob o mesmo teto ou não mantinham nenhum contato direto com seus filhos não possuíam nenhuma responsabilidade sobre eles. Ou seja, somente aquele pai ou aquela mãe que tivesse o menor em sua companhia poderia ser responsabilizado pelo dano causado. Já hoje, com a alteração do CC/ 2002, no dizer de Pablo Stolze, somente aquele dos pais que exerce, de fato, a autoridade sobre o menor, fruto da convivência com ele, poderá ser responsabilizado pelo dano causado. E vale salientar que essa autoridade nem sempre implica proximidade física. E a expressão “companhia” deve ser entendida no sentido de influência sobre a criança.

*CAMILLO (op.cit.,p. 736/737)* explica acerca desse art. 932 do CC/2002:

A responsabilidade dos pais pelos filhos menores que estiverem sob sua guarda e companhia visa preservar o direito à reparação da vítima, que terá mais condições de obter a indenização voltando-se contra o pai, normalmente com patrimônio maior para suportar o encargo. Para tanto, o filho deve ser menor de 18 anos, vivendo em companhia e responsabilidade de seus pais, os quais respondem objetivamente, independentemente de culpa, pelos danos causados a terceiros pelo filho.

A responsabilidade paterna independe de culpa, como reza o artigo 933 do CC/ 2002: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Comentando em relação a esse artigo supracitado, *CAMILLO (op.cit.,p. 737)* explana:

..., a responsabilidade objetiva foi adotada pelo legislador para fundamentar a responsabilidade por fatos de terceiros, afastando a incoerência do art. 1523 do CC de 1916, que em face do trabalho da doutrina e jurisprudência, foi amenizada para reconhecer a presunção de culpa dos responsáveis indiretos pelo dano.

Outra inovação do CC/ 2002 é o artigo 934: “*Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz*”

O correspondente a esse artigo no CC/ 1916 é o artigo 1524: “O que ressarcir o dano causado por outrem, se *este não* for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago”.

Em outras palavras, no entendimento de *STOLZE (op.cit..p. 210)*, esse artigo 934 do CC/ 2002 mostra que cumprida a obrigação, caberá ao pagador direito de regresso contra a pessoa por quem se responsabilizou, ressalvada a hipótese de ser seu descendente, absoluta ou relativamente incapaz.

Outra mudança do CC/2002, e que reflete o artigo 932 citado acima, é o artigo 942 caput e seu parágrafo único:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. São solidariamente responsáveis com os autores os *co-autores* e as pessoas designadas no art. 932.

A redação antiga explanava em seu artigo 1518:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação. São solidariamente responsáveis com os autores os *cúmplices* e as pessoas designadas no art. 1521.

Logo, de acordo com a nova redação, verifica-se que além da responsabilidade solidária excepcional entre pai e filho, pode haver cumulação de responsabilidade paterna com a responsabilidade de terceiros.

### 3.2 CASOS JURISPRUDENCIAIS

Vários são os casos existentes na jurisprudência dos Tribunais do país que colaboram com a matéria discutida neste trabalho, a exemplo de um caso interessante que ocorreu no Estado de Santa Catarina em que um casal ajuizou ação de indenização em face de um terceiro e do pai de um menor, objetivando ressarcimento moral e material pelo acidente automobilístico que vitimou sua filha, cujo acidente foi causado quando o menor emprestou o veículo pertencente a seu pai a um terceiro.

Na inicial, os autores afirmaram que o pai era o proprietário do veículo envolvido no acidente, sendo que este se encontrava na posse do seu filho menor.

Afirmaram ainda que no momento do sinistro seu filho havia emprestado o carro para um terceiro, de maior, que dirigindo de forma imprudente acabou perdendo o controle do automotor, vindo a atropelar e a matar a filha dos autores.

Os autores fundamentaram sua ação nos artigos 1521 e 1537 do antigo Código Civil, correspondentes aos artigos 932 e 948, respectivamente, do atual CC, requerendo a condenação dos réus no ressarcimento das seguintes verbas: despesas com funeral, alimentos, dano moral, lucros cessantes, luto de família.

O pai do menor contestou os argumentos da exordial, sustentando que, a despeito de ser proprietário do veículo nada contribuiu para o evento, já que seu filho pegou o carro sem autorização.

Por sua vez, o terceiro afirmou que estava sob o mandato verbal do menor, filho do outro réu, não podendo ser responsabilizado pelo infortúnio.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve a decisão que julgou procedente o pedido dos autores alegando que o preceito insculpido no art. 932, I, do CC adverte que são também responsáveis pela reparação civil os pais, pelos atos praticados por seus filhos menores, que ainda se encontrem sob sua autoridade e em sua companhia.

Afirmou ainda o Tribunal que a matéria é tratada de forma exaustiva pela doutrina pátria, colacionando vários doutrinadores, cujo entendimento é de que a culpa dos pais consiste em não ter impedido o filho, pela vigilância e educação que lhes assegura, de cometer culpas. O genitor tem o dever de fiscalizar os atos de seus filhos menores, educá-los convenientemente e resguardá-los da prática de atos lesivos dos direitos de outrem.

O Tribunal refutou a alegação de furto do veículo pelo filho e de que não seria capaz de elidir a responsabilidade pela falta da devida vigilância sobre a chave do veículo, ainda mais quando restou evidente nos autos que condutas pretéritas do menor inspiravam maior zelo por parte do pai.

Aduziu ainda que não era possível isentar o pai do dever de indenizar tão-somente pelo fato de que o carro no momento do atropelamento não estava sendo dirigido por seu filho, que o emprestou ao terceiro.

Nesta etapa dos acontecimentos e em virtude da negligência paterna já descrita, a atitude do menor deve ser encarada como uma longa manus do pai, como se o empréstimo tivesse sido efetuado pelo próprio pai, respondendo este pelo

sinistro em decorrência da propriedade do veículo, ou seja, pelo fato da coisa, sendo evidente na jurisprudência pátria que o proprietário do veículo responde sempre pelos atos culposos de terceiro a quem o entregou, seja ou não seu preposto.

A ementa do julgamento em discussão restou assim consignada:

**Relator(a): Orli Rodrigues**

**Julgamento: 28/08/2001**

**Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil**

**Publicação: Apelação cível n. 98.009587-5, de Brusque.**

**Ementa:**

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - ATROPELAMENTO QUE VITIMOU ADOLESCENTE DE 12 ANOS - VEÍCULO QUE SE ENCONTRAVA NA POSSE DE FILHO MENOR, TENDO SIDO EMPRESTADO PARA TERCEIRO NO MOMENTO DO ACIDENTE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONDUTOR DO CARRO E DO PAI DO MENOR, EM VIRTUDE DO DEVER DE VIGILÂNCIA E DA CONDIÇÃO DE PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL - TENTATIVA DE ELIDIR A RESPONSABILIDADE PATERNA COM A ALEGAÇÃO DE FURTO DAS CHAVES - IMPOSSIBILIDADE - MENOR QUE POSSUÍA COMPORTAMENTO DESVIRTUADO, REDOBRANDO ASSIM, O DEVER DE EDUCAÇÃO E VIGILÂNCIA DO PAI . "A doutrina brasileira, faz tempo, já pacificou o entendimento de que a regra do art. 156 do Código Civil não afasta a responsabilidade solidária dos pais pelos atos ilícitos praticados por seus filhos, entre dezesseis e vinte e um anos. Por mais que os tempos modernos tenham modificado os critérios de educação dos filhos, não é possível afastar a responsabilidade dos pais, como emblema da estabilidade social, ainda hoje dependente da família como forma matriz da vida em sociedade." (Apelação Cível nº 5.334/95 do TJRJ, j. em 5/12/95). APELO QUE TAMBÉM PRETENDE A DIMINUIÇÃO DOS DANOS MORAIS PARA 10 SALÁRIOS MÍNIMOS E A LIMITAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE ATÉ QUANDO A VÍTIMA COMPLETASSE 25 ANOS - DANOS MORAIS FIXADOS ADEQUADAMENTE NO PATAMAR DE 100 SALÁRIOS MÍNIMOS - PENSÃO POR MORTE DEVIDA - VÍTIMA ORIUNDA DE FAMÍLIA HUMILDE, E QUE APESAR DE NÃO DESENVOLVER ATIVIDADE REMUNERADA, AUXILIAVA SUA MÃE NA LIDA DOMÉSTICA, POSSIBILITANDO QUE ESTA TRABALHASSE - IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO DE LIMITAÇÃO DA PENSÃO ATÉ OS 25 ANOS - PRESUNÇÃO DE CASAMENTO QUE NÃO EXONERARIA A VÍTIMA DE PRESTAR ASSISTÊNCIA AOS PAIS.

1. "(...) a indenização por danos materiais em caso de morte de menor que ainda não contribuía para o sustento da casa, em forma de pensão, decorre da perspectiva quase absoluta de seu auxílio futuro, máxime, como na espécie, em se tratando de família de baixa renda." (ACV n. 39.643, de Tubarão. Rel. Des. Eder Graf) 2. A presunção de casamento da vítima aos 25 anos não tem o condão cessar a pensão, pois o instituto do casamento não é incompatível com a solidariedade humana, ao contrário, sendo cediço que em parcelas mais carentes da população, a manutenção de um auxílio econômico aos pais quase sempre se faz necessário, não sendo raro a constituição de moradas plurifamiliares. RECLAMO DOS AUTORES OBJETIVANDO O AUMENTO DA PENSÃO POR MORTE E A OBTENÇÃO DAS VERBAS DE LUCROS CESSANTES E LUTO DE FAMÍLIA - MALOGRO DAS PRETENSÕES - PENSÃO ARBITRADA CONSCIENTEMENTE, EFETUANDO-SE OS DESCONTOS COM GASTOS QUE A VÍTIMA TERIA CONSIGO, E AOS 25 ANOS COM A FORMAÇÃO

DE UMA NOVA FAMÍLIA - INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUANTO AOS LUCROS CESSANTES - LUTO DE FAMÍLIA - VERBA JÁ CONCEDIDA PELO MAGISTRADO A TÍTULO DE DESPESAS DE FUNERAL - REFORMA DA SENTENÇA TÃO-SOMENTE QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL - PERCENTAGEM QUE DEVE INCIDIR SOBRE O VALOR TOTAL DA CONDENAÇÃO. "As indenizações a título de luto e construção de jazigo perpétuo têm natureza patrimonial... Destarte, não se confundem e têm origens diversas da estabelecida por dano moral, que, no caso, é oriundo da dor e do trauma dos parentes das vítimas." (STJ - REsp. 125.127 - DF - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 05.04.1999 - p. 131).

Um caso ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul em que determinado pai luta pela sua ilegitimidade em responder civilmente pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor. O pai do menor havia se separado da sua mãe e o menor estava sob a guarda da sua genitora. Porém mesmo separados, os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos não seriam modificados.

O fato se resume no sentido de que a genitora comprou de modo irregular um revólver, sendo utilizado pelo filho menor, cometendo dessa forma o crime de homicídio. A arma era guardada sem qualquer cautela, conseqüentemente gerava um risco da ocorrência de uma tragédia. A genitora morava e tinha o poder de guarda sobre o filho menor. Agindo assim, a mãe incorreu em culpa *in vigilando*, pois não teve os cuidados devidos, levando uma arma de fogo para sua residência e não guardando de maneira adequada.

Segue adiante a ementa de determinado caso:

**Processo 777327/RS**

**Recurso Especial 2005/0140670-7**

**Relator(a):** Ministro MASSAMI UYEDA

**Julgamento:** 17/11/2009

**Órgão Julgador:** T3 - TERCEIRA TURMA

**Publicação:** DJe 01/12/2009

**Ementa:** RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I - Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano. II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa *in vigilando*, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do

Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626). IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. V - Recurso especial desprovido.

Outro caso encontrado na jurisprudência e que segue o mesmo raciocínio:

**Relator(a):** Desembargador Fábio Podesta

**Órgão Julgador:** 5ª Câmara de Direito Privado

**Publicação:** DOE 16/12/2013

**Ementa:**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATO INFRACIONAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS -

Menor surpreendido por policiais dentro do imóvel .da autora no momento em que praticava a subtração. ^ Alegação de ilegitimidade passiva - Preliminar que se confunde com o mérito - Responsabilidade dos pais solidária e objetiva, nos termos dos art. 932,1, c.c. art. 942| § único, e art. 933 do CC.(TJ-SP - APL: 00341204120098260071 SP 0034120-41.2009.8.26.0071, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 19/06/2013, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/12/2013).

No Estado do Maranhão ocorreu determinado caso em que após a separação dos pais, o filho menor continuava morando no mesmo condomínio do pai, este detentor da guarda. O menor subtraiu as chaves do automóvel de propriedade da avó, na época em que residia com a avó paterna, sem a autorização dos responsáveis, e, ao participar de um "pega", provocou um acidente que resultou no atropelamento e morte de um terceiro. A sentença, confirmada pelo Tribunal de origem, condenou ambos os pais e a avó, solidariamente, ao pagamento da indenização.

No tocante à alegada ilegitimidade passiva da mãe, que morava em outro Estado, e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente sua responsabilização. Por outro lado, a mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. Em relação

a avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária.

Verifica-se abaixo a jurisprudência colacionada:

Processo REsp 1074937 / MA  
RECURSO ESPECIAL2008/0159400-7  
Relator (a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)  
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA  
Data do Julgamento 01/10/2009  
Data da Publicação/Fonte DJe 19/10/2009  
Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA AVÓ EM FACE DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR MENOR. SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS. DEVER DE VIGILÂNCIA DA AVÓ. REEXAME DE FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes. 2. Ação de reparação civil movida em face dos pais e da avó de menor que dirigiu veículo automotor, participando de "racha", ocasionando a morte de terceiro. A preliminar de ilegitimidade passiva dos réus, sob a alegação de que o condutor do veículo atingiu a maioria quando da propositura da ação, encontra-se preclusa, pois os réus não interpuseram recurso em face da decisão que a afastou. 3. Quanto à alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente a responsabilização das mesmas, motivo pelo qual, por si só, não há falar em violação aos arts. 932, I, e 933 do CC. 4. A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. Ademais, não pode ser acolhida a tese dos recorrentes quanto à exclusão da responsabilidade da mãe, ao argumento de que houve separação e, portanto, exercício unilateral do poder familiar pelo pai, pois tal implica o revolvimento do conjunto fático probatório, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ. 5. Em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária. A insurgência quanto à exclusão da responsabilidade da avó, a quem, segundo os recorrentes, não poderia se imputar um dever de vigilância sobre o adolescente, também exigiria reapreciação do material fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 7/STJ. 6. Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, reduzo a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), acrescido de correção monetária a partir desta data (Súmula 362/STJ), e juros moratórios a partir da citação, conforme determinado na sentença (fl. 175), e confirmado pelo Tribunal de origem (fls. 245/246). 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

Outra jurisprudência comprova que mesmo o carro de propriedade do pai, mas sendo conduzido pelo menor, aquele responde pelos atos ilícitos praticados por este. Comprova-se na ementa abaixo:

Relator(a): Emanuel Oliveira  
Comarca: Lençóis Paulista  
Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado  
Data do julgamento: 14/05/2008  
Data de registro: 16/05/2008  
Ementa: ACIDENTE DE TRANSITO - ATROPELAMENTO - INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE DOS PAIS DO MENOR QUE CONDUZIA O VEÍCULO RECONHECIMENTO. Os pais são responsáveis pela reparação civil decorrente dos atos praticados por seus filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. DANO MORAL - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. A indenização por dano moral estabelecida no artigo 5o, X, da CF deve ser fixada segundo uma prudente estimativa, sopesando a dor da vítima, o caráter afetivo e o grau da culpa. SALÁRIO MÍNIMO. Sem importar em violação à Constituição Federal, o salário mínimo pode ser utilizado como parâmetro de fixação da indenização por danos morais. PRELIMINARES REJEITADAS - RECURSO IMPROVIDO

Essa jurisprudência não é predominante como as anteriores, pois comenta que o pai é parte ilegítima para responder ao ato ilícito praticado por seu filho menor, pois não possuía a guarda do mesmo e nem tinha sua companhia na data do evento. O pai mostra que mesmo tendo comparecido no local dos fatos é irrelevante para lhe atribuir responsabilidade pelo evento, e que assim procedeu na tentativa de evitar um mau maior. O genitor confirma que a responsabilidade deve ser atribuída à genitora por ser a titular da guarda e por residir com o filho.

A prova trazida aos autos comprovou que a genitora era a detentora da guarda do filho desde o nascimento e que este não estava na companhia do pai quando golpeou o carro de um terceiro com uma barra de ferro sob o efeito de drogas.

O pai biológico contribuía com pensão alimentícia. O pai somente compareceu ao local dos fatos, ou seja, na residência do filho e da genitora, após ser informado pelos policiais que atenderam a ocorrência para tentar acalmar o filho, que se comportava de forma agressiva, causando danos a bens de terceiros desferindo-lhes golpes de posse de uma barra de ferro.

Em nenhum momento restou configurado que o menor estava sob o poder do pai ou em sua companhia. A guarda era exercida pela mãe e, na companhia desta é que os fatos se deram.

O menor não estava sob a guarda ou a companhia do pai. Desta forma, o pai, segundo o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deve ser reconhecido como parte ilegítima para responder à pretensão reclamada, cabendo ao autor o prosseguimento da ação em face da genitora, responsável por ele naquela ocasião.

A jurisprudência abaixo comprova esse posicionamento:

Apelação Cível nº: 164.861.4/0-00  
1ª Instância: Processo nº: 1049/1998  
Relator(a): Salles Rossi  
Comarca: Barretos  
Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado  
Data do julgamento: 21/10/2009  
Data de registro: 27/10/2009  
EMENTA - REPARAÇÃO DE DANOS - Responsabilidade do pai pelo ato de filho menor púbere - Ilegitimidade passiva *ad causam* do pai configurada - Menor que não estava sob sua guarda ou companhia quando desferiu golpes de barra de ferro em veículo do autor - Depoimentos e prova documental que atestam que a genitora do menor é que detinha sua guarda e que os fatos se deram em sua companhia - Inteligência do art. 1.521, I, do Código Civil de 1.916 - Interpretação extensiva do dispositivo que não tem lugar face à prova trazida aos autos - Ilegitimidade do pai reconhecida, cabendo o prosseguimento da ação em face do menor púbere à época, com fundamento no art. 156 do Código Civil de 1.916 ou direcionamento da pretensão em face da genitora - Sentença reformada - Recurso provido

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, conclui-se o presente trabalho, constatando que, quem exerce o poder familiar responderá objetivamente pelos danos ocasionados por seu filho menor que estiver sob a sua autoridade e em sua companhia.

Como princípio inerente ao poder familiar, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores.

Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I, do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, parágrafo único, e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Com efeito, o art. 932, inc. I, do Código Civil prevê a responsabilidade civil dos pais pelos danos causados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, o que, segundo a doutrina, deve ser entendido como ter o filho.

Contudo, é objetiva a responsabilidade dos pais, não a do filho. Assim, para que surja o dever de indenizar, deve ser demonstrado o dano e que este foi causado por fato culposos do filho.

Em suma, até os 18 anos os pais respondem objetivamente pelos atos dos filhos. A vítima não necessita provar que o fato ocorreu por culpa *in vigilando* dos pais; deve apenas provar o dano, e que o mesmo foi causado por fato culposos do filho. Essa prova é indispensável, porque objetiva é apenas a responsabilidade dos pais, e não a do filho. Sem culpa do filho não haverá que se falar em indenização. Provada a culpa do filho, aparece a responsabilidade dos pais, que só poderão exonerar-se do dever de indenizar demonstrando *in concreto* que não mais tinham o poder de direção sobre o menor e o correspondente dever de vigilância.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Gerliann. **Ato ilícito dos filhos menores: responsabilidade dos pais?** Disponível em: <<http://www.artigonal.com.br>> Acesso em 13 de março de 2016.

BRASIL. Novo Código Civil Brasileiro / lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante / obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; et al. Comentários ao Código Civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao Novo Código Civil: Da Responsabilidade Civil. Das Preferências e Privilégios Creditórios. 3ª ed. vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEVERINO, Andréa Lúcia Alves. **Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com.br>> Acesso em 13 de março de 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

## CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Jessyca Fernanda Nogueira Bulhões dos Santos<sup>1</sup>  
Eduardo de Araújo Cavalcanti<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo discutir a aplicabilidade ou não do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, bem como seus argumentos. E a partir dos estudos e pesquisas realizadas, tentou-se mostrar que é possível a sua aplicabilidade, na fase do inquérito policial.

Palavras – chave: Aplicabilidade - Contraditório e Ampla Defesa – Inquérito Policial.

**ABSTRACT:** The present work has as objective to discuss the applicability or not of the contradictory and ample defense in the police investigation, as well as its arguments. And from the studies and research carried out, it was tried to show that it is possible to apply it in the police investigation phase.

Key words: Applicability - Contradictory and Broad Defense - Police Inquiry.

### 1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade alcançar um direcionamento frente a grande polêmica gerada acerca do tema, quanto à incidência ou não dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

Estudaremos à cerca do conceito do inquérito policial, abordando um breve histórico, conceito, natureza jurídica, e ainda finalidade e a natureza jurídica do inquérito, que possui como suas principais características seu caráter: escrito, sigiloso e inquisitivo, e ainda sobre seu valor probatório, autoridades que atuam, e seus princípios, para que nos leve a um melhor entendimento.

É importante para a compreensão deste trabalho, pois poderemos observar que o inquérito policial, apesar de possuir características inquisitivas, vem com o passar do tempo se moldando a nova perspectiva constitucional (garantivista), ficando desse modo o mesmo sujeito a intervenção de vários princípios e direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, que garante aos litigantes em processo administrativo o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Também abordaremos as alterações do Código de Processo Penal, como advento da Lei 11.690/08, a qual acrescentou algumas novas funções ao

---

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

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

magistrado, permitindo que o mesmo de ofício, ordene a produção antecipada de provas antes de iniciada a ação penal, interferindo diretamente na fase do inquérito policial. Também comentaremos a Lei 8.906/98 – Estatuto da OAB, que fala sobre a possível atuação do advogado durante o inquérito policial.

Apresentaremos posicionamentos favoráveis e contrários, com seus respectivos argumentos e fundamentações da possibilidade da aplicabilidade ou não dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

## **2. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR**

Segundo Aury Lopes (2006), o processo penal tem como fundamento de sua existência a instrumentalidade garantista. Ela não pode afastar-se dos fundamentos do instrumento maior ao qual presta serviço. Afinal, o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, pois a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista, qual seja, evitar as acusações e os processos infundados.

O termo que parece mais adequado é o de instrução preliminar. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a opinião *delicti* do acusador e justificar o processo ou o não-processo. Ademais, faz referência ao conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido jurídico de cognição. Também reflete a existência de um conjunto de atos logicamente organizados: um procedimento

## **3. INQUÉRITO POLICIAL**

### **3.1. CONCEITO E FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL**

O conceito de inquérito policial é de fácil compreensão, não havendo divergências doutrinárias para sua explicação, mas para uma definição mais completa analisaremos algumas definições dos estudiosos do direito

. O inquérito policial surgiu com o Decreto Regulamentar nº 4.824/71, referente a Lei nº 2.033 de 1871 que em seu artigo 42 o definia da seguinte forma:

“O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices e deve ser reduzido a instrumento escrito. A autuação de todas essas exigências forma o inquérito”.

Com o passar do tempo essas definições ainda foram mantidas e o inquérito policial foi devidamente regulamentado no Código de Processo Penal, através da Lei 9.043/95, onde ficou determinado que tal procedimento seja de responsabilidade da polícia judiciária de cada Estado.

Na doutrina encontramos diversas definições, segundo conceitua o autor Capez (2012):

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Neste mesmo raciocínio o autor Pedro Lenza (2013): É um procedimento investigatório instaurado em razão da prática de uma infração penal, composto por uma série de diligências, que tem como objetivo obter elementos de prova para que o titular da ação possa propô-la.

Damásio (2014) entende que o inquérito policial é a atividade preliminar do estado voltada para a finalidade de garantir o exercício do direito estatal de punir, colhendo informações sobre o fato, ou fatos, sobretudo, no intento de determinar a autoria. Assim o inquérito é peça informativa, sendo também elemento de instrução provisória e preparatória.

Assim, chegamos a finalidade do inquérito policial que é a de servir para servir de base a ação penal, ou seja, para que através dele o Ministério Público possa propor a denúncia, e assim, dar início ao processo criminal, ou em caso de ação penal privada, servir ao ofendido.

### 3.2. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito como visto é procedimento informativo que visa subsidiar o oferecimento ou não da Ação penal por parte do Ministério Público. Assim, as informações colhidas neste procedimento devem ser documentadas e constar de um

caderno, que conterà as peças reduzidas a escritos e datilografadas. Atualmente são impressas e rubricadas pela autoridade policial.

O inquérito é procedimento informativo que guarda características de ato administrativo de natureza inquisitória e cautelar, que fornecerá ao Ministério Público, defensor da sociedade, os elementos necessários ao oferecimento da denúncia para que seja instaurada a ação penal, o que comprova a característica de procedimento preparatório ostentada pelo inquérito.

É inquisitório por não haver observância aos princípios-garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como por não ser obrigatória a presença do advogado quando da oitiva do indiciado.

Em relação às garantias, vale ressaltar que a unilateralidade do inquérito policial não autoriza a polícia a desrespeitar as garantias jurídicas do indiciado. Assim, os advogados têm o direito de acesso aos autos de investigação, ainda que sigilosa, para que possam ter conhecimento das acusações e defender seu cliente. O inquérito policial deve assegurar o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do investigado, nos termos do art. 5º, X, da CF/88. É que milita em favor de qualquer cidadão a presunção de inocência enquanto não se obtiver a certeza da condenação através do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Outra característica presente no inquérito policial é a oficialidade, segundo Fernando Capez, somente os órgãos de direito público é que estão autorizados a promover as atividades investigativas, inobstante haver em nosso ordenamento jurídico a possibilidade jurídica de ajuizamento de queixa crime. Capez ainda traça como características do inquérito a autoritariedade, ou seja, somente uma autoridade pública é que pode presidir a investigação.

O inquérito policial ainda ostenta como característica a dispensabilidade, que significa dizer que o inquérito não é requisito objetivo de procedibilidade; a indisponibilidade, de modo que a autoridade policial por força do art. 17 do Código de Processo Penal não pode mandar arquivar o inquérito policial.

Outra característica marcante do inquérito policial é a inquisitorialidade, ou seja, não se tem respeito ao princípio do contraditório. Essa característica é o fator de discriminação entre o inquérito e Ação Penal em decorrência dos antagonismos presentes em ambos.

O antagonismo é justamente a obrigatoriedade do contraditório na Ação Penal e sua inobservância no inquérito policial, tanto é assim, que as nulidades que porventura tenham ocorrido na fase do inquérito em nada contaminarão a ação penal que será proposta.

Por ser de natureza inquisitiva, não há oposição de suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito (art. 107 do CPP). Outra consequência é que, a autoridade policial pode, a seu critério, indeferir os pedidos de diligências feitos pelo ofendido ou pelo indiciado (art. 14 do CPP).

Há a possibilidade de decretação de sigilo dos atos do inquérito policial. A publicidade da linha investigativa da polícia, dos fatos a serem investigados, dos elementos de convicção já colhidos etc. tem a possibilidade de causar prejuízo ao resultado final do inquérito. Nessa esteira, o art. 20 do CPP determina: “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Consigne-se que o sigilo do inquérito policial não pode ser dirigido ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária, sequer aos advogados, pois eles podem consultar os autos do inquérito.

Entretanto, a realização de atos procedimentais não poderá ser acompanhada pelo advogado se, por decisão judicial, for decretado sigilo em determinada investigação, ou seja, se determinado ato sigiloso for praticado e o acompanhamento do advogado resultar em prejuízo o acesso será vedado por ordem judicial devidamente fundamenta. Das alusões feitas por Fernando Capez, conclui-se que o sigilo do inquérito policial é relativo e nunca absoluto.

A atribuição de caráter unidirecional ao inquérito policial, por parte da doutrina visa a destiná-lo, com exclusividade, ao Ministério Público, como instrumento de uma acusação. No entanto, com fundamento na dignidade da pessoa humana, o caderno apuratório há de servir às partes como um todo, não só à parte acusadora, mas também às pessoas que possam ser atingidas pelos efeitos jurídicos produzidos pela investigação.

### 3.3. VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

A polícia judiciária precederá investigação do fato, e haverá a fase da produção de provas, porém na maioria das vezes o acusado sequer sabe que está sendo investigado, mas mesmo assim só poderá se defender das provas produzidas contra ele durante a investigação policial, após se dar o início da fase processual, sendo assim, nesta fase não são garantidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, que são princípios garantidos na Constituição Federal.

Segundo Fernando Capez (2003) “o inquérito tem valor probatório meramente relativo, pois serve de base para a denúncia e para as medidas cautelares, mas não serve sozinho para sustentar sentença condenatória, pois os elementos colhidos no inquérito o foram de modo inquisitivo, sem contraditório e ampla defesa.”

Nessa linha o artigo 155 do Código de Processo Penal diz que:

“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase de investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Percebe-se que o juiz não pode proferir a sua decisão com base apenas naqueles elementos probatórios que foram produzidos durante o inquérito, por estes terem sido colhidos sem contraditório e ampla defesa.

### 3.4. DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Aury Lopes Júnior (2010) assevera que é muito comum na doutrina a afirmação de modo genérico e infundado de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial, segundo ele, esta afirmação está errada. Existe, desde 1941. Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva, ou seja, apresentando sua versão dos fatos, ou de forma negativa, ao usar seu direito de silêncio. Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Além disso, pode postular diligências e juntar documentos, nos termos do art. 14. do CPP. Por fim, poderá exercer a defesa denominada exógena, através do habeas corpus e do mandado de segurança. Neste sentido Aury (2010) defende

que existe sim direito de defesa.e em relação ao contraditório pontua que aqui nasce o verdadeiro problema. Existe o contraditório, é exigível, mas a sua eficácia é insuficiente e deve ser potencializada. Segundo ele, trata-se de uma potencialização por exigência constitucional.

O ponto crucial nesta questão é o art. 5º, LV, da CF, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário”, etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. (JÚNIOR, 2010).

Para Aury (2010) o direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a Administração da Justiça. Entretanto, exige especial atenção o grave dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar. No outro sentido, a absoluta inexistência de defesa viola os mais relevantes postulados do moderno processo penal.

#### **4. O ACESSO AOS AUTOS DO INQUÉRITO PELO ADVOGADO**

A Lei nº 8.906/94 que disciplina a atividade profissional do advogado regulamenta o dispositivo constitucional acima e entre outras importantes garantias, traz no seu art. 7º as seguintes garantias:

comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;  
ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;  
examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo,

assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;  
examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Em 02/02/2009 foi editado pelo STF a Súmula Vinculante nº 14, com o seguinte teor:

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

Segundo Aury (2012), destaca-se alguns aspectos interessantes:

É um direito do defensor: portanto, pode ser mantido o sigilo externo (para os meios de comunicação, por exemplo).

No interesse do representado: logo, pode ser exigida procuração para comprovação da outorga de poderes e também para justificar a restrição de acesso aos elementos que sejam do interesse de outros investigados não representados por aquele defensor.

Ter acesso amplo aos elementos de prova já documentados: o acesso é irrestrito aos atos de investigação, desde que já documentados. Dessa forma, preserva-se o necessário sigilo aos autos de investigação não realizados ou em andamento, como por exemplo, a escuta telefônica em andamento ou um mandado de prisão ou busca e apreensão ainda não cumprido.

Procedimento Investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária: o mandamento dirige-se, obviamente, à polícia judiciária e aos atos realizados no curso do inquérito policial. Contudo, Aury Lopes Júnior assevera que vislumbra plena aplicação nas eventuais investigações feitas pelo Ministério Público ou mesmo no âmbito de CPIs ou sindicâncias administrativas.

À partir do exposto podemos perceber a grande importância do trabalho do advogado não apenas na fase processual, mas já atuando desde a fase pré processual de que se trata o inquérito policial.

## 5. POSICIONAMENTOS ACERCA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

A insatisfação com o inquérito policial não é nova. Como dá a notícia Espínola Filho (1980):

(...) já em 1924 o presidente da Comissão redatora do anteprojeto que se converteu no Código de Processo Penal para o Distrito Federal, Candido Mendes, informava da preocupação com a fase preliminar e a necessidade de restringir as funções da polícia aos seus verdadeiros fins: a vigilância, a prevenção, a manutenção da ordem e auxílio à justiça. Este auxílio, porém, deve começar pelo aviso imediato às autoridades judiciárias sempre que houver notícia de alguma infração penal (...).

Ainda segundo Espínola Filho (1980), inclusive, naquela época, preponderava a opinião favorável a reduzir ao mínimo a atuação da polícia, acentuando-se bem expressamente a intenção de estimular o Ministério Público a intervir, desde os primeiros momentos, na marcha das pesquisas policiais, atendendo-se a que devem os atos da polícia, sem efeito judiciário, servir apenas o esclarecimento do representante da justiça pública.

Dizia-se que a solução ao final adotada, que nem sequer aceitou a orientação do projeto da Comissão, procurou um meio termo que, sem resolver de todo o problema, diminuísse os deletérios inquéritos policiais tardos e inadequados, como o seu misto de atos definitivos e transitórios, alguns com efeitos judiciários absolutos, como os autos de prisão em flagrante e de exame de corpo de delito e prestação de fiança, entre outros como as declarações de informantes, sem nenhum efeito probatório judiciário, mas influenciando na convicção de juízes e tribunais. Frise-se que, passados mais de anos, essa crítica é perfeitamente aplicável ao sistema atual.

### 5.1. POSICIONAMENTOS DESFAVORÁVEIS AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Na doutrina brasileira o entendimento majoritário é o da não aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, pelo fato de ainda não haver um

acusado e sim um investigado, não se tornando possível a aplicação destes princípios constitucionais.

Júlio Fabbrini Mirabete (2005), diz que o inquérito é um dos poucos meios de autodefesa do Estado na repressão contra o crime, e logo defende que o inquérito deve ser sim inquisitório diante de um mero procedimento administrativo, onde não se fala em réu, e sim, investigado, onde não há partes, portanto esse instituto segundo Fabbrini: Constitui um dos poucos poderes de autodefesa que são reservados ao Estado a esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simples objeto de um procedimento administrativo.

Outros doutrinadores como Manoel Messias Barbosa (1991), afirmam que no inquérito policial, a ausência de relação processual, a inexistência do acusado, não autorizam, com base no texto constitucional, a adoção dos princípios em estudo. Seguindo essa mesma linha, adverte que: “o inquérito policial por sua natureza, é inquisitório, sigiloso e não permite defesa.

## 5.2. POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Conforme o doutrinador Aury Lopes Junior (2014) “o inquérito policial deve ser constitucionalizado para permitir certo nível de contraditório e direito de defesa; e assim por diante.” Com a constitucionalização se alcançará a aplicação e o exercício de forma plena, a eficácia e eficiência do artigo 5º, LV da Constituição Federal onde diz que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - 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.

Margarida Gomes (2007) defende a existência das garantias no inquérito policial e expressa que:

Esse garantidor da existência do contraditório em sede de inquérito policial, não pode servir de obstáculo às ultrapassadas definições entre processo e procedimento. Tampouco mencionar acusados e não indiciados, não pode

ser um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.

Seguindo o mesmo raciocínio, Rogério Lauria Tucci (2004) salienta que para uma autêntica realidade do *due process of law*, ou seja, do devido processo legal, é imprescindível o contraditório, a concessão, ao acusado, “em geral”, da possibilidade da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, dando ensejo a uma autêntica paridade de armas, esta somente será atingida quando, ao equilíbrio de situações, preconizado abstratamente pelo legislador, corresponder a realidade processual, efetivada no contexto da atuação dos agentes estatais da *persecutio criminis* e da defensiva.

Continua nessa mesma linha de Raciocínio Aury Lopes Junior em sua obra sobre os Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal (2006): O sujeito passivo não deve mais ser considerado um mero objeto de investigação, pois, em um Estado de Direito como o nosso, existe toda uma série de garantias e princípios de valorização do indivíduo que exige uma leitura constitucional do CPP, no sentido de adaptá-lo à realidade. Expressa em sua outra obra de Introdução Crítica ao Processo Penal (2005), e defende da seguinte forma a postura do legislador constitucional no art. 5º, LV, da Constituição Federal: A postura do legislador constitucional no art. 5º, LV, foi claramente garantidora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria falar procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial. Tampouco pode ser alegado que o fato de a Constituição mencionar acusado e não indiciados é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma imputação em sentido amplo.

## 6. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

Conforme conceitua Tucci (2005): Para a boa aplicação do Direito, em geral, e para a efetivação da norma no processo, em especial, o intérprete não pode prescindir de uma visão principiológica, fundada, primordialmente, na constituição. Evidentemente, como norma fundamental do arcabouço jurídico, a Constituição deve ser o ponto de partida do exegeta, seja nas lides civis, seja nas demandas penais.

Assim, este ensaio tem em mira, salientar que o Processo Penal é regido por uma série de princípios, cujo estudo aprofundado e exata compreensão é de suma importância para a boa aplicação do Direito. Os princípios podem ser classificados como espécies do gênero normas jurídicas, juntamente com as regras.

Para o doutrinador Marco Antônio de Barros (2005): “o princípio é dogma fundamental que tem o condão de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade. Os vários princípios que norteiam o Processo Penal Brasileiro estão previstos tanto na Constituição Federal quanto no próprio Código de Processo Penal, dentre estes podemos destacar: o princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, da inocência e não-culpabilidade, da iniciativa das partes, da imparcialidade do Juiz, da verdade real entre outros.

Trataremos sobre alguns destes princípios para uma melhor compreensão do presente trabalho.

## 6.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Segundo Antônio Scarance Fernandes (2007) O processo constitui o pólo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros institutos fundamentais: jurisdição, ação e defesa. Daí serem examinadas primeiramente as normas constitucionais sobre o instituto do processo, onde devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu), não devendo nenhuma das partes se sobressair sobre a outra.

Atualmente, a doutrina entende que a garantia não se circunscreve ao âmbito estritamente processual, assumindo também uma feição substancial. Assim, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e não sejam injustas.

Este princípio é de importância para que possamos compreender melhor o presente trabalho, por se tratar da garantia a defesa que o indiciado terá na fase processual, o qual contém diversos atos previamente elaborados na fase do inquérito policial.

## 6.2. PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

O Princípio da Inocência também conhecido como Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade, já é acolhido por vários tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos, encontra-se previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/8858 que diz que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Segundo Tucci (2005) Consoante o aludido princípio, existe uma presunção do acusado da prática de uma infração penal até que haja uma sentença condenatória irrecorrível que o declare culpado, ou seja, é assegurado a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que só pode ser afastado se houver plena do cometimento de um delito.

## 6.3. A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório está previsto na CF art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Ele exige que o processo penal e, também os procedimentos pré processuais, se desenvolvam de forma a permitir que as partes possam livremente deduzir suas alegações, apresentar as provas que dispuserem e criticar as atividades exercidas pelos outros atores nele envolvidos (juiz e partes).

Antônio Scarance (2007) diz que: No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno efetivo, pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da acusação, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.

#### 6.4. A AMPLA DEFESA

O direito da defesa, bem como o contraditório, vem expressamente garantido na Constituição pelo inc. LV do art. 5º, o qual assegura que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

Scarance (2007) conceitua que consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art.133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável”. Coloca a defesa no centro do processo penal, afirmando que, para “o desenvolvimento estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ele inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar”

#### 6.5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Antônio Scarance Fernandes (2007) afirma que: Há, sem dúvida, necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração de hábeas corpus(...)

Aury Lopes Júnior (2006) entende que defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantista. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório. O direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. Nesta valoração reside um dos maiores erros de alguma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade

do art. 5º, LV, da CCF ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa. Ora, qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência.

E continua dizendo que: “da mesma forma, quando da investigação ex officio realizado pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato -, devem ser feitos, a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual.”

O direito de defesa é um direito natural, porém este não pode ser sem limites a fim de que não venha a comprometer a fase da investigação preliminar, porém a inexistência absoluta de defesa viola os elementos previstos no processo penal. No Brasil, a ampla defesa está consagrada no art. 5º, LV, da Constituição e também no CPP, que dedica o Capítulo III, do título VIII, do Livro I, ademais de diversos dispositivos ao longo de todo o código.

Aury Lopes (2006) conceitua que o direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. Nesta valoração reside um dos maiores erros de alguma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da CCF ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa. Ora, qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Da mesma forma, quando da investigação ex officio realizado pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato -, devem ser feitos, a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual.

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça.

Já a defesa técnica conforme conceitua Marcelo Batlouni (2008): A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimento teóricos de direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. A defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em direito, que têm com profissão o exercício desta função técnico-jurídico de defesa das partes que atuam no processo penal. Por esses motivos a defesa técnica é considerada indisponível, pois, mais que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive em fortalece a própria imparcialidade do juiz, tanto nos sistemas de instrução preliminar judicial como nos demais, na medida em cabe ao juiz decidir sobre as medidas que limitem direitos fundamentais.

A justificativa desta defesa técnica está na presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, o qual não tem conhecimento suficiente para resistir a pretensão do Estado, em paridade técnica com aquele que lhe acusa. Assim, esse conhecimento técnico leva o acusado a uma situação de inferioridade.

Blautone (2008) pontua que: Por esses motivos a defesa técnica é considerada indisponível, pois, mais que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive em fortalece a própria imparcialidade do juiz, tanto nos sistemas de instrução preliminar judicial como nos demais, na medida em cabe ao juiz decidir sobre as medidas que limitem direitos fundamentais.

Aury (2006) conclui que no inquérito policial, a defesa técnica está limitada. Ainda que

o direito de defesa tenha expressamente previsão constitucional, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, se diz que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP.

## 7. LEI 11.690/08 – ALTERAÇÕES DOS ARTS. 155 E 156 DO CPP

O dispositivo legal tem o seguinte teor:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A redação anterior, dos então arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, deste modo dispunham:

Art. 155 - No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A nova redação do art. 155 do CPP passou a positivizar o já antigo e consolidado entendimento jurisprudencial, segundo o qual a convicção do juiz não pode se fundamentar em elementos colhidos durante as investigações pré-processuais, tais como o inquérito e outras peças informativas (como, por exemplo, a representação fiscal para fins penais), porquanto é necessário observar o contraditório judicial. Mas o dispositivo faz uma ressalva: as provas produzidas antecipadamente, ou seja, antes do início da ação penal, cuja produção não for passível de repetição, podem ser utilizadas para a formação do convencimento do magistrado. A antiga redação do art. 155 determinava que no juízo penal somente

quanto ao estado das pessoas dever-se-ia observar as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Já a nova redação do art. 156 do CPP, após tratar da regra geral de distribuição do ônus probandi (segundo o qual a prova cabe a quem fizer a alegação) prevê, em seu inciso I, que o juiz pode ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, quando forem urgentes e relevantes, segundo critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade da medida. Essa é uma inovação interessante, porque introduz no processo penal algo similar à ação cautelar para produção de prova, existente no processo civil. Por fim, o inciso II reitera a antiga redação do dispositivo, e confere poder instrutório ao juiz, podendo o magistrado determinar, no curso da instrução ou mesmo após o término dessa etapa processual - mas desde que antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A lei 11.690/08 trouxe nova redação ao artigo 155 do Código de Processo Penal, acrescentando ao dispositivo anterior o impedimento ao juiz de fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na investigação criminal.

Mendroni (2008) afirma que as provas, sejam produzidas na fase de investigação processual, sejam na fase de instrução probatória, devem ser analisadas pelo âmbito de sua valoração, fator crucial e determinante para a decisão. Assim é que, pela aplicação do princípio da “Unidade da Prova”, para formar o convencimento do Juiz, torna-se necessário apreciar tudo, indícios, contra indícios, elementos de provas e provas, tanto de forma isolada, mas especialmente pelo seu contexto.

Luigi Ferrajoli (2008) entende que: Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos (...) É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas (...) Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo

acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz (...); a ditadura por parte dele nas atas de interrogatório; o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio de incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações.

Ademais, é autorizado ao advogado, com base no art. 7º, XXI, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), assistir seu cliente investigado e, inclusive, formular quesitos e apresentar razões (a, XXI, do art. 7º, EAOAB), sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento, entre outras consequências. Portanto, é claro o exercício do direito de defesa no inquérito policial, de modo que os próprios exemplos da doutrina tradicional levam a essa conclusão.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve por finalidade alcançar uma resposta frente à grande polêmica ainda gerada quanto a incidência ou não do contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

Passamos a entender o inquérito policial como uma das fases de investigação preliminar, elaborado pela Polícia Judiciária, estudamos também as suas características e sua finalidade que é a investigação de um fato criminoso, reunindo elementos necessários para uma melhor investigação da prática do delito e de sua autoria.

Diante desses conceitos pudemos observar os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis ao tema. Entendem que a Constituição não exige contraditório prévio, só se exige a observância do contraditório, no processo penal, na fase processual, não na fase investigatória, conforme depreende-se do art. 5º, LV: “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.”

Ademais, só seria possível a exigência do contraditório e da ampla defesa na fase processual, e não na fase investigatória, caso do inquérito policial.

Isso porque este constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo.

Ao inquérito policial falta uma característica essencial do processo, qual seja, a formação por atos que devam obedecer uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada.

Scarance (2007) define que, desde constituições anteriores, a doutrina abrangia na exigência do contraditório as alegações das partes, afirmando que a atividade instrutória “abrange todos os atos capazes de influir na formação do convencimento do julgador, pela prova e fora da prova.

O ponto crucial nesta questão é tratado no art. 5º, LV, da CF, que não pode ser objeto de leitura restritiva. Pois a postura do legislador foi claramente garantista.

Por fim o contraditório deve ocorrer na fase de investigação preliminar, antes de que o relatório feito pela autoridade policial seja encaminhado ao Poder Judiciário, para que o indiciado possa usar de todos os meios possíveis para se defender das acusações que lhe estão sendo imputadas, podendo, inclusive, se livrar de uma futura ação penal.

A que se ressaltar que todo o entendimento acima está fundamentado em um entendimento amplo da Constituição, analisando paralelamente várias garantias destinadas ao acusado, ao passo que se o CPP não entenda dessa maneira o mesmo deveria ser reformulado.

## **REFERÊNCIAS**

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 9º Ed. Revisada e Atualizada. São Paulo, Saraiva, 2003.

JUNIOR, Aury Lopes. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 4º Ed. Rio de Janeiro, Lumes Júris, 2006.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 6º Ed. Rio de Janeiro, Lumes Júris, 2010.

BRASIL, Súmula Vinculante Nº 14, STF, 02/02/2009.

FILHO, Eduardo Espínola. Código de Processo Penal Anotado –Edição Histórica. Editora Rio, 1980.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 17º Ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2005.

BARBOSA, Manoel Messias. Inquérito Policial, doutrina, prática. Jurisprudência. 7º Ed. São Paulo, Ed. Leud, 1991.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 5º Ed. São Paulo, RT, 2007.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 1º Ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu. O princípio do Contraditório e o inquérito policial. Revista da Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes. Nº 10. Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL, Constituição Federal (1988).

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro. 2º Ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

JUNIOR, Aury Lopes. Introdução Crítica ao Processo Penal 4º Ed. Rio de Janeiro, Lumes Júris, 2006.

JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado. 22º Ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no Processo Penal. São Paulo, RT, 2005.

BARROS, Marco Antônio de. A busca da verdade no Processo Penal. São Paulo, Saraiva, 2005.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Curso de investigação criminal. 2º Ed. Rio de Janeiro, Ed. Juarez de Oliveira, 2008.

FERRAJOLI, Lugi. Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo, RT, 2008.

COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Artigo publicado no IBCCrim, boletim nº 18, publicado em Julho de 2008.

BRASIL, Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB

## DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO UM ATO PRÓ VIDA

Lainne Beatriz Melo Mozinho<sup>1</sup>  
Reinaldo Nóbrega de Almeida Júnior<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo o entendimento da discussão atual acerca da descriminalização do aborto, com foco na busca pela compreensão do porquê da tipificação de tal prática como crime. Para tanto, necessário se faz a análise do contexto histórico mundial e local, bem como o momento político da inserção do crime de aborto no Código do Império, em 1830. Neste diapasão, ressalta-se as divergências de fundamentações opostas entre a religião e a ciência acerca do tema, cada qual ousando dizer, até mesmo, quando se origina a vida. O estudo de hipóteses supralegais e a utilização do direito comparado ampliam as opiniões e facilitam, por assim dizer, no processo de decisão sobre descriminalizar ou não o aborto, uma vez que nos dá uma visão realista e atual a respeito da aplicação da norma no caso concreto. Com tais premissas, o estudo será realizado sob a ótica de quem mais importa nesse processo de decisão e sobre quem recairá todas as consequências resultantes dele, qual seja, a mulher.

Palavras-chave: descriminalização, aborto, mulher.

**ABSTRACT:** *The objective of this study is to understand the current discussion about the decriminalization of abortion, with a focus on the search for understanding why this practice is criminalized. To do so, it is necessary to analyze the world and local historical context, as well as the political moment of insertion of the crime of abortion in the Code of the Empire, in 1830. In this context, the divergences of opposing foundations between religion and science about the subject, each one daring to say, even when life originates. The study of supra-legal hypotheses and the use of comparative law broaden opinions and facilitate, so to speak, the decision-making process on whether to decriminalize abortion, since it gives us a realistic and current view of the application of the norm in the case concrete. With such premises, the study will be carried out from the point of view of those who matter most in this decision-making process and on whom all the consequences resulting from it will fall, namely, the woman.*

Key words: *decriminalization, abortion, woman.*

### 1 INTRODUÇÃO

O aborto é praticado e punido desde muitos séculos antes de Cristo, porém, nunca foi cogitada a prática pela própria gestante. Além do mais, aquele que fizesse uma mulher abortar, indenizaria de forma pecuniária o marido da gestante, eis que o

---

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

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

produto daquela gestação era tido como parte do patrimônio deste, uma vez que a função da mulher na sociedade se resumia à reprodução, segundo a bíblia.

No Brasil, o crime do aborto foi inserido no Código Penal do Império em 1830, sendo a prática mais gravosa aquela sem o consentimento da mulher grávida, apesar de ainda não projetar que o aborto fosse realizado pela própria gestante. Com o passar dos séculos e os avanços sociais, foi criado, em 1940, o novo Código Penal, que é utilizado até os dias atuais, o qual inseriu algumas hipóteses de exclusão de ilicitude na prática do aborto, quais sejam, o aborto necessário (hipótese em que não há outro meio de salvar a vida da gestante) e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Apesar da proibição legal, estima-se que no Brasil são realizados dois abortos por minuto, geralmente em condições precárias, devido à sua clandestinidade. A carga do aborto inseguro é extremamente alta. 1 em cada 5 mulheres já abortaram. Por ano são feitos cerca de 1 milhão de abortos induzidos. Na seara jurídica, pode-se dizer que a polêmica que circunda o tema refere-se ao conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e à autonomia e liberdade de escolha da mulher.

Apesar das pesquisas realizadas por organizações reconhecidas em que mostram a consequência trágica da criminalização do aborto para a vida da mulher, religiosos afirmam que os dados são falsos e que, juntamente com a mídia, manipulam a população para que se acredite que esses números são reais.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento realizado em 2012, liberou a interrupção da gravidez de anencéfalo. Apesar das exceções criadas para a prática lícita do aborto, a discussão acerca do tema ainda está longe de findar. O movimento feminista, cientistas, médicos, ONGs internacionais, estão participando dessa discussão junto ao STF em busca da descriminalização do aborto, sob vários argumentos, dentre estes, têm-se como principais temas elencados: morte de mulheres, desigualdade social, tratados internacionais e laicidade do Estado.

A descriminalização do aborto deve ser vista e tratada como questão de saúde pública, de igualdade de gênero e igualdade social, e até mesmo econômica, mas não moral ou religiosa, diante do princípio da laicidade do estado democrático de direito, uma vez que não se pode impor a uma mulher a ter um filho, ou levar uma

gravidez indesejada adiante, pelo simples fato de a população ser majoritariamente católica, sob o fundamento de uma doutrina religiosa.

O presente trabalho será dividido em cinco capítulos, onde no primeiro capítulo abordaremos a forma como o aborto era visto nos tempos antigos, englobando o contexto da sua tipificação como crime no Brasil e no mundo. Já o segundo capítulo faremos um recorte na tipificação do crime de aborto no Código Penal vigente, com uma análise breve e geral acerca dos seus tipos. Este capítulo será dividido em subtítulos que tratarão de forma específica sobre cada tipo de aborto e suas formas, além das penas resultantes de cada prática.

No quarto capítulo, será discutido o atual impasse do Supremo Tribunal Federal quanto a descriminalização ou não do aborto no primeiro trimestre de gestação. Neste mesmo capítulo será discutida a origem da vida tanto para a ciência quanto para a religião e quais as consequências no corpo e na mente das gestantes que desejam realizar o aborto e, pela criminalização e medo do julgamento moral que possa vir a sofrer, acabam recorrendo a clínicas clandestinas, arriscando suas próprias vidas por estarem sob leis que a criminalizam.

As consequências da descriminalização nos países em que o aborto é visto como questão de saúde pública e, portanto, fora descriminalizado será mostrado no capítulo cinco deste artigo. No capítulo seguinte, será mostrado o ponto de vista da doutrina religiosa e seus fundamentos acerca do aborto e a influência da Igreja para a criminalização de tal procedimento.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO DA TIPIIFICAÇÃO DO ABORTO**

Em escala mundial, a prática do aborto é punida desde muito tempo antes de Cristo, isso porque nos relatos mais antigos da humanidade encontramos uma forte preocupação à integridade física do feto durante todo o período gestacional. Cito como exemplo o Código de Hamurabi, escrito 1.700 anos antes de Cristo, que trazia em seu texto forte repressão contra o responsável pelo aborto de uma mulher, com punições que variavam de pecúnia até a morte física.

A própria bíblia traz em alguns de seus livros a proibição ao aborto, porém, aquele que fizesse uma mulher abortar, compensaria o dano ao marido desta de acordo com o que o marido lhe impusesse e que os juízes julgassem, ou seja, a

preocupação quanto à vida intra-uterina se dava por motivos estritamente patrimoniais ao cônjuge da mulher grávida, sendo a preservação da integridade física da mulher apenas uma consequência de um direito que se julgava mais relevante.

Foi a partir de uma análise filosófica que a prática do aborto passou a ser visto de sob outra ótica. Aristóteles aconselhava o aborto (desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma) para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, enquanto Platão preconizava o aborto em relação a toda mulher que concebesse depois dos quarentas anos.

Sendo a prática abortiva muito comum nos povos antigos, a mulher em si não era punida pelo aborto praticado. Entre os hebreus, não foi senão muito depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez. Até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência. (Nelson Hungria, 1955)

O próprio direito romano não via o aborto como um crime de morte, pelo fato de não considerar aquela legislação o fator vida a fase intra-uterina, senão o corpo autônomo. A concepção de alma somente existia após o contato do corpo humano autônomo com a luz. Assim, o aborto implicava como uma ofensa à pessoa da mulher. Foi com o advento da corrupção que os legisladores desse período passaram a cominar penalidade às mulheres casadas que praticassem ou consentissem o aborto, vendo nisso um ataque aos direitos de prole facultados ao marido.

Em seguida, a influência religiosa cristã passou a conceber o feto como uma partícula divina confiada a proteção social. Foi a partir daí que, em decorrência da união Estado-Igreja, passou a punir o atentado contra a mulher grávida de feto já formado, se este tivesse como resultado a morte. De tal concepção surgem duas doutrinas: a primeira fazendo consistir o aborto na morte do feto; a segunda caracterizando o crime pela provocação, apenas, do aborto.

Especificamente no Brasil, o aborto é tipificado como crime desde o Código Penal do Império, formulado em 1830, embora não cogitasse o aborto provocado pela própria gestante. A Consolidação das Leis Penais da República adotou a segunda doutrina, fazendo consistir o crime na "provocação, haja ou não a expulsão

do produto da concepção". Como produto da concepção dever-se-ia entender um feto em condições normais de evolução.

Neste Código Penal, a penalidade pelo crime do aborto era mais gravosa sem o consentimento da mulher grávida, variando a pena de um a dez anos, sendo a pena agravada se do crime incorresse a morte também da gestante. Para a incriminação em tais casos, o dolo era dispensável, bastando apenas o nexó material.

O consentimento da gestante, por sua vez, minorava a pena, e em igual pena incorria aquela que conseguisse abortar voluntariamente. E considerava-se, ainda, uma diminuição de pena se o crime fosse cometido para ocultar a desonra própria, sendo a variação da pena de um a três anos com trabalho.

Com a ascensão de Getúlio Vargas ao executivo e o advento do Estado Novo, o então Ministro Francisco Campos incumbiu o Prof. Alcântara Machado de elaborar um anteprojeto do Código Penal, tendo sido revisado por renomados juristas da época, dentre eles, Nelson Hungria.

Encarada a figura delituosa do aborto, observamos no Código Penal vigente a cominação do crime de aborto praticado pela própria gestante (quando a gravidez não resultou de estupro). Verificamos, ainda, a ausência de penalidade do crime de aborto praticado pelo médico, nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante.

A impunidade do aborto provocado pela própria gestante, quando a gravidez provenha de estupro, afigura-se-me, em mais de um sentido, perigosa. A origem da gravidez dará lugar a muitíssimas discussões. A prova sempre será difícil. O abortamento, sem a exigência de pessoa habilitada, porá frequentemente em risco a vida e saúde da gestante. Melhor fora reconhecer a impunidade apenas no caso de ser o aborto provocado pelo médico. (Nelson Hungria, 1967)

Não previu o Código a possibilidade do aborto eugênico, o qual condiz com uma interrupção da gravidez feita nos casos em que há suspeita de que a criança possa vir a nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias, implicando em uma técnica artificial de seleção do ser humano.

Em análise ao Código Penal vigente, é observado o fato de que a lei se preocupou apenas com a provocação do aborto, ou seja, a utilização dos meios

empregados à sua realização, sendo irrelevante para a configuração do crime a expulsão ou não do feto.

### **3 O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL DE 1940**

#### **3.1 ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM O SEU CONSENTIMENTO**

O Código Penal vigente trouxe em seu texto mudanças significativas quanto aos diferentes tipos de crime de aborto e suas penas.

O aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento está tipificado no artigo 124 do Código Penal Brasileiro e ainda é objeto de inúmeras discussões do poder judiciário. O que se protege aqui é o direito do feto à vida em sobreposição ao direito de livre escolha da gestante em ter ou não a criança.

Segundo a Teoria Concepcionista, o indivíduo adquire personalidade desde a sua concepção, ou seja, um feto já possui personalidade. “Direito da personalidade é aquele inerente à pessoa humana, que deve ser desenvolvido desde o ventre materno e que posteriormente deve ser protegido pelo Poder Público”. (GIMENEZ, 2013)

Tal teoria explica o fato de os nascituros terem direito à alimento, herança e até mesmo ser parte em ações judiciais, tendo seus direitos resguardados desde antes do nascimento com vida.

É certo que o direito à vida deve ser protegido até mesmo antes de nascer, porém, há uma grande diferença entre embrião e nascituro. Ora, o próprio significado de nascituro “aquele que vai nascer” exprime como certo o nascimento. Já o de embrião, “organismo imaturo, nos primeiros estágios de desenvolvimento, antes de deixar o ovo ou o útero materno”, não garante que o feto nasça com vida.

#### **3.2 ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO**

Essa modalidade do crime de aborto encontra-se tipificada nos artigos 125 e 126 do Código Penal atual e é dividido entre o aborto praticado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante. FERNANDO CAPEZ (2005), aponta esta

modalidade como “a forma mais gravosa de aborto, a que merece maior reprovabilidade por parte do ordenamento jurídico.

O aborto provocado decorre de uma conduta voltada direta ou indiretamente a promover a interrupção do processo gestacional, vulnerando o ser humano ali em formação e suprimindo-lhe a vida. Logo, a conduta para fins de aplicação da penalidade prevista no artigo 125 deve ser dolosa, excluindo-se, por consequência a modalidade culposa, que pode ser praticada por negligência, imprudência ou imperícia.

A ausência do consentimento da vítima é elementar do tipo penal, ou seja, o delito do artigo 125 apenas se configura quando não existe o consentimento da gestante na realização da manobra abortiva. Caso exista consentimento por parte desta, responderá a gestante pelo delito do art. 124, enquanto que o terceiro responderá pelo delito do artigo 126.

### 3.3 FORMA QUALIFICADA

A forma qualificada do crime de aborto foi inserida no Código Penal com o intuito de aumentar a pena em um terço quando “em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”. (BRASIL, 1940)

Um dos artigos da forma qualificada é a modalidade do aborto praticada pelo profissional médico, no qual não se pune o crime de aborto praticado por estes em dois casos: se não há outro meio de salvar a vida da gestante, o chamado aborto necessário ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

### 3.4 PERMISSÕES LEGISLATIVAS PARA REALIZAÇÃO DO ABORTO

#### 3.4.1 ABORTO NECESSÁRIO

O Código Penal em seu artigo 128, inciso I, permite o aborto chamado necessário hipótese de estado de necessidade elevado, quando a gravidez põe em

risco a vida da gestante. O intuito do legislador foi salvar a vida já existente e concreta, em detrimento da potencial vida extrauterina do feto, o qual não se sabe se sobreviverá ao nascimento. Neste caso, não é exigida autorização judicial para realizar o procedimento.

O aborto humanitário é uma figura criada para a proteção da integridade psicofísica da mulher violentada, valor esse corolário da dignidade humana, considerando que a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de uma criança advinda de coito violento, indesejado, além de se tornar refém dos riscos de problemas de saúde mental, hereditários, que podem se manifestar na criança, fruto de uma relação muitas vezes doentia, violenta e criminosa (Mirabete e Fabbrini, 2012., p. 805). Na mesma esteira de raciocínios, pode-se afirmar que em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São os dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente. (NUCCI, 2012)

Ressalta-se que o aborto necessário independe do consentimento de familiares ou da própria gestante, sendo necessária somente a constatação do médico de que inexistente outro meio de salvar a vida da gestante.

Essa permissão tem base constitucional na garantia do direito à vida. Na hipótese discutida, estamos diante de uma escolha literal entre salvar uma vida em detrimento de outra. Logo, o artigo constitucional deve ser compreendido como se os direitos fossem alcançados e consolidados no decorrer da vida.

### 3.4.2 ABORTO SENTIMENTAL

Em audiência pública na Câmara dos Deputados em dezembro de 2017, a Dra. Maria de Fátima Marinho, diretora do Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos não Transmissíveis e Promoção da Saúde, relatou que entre 2011 e 2016, 4.262 adolescentes entre 10 e 19 anos tiveram uma gestação resultante de estupro. Destas, 1.875 eram meninas entre 10 a 14 anos violentadas sistematicamente, ou seja, quase 73% do total.

Nas hipóteses em que a gravidez é resultante de estupro a lei ampara a gestante para que seja realizado o aborto seguro tanto por médico particular, quanto pelo Sistema Único de Saúde, uma vez que o entendimento é que a mulher sofre duas vezes: a primeira, por ter sido violentada sexualmente e a segunda, por essa

violência ter lhe gerado uma vida. Logo, parece óbvio a desnecessidade de autorização judicial para a realização do procedimento abortivo quando a gravidez for decorrente de estupro, no entanto, é necessário a autorização da gestante ou do seu responsável para a realização do procedimento pelo profissional médico, o que é preceituado no artigo 128, inciso II do Código Penal vigente.

o aborto poderá ser penalizado quando estiver tutelando o direito à vida; devendo, porém, em virtude da relatividade dos direitos fundamentais, ser despenalizado quando houver grave risco para a vida da gestante (aborto necessário), quando atentar contra a liberdade sexual da mulher (aborto sentimental) (...). (ALEXANDRE DE MORAES, 2005)

A descriminalização do aborto neste sentido, portanto, é impedir que a mulher carregue em seu ventre o fruto de uma concepção indesejada, uma vez que o dano psicológico-sentimental é inevitável.

O Ministério da Saúde editou Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes a fim de esclarecer que é dispensável a apresentação de Boletim de Ocorrência (BO) como condição para a realização do abortamento legal:

De acordo com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 128, inciso II do Código Penal brasileiro, o abortamento é permitido quando a gravidez resulta de estupro ou, por analogia, de outra forma de violência sexual. Constitui um direito da mulher, que tem garantido, pela Constituição Federal e pelas Normas Internacionais de Direitos Humanos pelo ECA, no Capítulo I: do Direito à Vida e à Saúde, o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva.

O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesse caso, a não ser o consentimento da mulher. Assim, a mulher que sofre violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento. O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência, deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde, portanto não cabe ao profissional de saúde duvidar da palavra da vítima, o que agravaria ainda mais as consequências da violência sofrida. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados a Polícia ou Justiça.

Caso revele-se, após o abortamento, que a gravidez não foi resultado de violência sexual, o Código Penal brasileiro, artigo 20, § 1º, afirma que “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Assim, se todas as cautelas

procedimentais foram cumpridas pelo serviço de saúde, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação de violência sexual somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente pelo crime de aborto. (BRASIL, 2012)

### 3.4.3 ABORTO DE ANENCÉFALO

Para entendermos a importante decisão acerca da descriminalização do aborto quanto a fetos anencéfalos, é necessário compreender de forma clara o que significa a anencefalia e suas consequências para a vida do nascituro.

A palavra anencefalia apenas recentemente ingressou nos nossos dicionários, no entanto, esta anomalia não é um problema contemporâneo, ela sempre esteve presente entre as possíveis malformações fetais, mas tão somente com a evolução da medicina é possível diagnosticar antecipadamente a sua ocorrência. Seja como for conceituamos “anencefalcomoa ausência total do cérebro. De fato, a origem etimológica do termo anencéfalo deriva do grego an, que significa privação, amalgamado com enckephalos, que significa cérebro. (Gabriel Cirne, 2013)

O aborto necessário e humanitário foi, durante muito tempo, criticado pela sociedade, sendo até mesmo considerado inconstitucional por afrontar aos direitos do feto. Entretanto, essa discussão foi superada com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, quando foi declarada inconstitucional a interpretação de que o feto anencéfalo constitui crime, pois o produto da gravidez não teria potencial de vida, não existindo bem jurídico a ser tutelado pela tipificação.

CIRNE (2013), ressaltou que ao entender pela procedência da ADPF nº 54, o ministro Celso de Mello entendeu salientou a importância histórica do julgamento tanto para a sociedade civil, como para milhares de mulheres que irão passar pela trágica gravidez de feto anencefálico, devendo ser entendido que o procedimento de interrupção da gestação de anencefálico é motivo terapêutico para proteger a saúde física e psicológica da mulher. Assim como o ministro Ayres Britto que também fez o alerta de que não há marco penal ou constitucional para o início da vida.

Segundo resultado da pesquisa feita por GONÇALVES E LAPA (2008), quando os resultados dos acórdãos de anencefalia e má-formação fetal foram relacionados com a região do país à qual pertenciam, constatou-se que as regiões

com mais decisões judiciais de segundo grau autorizativas do procedimento foram as Sul e Sudeste, sendo que 80% das autorizações concedidas no país estão concentradas nos estados dessas regiões.

Uma das interpretações possíveis para tal constatação é a que parte do pressuposto de que nas mesmas regiões em que há uma maior capacidade de litigância, há também maior quantidade de autorizações para interrupções de gestação.

Nesse ponto, é válido destacar que significativo número de demandas provenientes das regiões Sul e Sudeste do país poderia ocorrer, segundo tal hipótese, em razão da referida maior capacidade de litigância decorrente do elevado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) presente nessas regiões do Brasil — os estados das regiões Sul e Sudeste possuem IDHs que variam entre 0,765 e 0,822, que estão entre os mais elevados do país. É importante notar que o IDH geral do Brasil é de 0,766 (dados de 2000). (Gonçalves e Lapa, 2008)

Considerando-se esses dados, pode-se inferir que melhores condições sociais significam também maior acesso a informações e maior conhecimento dos direitos, o que privilegia apenas uma parcela mínima da população.

#### **4. ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO**

No âmbito jurídico, o grande conflito de interesses gira em torno de dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e à autonomia e liberdade de escolha da mulher. Ambos são garantias constitucionais. Todavia, vale observar que embora o direito à vida seja garantido juridicamente, esta proteção não é absoluta. Ao contrário, o ordenamento nos oferece uma verdadeira “gradação” desta proteção, que apesar de nascer com o feto, torna-se cada vez maior a partir do momento em que se nasce com vida em diante.

O primeiro marco jurídico a considerar a questão da igualdade como universal, direito de todos, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789. À época, o que o documento visava garantir era a igualdade das pessoas, independentemente de seu status social ou econômica.

Como explica GONÇALVES e LAPA (2008), durante dois milênios vigorava o pensamento de que a mulher era um ser inferior ao homem, ideia propagada especialmente pela Igreja Católica. A mulher era considerada como um ser não totalmente humano, até que a própria anatomia do corpo feminino passou a ser

mais bem estudada. Só a partir do século XVIII, passou-se a admitir a igualdade humana entre homens e mulheres, embora muito diferentes não só biologicamente, mas no caráter e na personalidade também.

A luta pela participação política das mulheres e a equiparação no âmbito jurídico fez com que fossem aprovados grandes documentos de proteção internacional aos direitos humanos, dentre os quais: a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher — CEDAW (1979), e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989).

Convenção, aprovada pela ONU em 1979, está em vigor desde 1981, dispõe fundamentalmente sobre a garantia de igualdade entre homens e mulheres nos diversos aspectos de suas vidas públicas e privadas. Sobre a Convenção, escreveu a jurista Silvia Pimentel:

A Convenção vai além das garantias de igualdade e igual proteção viabilizadas por instrumentos legais vigentes, estipulando medidas para o alcance da igualdade entre homens e mulheres, independentemente de seu estado civil, em todos os aspectos da vida política, econômica, social e cultural. Os Estados-parte têm o dever de eliminar a discriminação contra a mulher através da adoção de medidas legais, políticas e programáticas. Essas obrigações se aplicam a todas as esferas da vida: a pública e a privada, e incluem o dever de promover todas as medidas apropriadas no sentido de eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização, empresa e pelo próprio Estado. Entretanto, a simples enunciação formal dos direitos das mulheres não lhes confere automaticamente a efetivação de seu exercício. Este depende de ações dos três poderes: do Legislativo, na adequação da legislação nacional aos parâmetros igualitários internacionais; do Executivo, na elaboração de políticas públicas voltadas para os direitos das mulheres; e, por fim, do Judiciário, na proteção dos direitos das mulheres, valendo-se, inclusive e muito especialmente, dos tratados, pactos e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, para fundamentar suas decisões. (SILVIA PIMENTEL, 2008)

Em uma audiência pública realizada no ano de 2018 pelo Supremo Tribunal Federal para discutir acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, relatado pela Ministra Rosa Weber, que tratou sobre a interrupção voluntária da gravidez, foram expostos à discussão os principais argumentos de quem milita contra ou a favor do aborto.

Com a presença e participação de especialistas e religiosos ambos com o objetivo de expor e defender suas posições acerca do tema, a audiência foi aberta pela representante do Ministério da Saúde, que, sem adentrar ao mérito da questão, enriqueceu o debate levando dados técnicos sobre a saúde pública de mulheres que abortam. Uma das principais estatísticas apresentadas pela representante, foi de que 86% das mulheres procuraram o serviço público de saúde em busca do acesso aos métodos contraceptivos modernos. Esta ampla distribuição de métodos contraceptivos modernos, fez com que diminuísse a taxa de fecundidade nacional, sendo o índice menor que o recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Apesar da proibição legal, estima-se que no Brasil são realizados dois abortos por minuto, geralmente em condições precárias, devido à sua clandestinidade. É o aborto a quarta causa de morte materna no Brasil, atingindo principalmente as mulheres de baixa renda. A carga do aborto inseguro é extremamente alta. 1 em cada 5 mulheres já abortaram. Por ano são feitos cerca de 1 milhão de abortos induzidos. A decisão de induzir um aborto e interromper uma gestação, independe da classe social. O que depende da classe social é a gravidade e a morte. Quem mais morre por aborto no Brasil são mulheres negras, jovens, solteiras e de baixa escolaridade.

As complicações resultantes do aborto inseguro trazem uma sobrecarga para o Sistema Único de Saúde (SUS), isto porque o procedimento inseguro do aborto tem como consequência mais de 250 mil hospitalizações por ano, o que gera mais de 15 mil complicações, que de forma estatística têm como consequência 1 morte a cada 2 dias. No Brasil, as maiores complicações são a infecção do trato pélvico genital e a hemorragia. Ressaltando-se, mais uma vez, que são as mulheres mais pobres as vítimas das consequentes complicações, porque não têm acesso a melhores condições que mulheres de classe alta têm, apesar da ilegalidade.

A criminalização do aborto, longe de servir a causas socialmente meritórias, presta-se mais a reproduzir e aprofundar, num contexto humano de incomparável dramaticidade, as agudas diferenças sociais e econômicas que grassam nas paisagens do terceiro mundo. Sim, porque as mulheres da alta classe média e dos estamentos superiores encontram no bem assistido planejamento familiar, na abundância dos anticoncepcionais, nos exames ginecológicos regulares e até mesmo no aborto classista e profissional as soluções

para comporem as conseqüências do sadio exercício da liberdade do ser e do corpo humano. (Carlos Roberto de Siqueira Castro, 2003)

Especialistas na área obstetrícia entendem a criminalização do aborto como obstáculo ao exercício regular da medicina. A relação médico-paciente deve ser protegida. Não existe assistência médica integral se a relação do médico com a sua paciente for mediada pelo medo, pelo estigma ou pela suspeição. O único critério a guiar a atuação de um médico comprometido com a sua missão deve ser o melhor interesse de sua paciente. O Código de Ética Médica preceitua em seu art. 32 que é vedado ao médico: “Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”, mas, infelizmente, o Código Penal Brasileiro acaba obstaculizando a concretização do citado.

Diante da criminalização do aborto, os médicos não podem indicar os métodos cientificamente conhecidos e disponíveis para a realização do aborto legal, uma vez que assim o fazendo, os médicos e outros profissionais que auxiliam no procedimento, estão sujeitos a sanções criminais, administrativas e civis, pelo simples exercício da sua profissão, que é o de garantir o direito à saúde das mulheres. É assim que procedimentos comuns e seguros de saúde, se transformam no atual cenário da ilegalidade em riscos à saúde e à vida das mulheres.

A Constituição Federal considera a saúde um direito fundamental, o que atribui deveres ao Estado e aos profissionais do campo para a garantia desse direito. Não é coerente criminalizar a conduta daqueles que, por dever funcional e com monopólio do conhecimento devem salvar e proteger mulheres da automutilação e morte.

É preciso levarem consideração que o aborto é comum à vida das mulheres. Não há qualquer lei ou crença de grupo que consiga dissuadir uma mulher quando ela entende que não pode continuar uma gestação. Portanto, o que está em discussão não é se a mulher realizará ou não a interrupção da gravidez, mas sim, se o procedimento será seguro ou clandestino, e se mulheres que tomarem esta decisão serão acolhidas ou abandonadas.

As circunstâncias que provocam uma gravidez não planejada são muitas, dentre elas, desconhecimento sobre o uso dos métodos, acesso aos mais adequados, dificuldade de negociar seu uso com os parceiros ou até a falha na

utilização. Muitas das mulheres nessa situação já são mães e não podem ter outro filho sem prejudicar o cuidado e a subsistência dos primeiros. Além do mais, estas mulheres não dispõem de uma rede de apoio pública que lhe proporcione a criação de uma criança, como por exemplo acesso à educação, à saúde e a inserção no mundo do trabalho.

Nenhum método contraceptivo é infalível. É preciso considerar que há uma diferença entre o uso perfeito de um método e seu uso típico. O uso típico, trata do uso cotidiano, o dia a dia, reflete a eficácia de cada método a um casal médio que nem sempre utiliza de forma correta. Já o uso perfeito seria o que está na bula, a partir dos resultados dos estudos clínicos monitorados pelos pesquisadores. Poucos casais, se é que algum, consegue manter o uso do mesmo método sem falhas especialmente durante longos períodos de tempo. Por que uma mulher erraria no uso de um método? Porque ela esquece o medicamento, sofre violência, cuida de outros filhos e tem pouco tempo para ela; mora longe do seu trabalho e despense muitas horas por dia em precários transportes públicos; porque no posto de saúde da sua comunidade o método mais adequado não está disponível. Levando isso em consideração, sabe-se que com o uso típico do anticoncepcional injetável, pode haver até 6% de falha em um ano. Em uso perfeito, a falha chega a 1%. (José Gomes Temporão, 2018)

DANIEL SARMENTO (2007) ressalta que o dano físico causado nas mulheres gestantes que desejam interromper a gestação, mas têm medo das consequências que a criminalização da prática traz é facilmente percebido, no entanto pouco se fala ou se preocupa com a saúde mental das mulheres. Os efeitos à saúde mental são pela recusa dos serviços de aborto, ou seja, ao proibirmos as mulheres a abortarem em segurança sanitária adequada. Por essas razões, é evidente que a criminalização do aborto tem efeitos humanos e orçamentários importantes sobre a saúde pública.

A alteração do tratamento legal conferido à interrupção voluntária da gravidez constitui também o cumprimento de compromissos internacionais, como os estabelecidos no Plano de Ação da Conferência do Cairo, sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, e na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, ocorrida em Beijing, em 1995, nas quais ficou assentado que a questão do aborto deveria ser tratada pelos países como problema de saúde pública e não pela ótica criminal.

Na verdade, se o aborto for tratado como um problema de saúde pública, tal como recomendado pelas Plataformas das Conferências do Cairo e de Beijing, não haverá como escapar desta equânime solução. Isto porque, o direito à saúde, nos

termos do ditado constitucional, rege-se pelo princípio do "atendimento integral" (art. 198, inciso II). De acordo com este princípio, o Estado, através do Sistema Único de Saúde, deve assegurar os tratamentos e procedimentos necessários a todos os agravos à saúde humana. (DANIEL SARMENTO, 2007)

A desigualdade de gênero é uma das bases que sustenta a criminalização do aborto, uma vez que é certo que, por entender a gravidez como responsabilidade unicamente da mulher, já que o homem não engravida, acaba sendo delegada a uma sociedade dominada pelo masculino, a decisão da vida de uns sobre outros. Contudo, veja-se que a legislação não requer, em nenhum caso, sacrifício comparável do homem, como bem ilustrou Laurence Tribe (1988), que a lei americana não obriga a nenhum pai que doe um órgão ou mesmo sangue a um filho, ainda que isso seja indispensável à vida deste, havendo, assim, dois pesos e duas medidas.

Uma mulher forçada pela lei a submeter-se à dor e à ansiedade de carregar, manter e alimentar um feto que ela não deseja ter está legitimada a acreditar que mais que um jogo de palavras liga o seu trabalho forçado ao conceito de servidão involuntária. Dar à sociedade - especialmente a uma sociedade dominada pelo sexo masculino - o poder de condenar a mulher a manter a gestação contra sua vontade é delegar a alguns uma autoridade ampla e incontrolável sobre a vida de outros. Qualquer alocação de poder como esta opera em sério detrimento das mulheres com classe, dada a miríade de formas pelas quais a gravidez indesejada e a maternidade indesejada oneram a participação das mulheres como iguais na sociedade. (Laurence Tribe, 1988)

A partir do que fora exposto, conclui-se que a descriminalização do aborto deve ser vista e tratada como questão de saúde pública, de igualdade de gênero e igualdade social, e até mesmo econômica, mas não moral, diante da laicidade do estado democrático de direito, uma vez que não se pode impor a uma mulher a ter um filho, ou levar uma gravidez indesejada adiante, pelo simples fato da população ser majoritariamente católica, sob o fundamento de uma doutrina religiosa.

Além do mais, esta decisão não dever ser delegada aos homens, porque não lhe diz respeito, principalmente quando estes estão inserido em uma sociedade predominantemente machista e patriarcal.

## 5. DIREITO COMPARADO

Em uma pesquisa realizada sobre a descriminalização do aborto e suas consequências em outros países que já debateram o tema, DANIEL SARMENTO (2007) obteve dados de diferentes países ao redor do mundo. Dentre eles, têm-se:

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto. No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo trimestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação - período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extra-uterina -, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe.

O debate constitucional na França deu-se em termos um tanto diferentes do que nos Estados Unidos, pois a iniciativa de legalizar o aborto partiu do legislador e não do Judiciário. De fato, em 1975, foi aprovada a Lei nº 75-17, que teria vigência temporária por 5 anos, permitindo a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação. A pedido da gestante, quando alegue que a gravidez lhe causa angústia (detresse), ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de "doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico". Pela lei em questão, deveria a gestante, antes do aborto, submeter-se a uma consulta em determinadas instituições e estabelecimentos, que lhe forneceria assistência e conselhos apropriados para a resolução de eventuais problemas sociais que estivessem induzindo à decisão pela interrupção da gravidez.

Em 1979, as normas da lei francesa de 1975 foram tornadas definitivas. Posteriormente, em 1982, foi editada outra lei prevendo a obrigação da Seguridade Social francesa de arcar com 70% dos gastos médicos e hospitalares decorrentes da interrupção voluntária da gravidez l8. E, mais recentemente, em 2001, foi promulgada a Lei 2001-588, que voltou a tratar do aborto e, dentre as suas principais inovações, ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez, de 10 para 12 semanas, e tornou facultativa para as mulheres adultas a consulta prévia em estabelecimentos e instituições de aconselhamento e informação, que antes era obrigatória. O Conselho Constitucional foi mais uma vez provocado e manifestou-se no sentido da constitucionalidade da norma, afirmando, na sua Decisão n. 2001-446, que "ao ampliar de 10 para 12 semanas o período durante o qual pode ser praticada a interrupção voluntária de gravidez quando a gestante se encontra numa situação de angústia, a lei, considerando o estado atual dos conhecimentos e técnicas, não rompeu o equilíbrio que o respeito à

Constituição impõe entre, de um lado, a salvaguarda da pessoa humana contra toda forma de degradação, e, do outro, a liberdade da mulher, que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.”

Apesar do passar dos séculos, a igreja continua a interferir de maneira direta nas decisões do Estado. A título de exemplo, podemos citar dois países que recentemente enfrentaram intensa discussão acerca da legalização da interrupção da gravidez: México e Portugal. O México é, hoje em dia, o segundo maior país católico do mundo, perdendo apenas para o Brasil. Consta que cerca de 90% dos mexicanos são católicos. Em abril de 2007, o Parlamento da Cidade do México aprovou, por 46 votos favoráveis e dezenove contrários, a legalização do aborto. Durante a sessão em que foi debatida a nova lei, foi necessário reforço policial, visto que representantes tanto da Igreja como do movimento de mulheres aglutinaram-se em frente à Assembleia para protestar. Na ocasião, o papa Bento XVI manifestou-se no sentido de excomungar políticos que se posicionassem pró-aborto.

No Canadá, a Suprema Corte, no julgamento do caso *Morgentaler. Smoling and Scou v. The Queen*, proferido em 1988, também reconheceu que as mulheres possuem o direito fundamental à realização do aborto. Discutia-se, na hipótese, a conformidade com a Carta de Direitos e Liberdade do Canadá, de 1982, de uma lei de 1969 que criminalizava o aborto, estabelecendo como única exceção a hipótese em que um comitê terapêutico composto por três médicos atestasse que a continuidade da gravidez traria riscos à vida ou à saúde da gestante. Naquela decisão, relatada pelo Chief Justice Dickson, declarou-se que "forçar uma mulher, pela ameaça de sanção criminal, a levar uma gravidez até o fim, a não ser que se enquadre em certos critérios sem relação com suas próprias prioridades e aspirações constitui uma profunda interferência 1/0 corpo da mulher e, por isso uma violação da sua segurança pessoal". Outro fundamento adicional em que se baseou a Corte canadense foi o fato de que o procedimento previsto na legislação para permissão do aborto encerrava o risco de um grande atraso na realização do procedimento médico, o que trazia abalo emocional para as gestantes, além de aumentar o risco para a sua saúde. (Daniel Sarmiento, 2007)

É de grande importância utilizar do direito comparado para se ter uma ideia das possíveis consequências sociais que a decisão sobre um tema tão importante e polêmico pode trazer para a sociedade como todo. Ressalta-se, ainda, que a maioria dos países aqui destacados têm forte influência cristã/católica, porém, trataram a descriminalização como saúde pública e não como descumprimento a doutrina religiosa.

## 6. CONCEITO MORAL E RELIGIOSO

A bandeira religiosa tremulou pela última vez na Inglaterra no séc. XVII, e menos de cinquenta anos mais tarde aparecia na França, sem disfarces, a nova concepção de mundo, fadada a se tornar

clássica para a burguesia, a concepção jurídica de mundo. Tratava-se da secularização<sup>26</sup> da visão teológica. O dogma e o direito divino eram substituídos pelo direito humano, e a Igreja, pelo Estado. As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado. (Engels, 1995)

GONÇALVES e LAPA (2008) explicam que durante os seis primeiros séculos do cristianismo, a punição religiosa ao aborto não se referia centralmente à vida do feto que seria extinta, mas ao adultério que o aborto revelaria. A preocupação central da Igreja e do Estado era a manutenção do casamento monogâmico como regra para toda a sociedade. Importante esclarecer que esta defesa abarca valores não somente morais, mas também econômicos, como por exemplo a preocupação se os herdeiros das propriedades seriam legítimos, uma vez que não se admitiam filhos “bastardos”.

Ressalta-se, ainda, que no século XIX, ao mesmo tempo em que a Igreja Católica marcava posição mais dura no combate ao aborto, considerando-o motivo de excomunhão, diversos países da Europa promoviam mudanças radicais nas suas constituições, aderindo à separação entre Estado e Igreja. Enfatiza-se também que até o início do século XIX não existia legislação restritiva ao aborto. Conclui-se, portanto, pelo menos em âmbito dedutivo, que as determinações doutrinárias da Igreja tiveram influência na construção da legislação punitiva ao aborto.

Sobre as hipóteses para que se possibilite a prática de aborto sem penalidade nos casos de gravidez decorrente de estupro ou risco de vida para a mãe, previstas desde 1940 no Código Penal brasileiro, Maria Berenice Dias esclarece:

A previsão de forma específica decorre do fato de a interrupção da gravidez depender de outra pessoa. Uma das hipóteses é a do estado de necessidade de participação de outra pessoa. Outra hipótese é a de que tais previsões parecem defender a honra da mulher, quando na verdade a conotação é da idéia de família, de não permitir a introdução de um filho bastardo no lar. A lei presume que o filho da mulher seja de seu marido, seja legítimo. Se uma mulher, estuprada, tivesse um filho fora do casamento, ele não seria reconhecido. Há sempre a conotação da preservação da família. Em nenhum momento pensaram no sentimento da mulher. Essa é a realidade. Não havia o sentimento voltado e atento à questão da dignidade da mulher. Era uma questão de moral familiar.

Percebe-se que não há, dentro desta doutrina, possibilidade de escolha para a mulher, tanto no aspecto da sua sexualidade quanto de sua reprodução. Sua função enquanto mulher é procriar, mas como o prazer sexual é pecado, mesmo dentro do casamento, a forma de compensá-lo é tendo filhos, tarefa que se impõe às mulheres, por sua capacidade biológica de poder gerar a vida.

Necessário lembrar a posição radical da igreja católica que condena o aborto em qualquer circunstância, uma vez que o principal argumento utilizado por quem é contra a descriminalização do aborto é que a vida pertence a Deus e só ele pode tirá-la. Por parte dos grupos antiaborto, afirma-se que um embrião recém fertilizado já é uma criatura humana com direitos e interesses próprios, uma pessoa, uma criança não nascida.

Religiosos afirmam que os dados estatísticos das consequências da criminalização do aborto são falsos e que, juntamente com a mídia, manipulam a população para que se acredite que esses números são reais. Afirmam também que as mulheres pretas e pobres são as que menos morrem e que o aborto legal não é seguro, mas sim, três vezes mais inseguro do que o parto, uma vez que, para a fisiologia humana o parto é mais perigoso que em outros animais, além de alegarem que as ONGs que financiam os estudos são declaradamente a favor do aborto, portanto, existe um conflito de interesse, sendo assim não confiável.

Neste contexto, deve o Direito curvar-se à doutrina religiosa, impondo de forma coercitiva tais posições doutrinárias cristãs até mesmo aos não religiosos? É legítima a justificativa de que o catolicismo é a religião predominante no país e por isso deve ser obedecida?

Ora, a Constituição Federal de 1988 não só estabeleceu a liberdade religiosa, bem como consagrou o princípio da laicidade do Estado, em seu artigo 19, inciso I, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade às diversas concepções religiosas.

JOHN RAWLS (1993) discorreu com maestria acerca do princípio da laicidade do Estado, quando disse:

A laicidade do Estado não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na

esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas - ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. (John Rawls, 1993)

É necessário entender que dentro de um mesmo Estado existem diferentes tipos de religiões, crenças e doutrinas, que são adotadas por diferentes tipos de pessoas quando assim desejam. Deve-se levar em consideração que cada religião possui ensinamentos e posições divergentes sobre os mais variados assuntos, inclusive sobre o aborto. Ademais, não deve ser deixado de levar em consideração aquelas pessoas que não seguem ou adotam qualquer religião. Esse pluralismo de crenças e pensamentos faz com que não seja justo que qualquer pessoa seja submetida de maneira coercitiva, por meio de lei, a praticar ou deixar de praticar qualquer tipo de procedimento ou escolha que diz respeito apenas a sua vida, seu corpo.

GONÇALVES e LAPA (2008), destacaram que em alguns acórdãos sobre o aborto de anencéfalo, por exemplo, houve manifestação explícita de que a autorização para a interrupção não deveria ser concedida, alegando-se para tanto que “a vida é divina”, ou que “o feto possui espírito”, inclusive reivindicando-se, em algumas situações, explicitamente a doutrina cristã. Em outros, menos explícitos, mas também se adotando uma decisão a partir de valores morais específicos e com pouca base legislativa, notou-se uma argumentação estruturada na defesa de que o sofrimento (no caso, da mulher gestante) é próprio da condição humana, devendo ser suportado por quem gesta fetos com má-formação, o que minimiza e considera de pouca importância o sofrimento das mulheres nesses casos.

## 7. CONCLUSÃO

A descriminalização do aborto deve ser tratada como questão de saúde pública, uma vez que os numerosos resultados das pesquisas sobre as consequências da criminalização são alarmantes em decorrência da clandestinidade em que a maioria das mulheres – negras e periféricas – têm acesso.

O debate não diz respeito apenas ao nascimento do feto, mas também à liberdade da mulher sobre o seu corpo e reprodução. Os dados das pesquisas aqui citadas comprovaram que a criminalização do aborto afeta diretamente a saúde

física e psicológica da gestante, que se sentem moralmente repreendidas pela prática.

As hipóteses já existentes que autorizam a realização do procedimento abortivo por profissionais médicos estão diretamente relacionadas à preservação da vida já existente e concreta, no caso de aborto necessário; a redução de danos psicológicos em decorrência da gravidez resultante da violência sexual, nos casos de gravidez resultante de estupro; motivo terapêutico para proteger a saúde física e psicológica da mulher, nos casos de gravidez de feto acefálico.

É certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como método anticoncepcional. Ela é providência muito mais grave, não só porque impede o nascimento de uma pessoa, como também por afetar de maneira negativa o corpo e a vida da mulher, além do abalo à sua esfera mais íntima.

Por outro lado, os grupos que se autodenominam “pró vida” e, portanto, são contra a descriminalização do aborto, estão preocupados única e exclusivamente com o nascimento do feto, seja ele em boas ou más condições, não importando como viverão, se terão acesso a saúde, educação, saneamento básico, ou se serão moradores de ruas, vítimas de uma sociedade que ao passo que “força” o seu nascimento, ao mesmo tempo marginaliza-o.

Ressalta-se, ainda, que as complicações resultantes do aborto inseguro, entre as mais comuns, a infecção do trato pélvico genital e a hemorragia, trazem uma sobrecarga para o Sistema Único de Saúde (SUS), isto porque, conforme demonstrado, o procedimento inseguro do aborto tem como consequência mais de 250 mil hospitalizações por ano, o que gera mais de 15 mil complicações, que acarreta em 1 morte a cada 2 dias.

Desta feita, a interrupção da gestação só pode dizer respeito a quem carregará o feto por nove meses e cuidará deste pelo resto da vida. É certo que a Igreja não fará isso. Aliás, apesar de no Brasil haver a oitiva das duas principais divergentes opiniões entre a descriminalização ou não do aborto, o poder judiciário deve sempre pautar o assunto como questão de saúde pública, tanto em decorrência do princípio da laicidade do Estado, bem como por todos os índices elencados sobre a integridade física e moral da mulher.

## REFERÊNCIAS

- Americano e do Caribe de Defesa dos Direitos das Mulheres. Disponível em: <http://www.cladem.org>. Acesso em 20.10.2018
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dezembro de 1940.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes. Brasília, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300> Acesso em: 24/11/2018
- Brasileiros Comissão de Cidadania e Reprodução. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/mt/MSULsintesefinal.pdf>. Acesso em 23.10.2008. Comitê Latino
- CASTRO, Carlos Alberto de Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense. 2003. pp. 687-688.
- Cf. RIVERO, Jean. Les Libertés Publiques. Tome 2. 6e. ed., Paris: PUF. 1997. pp. 112-113.
- CIRNE, Gabriel. CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DA ANENCEFALIA: Entendendo a decisão do STF. João Pessoa, 2013
- Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Atlas, 2005. p. 179.
- DIAS, Maria Berenice. Entrevista. In: CAVALCANTE, Alcilne & XAVIER, Dulce (orgs.). Em Defesa da Vida: aborto e direitos humanos. P. 107 - 108.
- Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL26652-5602,00.html?newsletter>  
[http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=\\_ES&inoid=2571&sid=102](http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_ES&inoid=2571&sid=102). Acesso em 16.08.2018.
- ENGELS, Friedrich, KAUTSKY, Karl. O Socialismo Jurídico. São Paulo: Editora Ensaio, 1995. p. 23 - 25.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal \_ Parte especial, v. 1, São Paulo: José Bushatsky, 1958, p. 48).
- Gonçalves, Tamara Amoroso, Coord.; Lapa, Thaís de Souza. Aborto e religião nos tribunais brasileiros. / Coordenação de Tamara Amoroso Gonçalves. — São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008.
- <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-cerebro,a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, 3. ed., v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 262).
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13. ed. rev. atual. e ampl. — São Paulo. Editora: RT, 2013. Pág. 128.

O relato do caso e os trechos mais importantes do acórdão encontram-se em JACKSON. Vicki C. & TUSHNET, Mark. Comparative Constitutional Law. New York: Foundation Press. 1999. pp. 76-113. O trecho acima reproduzido foi traduzido livremente pelo autor.

PIETRO, Antonio Alvares Garcia. El aborto, és un crimen? Madrid, 1927.

PIMENTEL, Silvia. Comitê CEDAW — Experiências e Desafios. Brasília. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres: 2008, p. 17 e 18.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Índice de Desenvolvimento Humano Municipal, 2000 - 2010: Todos os Estados do Brasil. Disponível em: [http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDHM%2091%2000%20Ranking%20decrecent%20de%20Estados%20\(pelos%20 dados%20de%202000\).xls](http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDHM%2091%2000%20Ranking%20decrecent%20de%20Estados%20(pelos%20 dados%20de%202000).xls). Acesso em 24.11.2018.

RAWLS, John. Liberalismo Político. Trad. Sergio René Madero Baez. México: Fondo de Cultura Econômica, pp. 204/240.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 44.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 50.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 47 e 48.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 57 e 58.

Tradução livre do autor, de trecho da decisão que pode ser obtida na íntegra no sítio <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

TRIBE, Laurence. Tradução livre do autor. American Constitutional Law. 2nd ed. Mineola: The Foundation Press. 1988. p. 1354.

## PRINCIPAIS VARIÁVEIS DOS DIREITOS AUTORAIS EM FACE DA ATUAÇÃO DO ECAD

Lamark Alves Duarte<sup>1</sup>  
Valberto Alves de Azevedo Filho<sup>2</sup>

**RESUMO:** O tema do presente estudo acadêmico foi selecionado e desenvolvido de maneira inteiramente original, visando-se, outrossim, contextualizar o exame do conjunto de variáveis abrangidas pelo Direito Autoral na música num aspecto histórico, conceitual, como também numa perspectiva Constitucional, de modo a observar sua evolução, como a criação da lei 9610/98, e como o Direito do Autor pode ser violado, tendo, nesta esteira de interesses, portanto, como objetivo caracterizar, debater e interpretar, criticamente, em torno dos fatores de maior relevância que permitem a compreensão da abordagem de que forma se deu a criação da gestão coletiva, como é feita a arrecadação e a distribuição unificada feita pelo ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição). E, outrossim, procurar compreender o que muda em relação a gestão coletiva com o advento da Lei 12.853/13.. Como resultados do estudo, foi possível concluir que a criação do ECAD unificou a cobrança e a distribuição, mas gerou grandes distorções. Inserindo o Escritório no contexto de uma indústria cultural voltada muito mais ao lucro que à livre disseminação da cultura propriamente dita, faz parecer razoável afirmar que sua fiscalização pelo Estado brasileiro, tal como ocorre com outras pessoas jurídicas que tem por escopo nuclear a distribuição de lucros, apesar de circunstancialmente cabível, não pode ser mantida nos termos e modelos atuais em que as representações do ECAD por todo o Brasil repetem práticas formais e também consuetudinárias (usos e costumes) cada vez mais assemelhadas às vetustas regras cartoriais, onde autorizações de fundo autoritário acabam por burocratizar exacerbadamente as tipologias de controles da criação e da divulgação artístico-musical, portanto dando margem a um sem número de riscos e até de adulterações dos objetivos teóricos presumidos em face da criação do ECAD, de fiscalização do Direito Autoral.

**PALAVRAS-CHAVES:** ECAD. Direitos autorais. Direito Individual Subjetivo.

**ABSTRACT:** The theme of the present academic study was selected and developed in a totally original way, aiming also to contextualize the examination of the set of variables covered by the Copyright in music in a historical, conceptual, as well as in a Constitutional perspective, so as to observe its evolution, such as the creation of law 9610/98, and how Copyright Law can be violated, and, in this vein of interests, therefore, aim to characterize, debate and interpret, critically, around the most relevant factors that allow the understanding of the approach in which the creation of collective management was created, how the collections and the unified distribution made by ECAD (Central Office of Collection and Distribution) are made. And, also, to try to understand what changes in relation to collective management with the advent of Law 12.853 / 13. As a result of the study, it was possible to conclude that the creation of ECAD unified the collection and the distribution, but it other legal entities that have the nuclear scope of the distribution of profits although circumstantially

---

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

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

appropriate, can not be maintained under the terms and current models in which the representations of ECAD throughout Brazil repeat formal practices and also customary (uses and customs) increasingly resembled the vetustas notary rules, where authoritarian background permits end up exaggeratedly bureaucratizing the controls of types of creation and artistic and musical dissemination thus giving rise to a number of risks and even adulteration of theoretical goals assumed in view of the creation of ECAD, enforcement of the Copyright Law.

KEYWORDS: *ECAD. Copyright. Subjective Individual Right.*

## 1 INTRODUÇÃO

O ramo do Direito Autoral pode ser considerado como altamente especializado, integrado no âmbito dos Direitos Individuais Subjetivos, onde se inserem o Direito de Imagem, o Direito de Propriedade Intelectual, o Direito de Manifestação Religiosa, entre outros.

Deste modo, são direitos subjetivos: "a permissão de casar", "constituir família", "adotar pessoa como filho", "ter domicílio inviolável", etc. Direito, em sentido subjetivo, quer significar o poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais ou imateriais, do qual decorre a "faculdade de exigir" a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento de obrigação, a que outrem esteja sujeito chamam-no, por isso de "*facultas agendi*". (BARBOSA, 2018).

O presente estudo –Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) -- tem como enfoque o conjunto de variáveis abrangidas pelo Direito Autoral na música num aspecto histórico, conceitual, como também numa perspectiva Constitucional, de modo a observar sua evolução, como a criação da lei 9610/98, e como o Direito do Autor pode ser violado.

Também abordará de que forma se deu a criação da gestão coletiva, como é feita a arrecadação e a distribuição unificada feita pelo ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição). E por fim o que muda em relação a gestão coletiva com o advento da Lei 12.853/13.

Neste contexto, este estudo acadêmico, aqui em fase propriamente de projeto de pesquisa, pretende ofertar uma análise crítica do atual Direito Autoral brasileiro na música. Utilizando como a angulação jurídica representada pela atuação do ECAD -- Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade responsável pela cobrança e distribuição de valores devidos pela utilização de obras musicais.

O modelo de gestão coletiva adotado no Brasil, consagrado nas Leis nº 5.988/73 e nº 9.610/98 é baseado nas associações de gestão coletiva, que acabam servindo aos interesses das grandes empresas titulares de direitos patrimoniais de autor. (BOBBIO, 2004).

A criação do ECAD unificou a cobrança e a distribuição, mas gerou grandes distorções. Inserindo o Escritório no contexto de uma indústria cultural voltada muito mais ao lucro que à livre disseminação da cultura propriamente dita, faz parecer razoável afirmar que sua fiscalização pelo Estado brasileiro, tal como ocorre com outras pessoas jurídicas que tem por escopo nuclear a distribuição de lucros, apesar de circunstancialmente cabível, não pode ser mantida nos termos e modelos atuais em que as representações do ECAD por todo o Brasil repetem práticas formais e também consuetudinárias (usos e costumes) cada vez mais assemelhadas às vetustas regras cartoriais, onde autorizações de fundo autoritário acabam por burocratizar exacerbadamente as tipologias de controles da criação e da divulgação artístico-musical, portanto dando margem a um sem número de riscos e até de adulterações dos objetivos teóricos presumidos em face da criação do ECAD, de fiscalização do Direito Autoral.

Releve-se que a sociedade se desenvolve num mundo globalizado, onde a cada dia aumenta e num ritmo acelerado as relações sociais, e juntamente com isso as evoluções tecnológicas.

Entretanto, a sociedade necessita que o direito acompanhe essas modificações e transformações para atender e tutelar seus interesses. Portanto o direito autoral como qualquer outro deve atentar para essa realidade. A música está presente em todas as camadas sociais, desde os primórdios até na atualidade, ele exerce múltiplas funções, seja no cunho histórico, educacional, cultural, ou seja, é de extrema relevância a função social da música. (CAVALHEIRO, 2018).

Não há como falar em música sem mencionar a figura do compositor, seu titular originário e que possui seus direitos sejam morais ou patrimoniais, garantidos na Constituição Federal.

Esses direitos impendem sobre sua criação intelectual, que são regulados na forma de gestão coletiva, mais precisamente pelo ECAD, que apesar dos mecanismos de regulamentação, a fiscalização é carente e eivada de equívocos de

fundo administrativo mas também jurídico, com isso abrindo um flanco para mal intencionados se valerem desta falha e auferir ganhos.

Sabe-se, difusamente, que o advento da nova Lei de Gestão Coletiva, traz um norte para trilhar uma distribuição e arrecadação mais justa, organizada e transparente, sendo assim, a interferência do Estado mesmo que indiretamente, exigindo transparência na forma da lei, ajuda o autor a estar a par da gestão de seus direitos, e com isso deixando um pouco o antagonismo histórico que sempre permeou a relação compositor/gestor.

Diante destas linhas introdutórias, o presente projeto pretende levantar os principais aspectos envolvidos na atuação do ECAD, em face da conceituação e da aplicabilidade legal regulada pelo ramo do Direito Autoral no ambiente social e jurídico brasileiro.

Neste contexto introdutório destaque-se que o objetivo geral da presente pesquisa é caracterizar, debater e interpretar criticamente em torno das principais variáveis dos Direitos Autorais em face da atuação do ECAD.

Como tarefas complementares, reconhecidas pela Academia como objetivos específicos, tem-se que: discorrer sobre o advento do ramo do Direito Autoral; apresentar os principais conceitos históricos, sociais e jurídicos relacionados à criação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição; analisar a evolução das práticas arrecadatórias de recursos através do ECAD junto aos veículos de comunicação, casas de espetáculos e outros locais de divulgação das obras artístico-musicais.

Os trabalhos acadêmicos podem ser justificados através, principalmente, de duas ênfases, reconhecidas como envolvimento da autoria (justificativa pessoal) e relevância da pesquisa (justificativa temática propriamente).

Neste sentido, torna-se oportuno mencionar, *ab initio*, que a autoria do estudo atua diretamente como profissional da área de radiodifusão já há vários anos, tendo, portanto, presenciado inúmeras distorções jurídicas e com desdobramentos sociais, em face da atuação do ECAD, que de um lado não mede esforços e técnicas dentro de modelos autoritários de intervenção nas práticas culturais e de outro tenta como que justificar métodos truculentos e crescentemente discricionários, para garantir levantamento de recursos financeiros nem sempre claramente auferidos para,

sobretudo proteger autores e profissionais responsáveis por obras musicais, de inequívoco valor artístico.

Releve-se, outrossim, que como graduando do Direito, o pesquisador considera altamente relevante fazer uma análise do processo da reforma legislativa trazida pela lei 12.853/13 ao sistema brasileiro de gestão coletiva de direitos autorais da execução pública musical, centralizado na figura do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Neste contexto de justificativas, urge promover uma descrição, em bases corajosas e criteriosas, de como esse sistema funcionava anteriormente, quais as críticas a ele apresentadas e quais mudanças a nova lei trouxe.

Igualmente, é preciso abordar o conceito de gestão coletiva, a organização deste setor no Brasil, a CPI do Senado Federal sobre o Ecad, o julgamento deste órgão por ilícitos antitruste pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o processo legislativo da reforma e as ADIs propostas no Supremo Tribunal Federal contra ela.

Assim, torna-se exigível, jurídica e também socialmente, confrontar como o discurso de autonomia na gestão coletiva é substituído pelo da regulação, que se mostra mais adequado à realidade brasileira para sanar grande parte dos problemas encontrados no setor e melhorar a situação de titulares e usuários de direitos autorais.

A gestão coletiva sobre a execução pública musical no Brasil é centralizada num monopólio legal, desde 1973, na figura do Ecad – o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Ele é uma entidade de natureza privada sem fins lucrativos, que consiste numa reunião de outras 9 associações, essas formadas pelos artistas e demais titulares de direitos autorais. Sua função é arrecadar em todo território nacional os valores monetários devidos em face da execução pública de obras musicais, para em seguida distribuir tal valor entre as associações que o compõem, de forma proporcional ao número de execuções de músicas sobre as quais os membros de cada associação têm direito. Assim, quanto mais vezes for tocado repertório de uma associação, mais ela irá receber. Por sua vez, cada associação faz a distribuição desses valores entre seus membros (os titulares dos direitos), também da mesma forma proporcional à quantidade de execução das músicas.

O tema da gestão coletiva e de direitos autorais ganhou especial relevância nos últimos tempos, gerando discussões nas esferas legislativa, administrativa e judicial. Muitos questionamentos foram feitos ao modelo pátrio de gestão da execução pública de obras musicais, um segmento que movimenta altos valores, com arrecadação crescente: em 2009, foi arrecadado um total de R\$ 374.255.580,00 (trezentos e setenta e quatro milhões de reais) e em 2013, R\$ 1.190.083.620,00 (um bilhão e cento e noventa milhões de reais).

Desde os meados da década de 90, o Ecad vem sendo alvo recorrente de críticas e, recentemente, esse processo se intensificou. O modelo brasileiro de gestão coletiva teve discussões com a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI\_ do Ecad no Senado Federal em 2011-12, a condenação do Ecad pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 2013 e apresentação do projeto de lei do Senado nº 129/2012, visando a reforma do sistema nacional de gestão coletiva. Seu ápice foi a aprovação da lei 12.853/13, advinda do referido projeto de lei, sancionada pela Presidente Dilma Roussef em 14 de agosto de 2013. (COSTA NETTO, 2015).

Quanto aos esforços metodológicos, torna-se oportuno mencionar que o estudo aborda os temas abrangidos pela conceituação e aplicabilidade prática do Direito Autoral, diante das peculiaridades representadas pela atuação do ECAD.

Neste sentido, a presente pesquisa procurou, como percurso ou tratamento metodológico propriamente, a partir da dinamização do debate em torno dos critérios de atuação do ECAD, cuja temática, ademais, se justifica porque, não obstante sua relevância e as controvérsias existentes, ainda há pouca produção acadêmica jurídica a respeito da gestão coletiva de direitos autorais, principalmente no Brasil, sendo um assunto ao qual pouca atenção é dada.

Sabe-se, em bases difusas, que a recente reforma legal ainda carece de maior discussão e análise acadêmica. Este trabalho busca, tendo em vista tal lacuna, contribuir para o debate expondo as principais questões em jogo e descrevendo em qual estado se encontra a discussão atual sobre o tema gestão coletiva no Brasil, de forma a abrir caminhos e permitir maiores investigações, análises e buscas de soluções na matéria.

Trata-se de uma pesquisa dentro da esfera de interesses da Ciência do Direito, de índole acadêmica qualitativa, do tipo explicativa, que utiliza-se da

pesquisa bibliográfica e da construção de texto autoral, portanto também reconhecida como pesquisa de reflexão..

## 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 CAMPO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A atuação do ECAD precisa ser melhor examinada, inclusive para que se valorize remota norma jurídica, a saber: “Quis custodiet ipsos custodes?” Quem guardará os guardiões? ou Quem pode vigiar os vigilantes? (Décimo Júnio Juvenal, 60-126 d.C., poeta romano – Satire VI, 347-8).

Os direitos autorais, sob o ponto de vista jurídico, estão localizados no campo maior da Propriedade Intelectual (PI). 2 A PI é dividida em dois ramos: propriedade industrial e direitos autorais. (GANDELMAN, 2007).

É preciso reconhecer que a dogmática jurídica classifica os direitos autorais como sendo direitos *sui generis*, integrantes do direito civil, e que consistem precipuamente na atribuição de uma exclusividade para seus detentores.

O direito subjetivo é a situação jurídica, consagrada por uma norma, através da qual o titular tem direito a um determinado ato face ao destinatário. Em geral, o direito subjetivo é consagrado por uma norma de direito que conduz a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito.

Assim, tem-se que o direito subjetivo ("direito do sujeito", *lato sensu*) é a vantagem conferida ao sujeito de relação jurídica em decorrência da incidência da norma jurídica ao fato jurídico. O dever jurídico, contraposto ao direito subjetivo, será, por conseguinte, a desvantagem a ser suportada pelo outro sujeito afetado pela incidência da norma no suporte fático. Logo, direito subjetivo é uma posição jurídica vantajosa assente no direito objetivo. (ABRÃO, 1997).

O Direito Objetivo estabelece normas de conduta social. De acordo com elas, devem agir os indivíduos.

Já o direito subjetivo, designa a faculdade da pessoa de agir dentro das regras do direito (princípio do *facultas agendi*). É o poder que as pessoas têm de fazer valer seus direitos individuais. Portanto, nasce da vontade individual. É a faculdade de alguém fazer ou deixar fazer alguma coisa, de acordo com a regra de

ação, ou seja, de acordo com a norma. Os direitos subjetivos revelam poder e dever. Poder de cobrar e dever de pagar uma dívida. Está ligado a pessoa, exige o direito objetivo que está na lei. Por exemplo, posso exigir a licença à maternidade, sendo esse direito objetivo. Mas é preciso provar o nexó e a titularidade desse direito subjetivo, ou seja, provar que o agente, no caso a mulher, está efetivamente grávida, sendo assim exigível pelo seu titular (MARTINS, 2018).

Assim, direito subjetivo é a prerrogativa do indivíduo invocar a lei na defesa de seu interesse, ou ainda, os direitos subjetivos encontram proteção na norma, do Direito Objetivo.

É este que os garante. Em outras palavras, é o Direito Objetivo que confere às pessoas direitos subjetivos. Portanto, o direito objetivo indica o ordenamento positivo colocado diante de nós e o direito subjetivo a faculdade de exigir seu cumprimento.

A Constituição de 1988 consagra os direitos autorais em seu art. 5º, incisos XVII e XVIII.6 Esses dispositivos dizem respeito ao direito do exclusivo do autor sobre as obras, pelo prazo determinado pela lei, à transmissibilidade desses direitos a seus herdeiros, ao direito à participação individual nas obras coletivas, ao direito da fiscalização sobre a utilização econômica das obras, aos direitos conexos e ao direito dos autores a formarem associações. Eles são considerados legalmente como bens móveis (art. 3º, LDA e art. 83, III do Código Civil).

A expressão “direitos autorais” refere-se a duas categorias de direito intimamente relacionadas: os direitos de autor e os direitos conexos, conforme o art. 1º da lei 9.610/98. A lei 9.610/98 define em seu art. 7º, caput, que são obras protegidas as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível.

Os treze incisos deste artigo fazem uma lista exemplificativa de que são essas obras protegidas, incluindo: literatura, obras dramáticas, coreografias, artes plásticas, entre outras. O objeto deste trabalho, as músicas, estão previstas como protegidas no inciso V deste art. 7º: “V - As composições musicais, tenham ou não letra.”.

A LDA coloca, em síntese os seguintes requisitos para tal proteção: i) que seja uma criação de espírito com caráter literário, artístico ou científico; ii) que a obra seja exteriorizada por algum meio material ou imaterial (que pode incluir, no caso da

música, a própria vocalização); iii) a criatividade ou originalidade, que seja algo novo (o que, é claro, não impede a proteção de obras derivadas novas feitas com base em obras pré-existentes). (BITTAR, 2005).

Ressalte-se também que o objeto de proteção não é o suporte sobre o qual a obra se dá, não sobre o suporte material ou intangível da obra, mas sim sobre a obra em sua concepção intelectual, sua forma ideal.

Dessa forma, o direito sobre o exemplar não se confunde com o direito autoral, e ter um não significa ter também o outro. Assim, por exemplo, quem compra um CD musical não adquire direitos sobre a obra nele contida, mas apenas o direito de propriedade comum sobre o suporte material, um bem móvel como qualquer outro, podendo o proprietário usar, fruir, dar, vendê-lo ou destruí-lo. Não é necessário para concretização da proteção de uma obra que haja seu registro ou cumprimento de quaisquer formalidades, conforme o art. 18 da LDA.

Assim, a lei brasileira garante os direitos autorais sobre uma obra desde sua criação. Os direitos que decorrem da proteção autoral dividem-se em dois grandes feixes: os morais e os patrimoniais, conforme posto no art. 22 da LDA. Os primeiros estão ligados aos direitos de personalidade do autor e os segundos referem-se à utilização econômica da obra (NUNES, 2018).

Os direitos morais são entendidos como decorrentes da emanção da personalidade do autor na obra e estão elencados no art. 24 da lei 9.610. Eles compreendem, entre outros, reivindicarem a autoria da obra, ter o nome indicado como autor da obra, conservar a obra inédita e preservar-se de utilização ou circulação da obra que afrontarem sua honra ou imagem. (PAMPLONA FILHO, 2012).

Por sua pessoalidade, tais direitos não são passíveis de alienação ou de renúncia na forma do art. 27 da LDA, e também não têm prazo de duração de proteção finito, devendo ser respeitados *ad aeternum*. É por isso que, até hoje, ao se fazer a gravação de uma nova versão da marchinha de carnaval “Ó abre alas”, composta em 1889, deve ser feita menção à autoria de Chiquinha Gonzaga, falecida em 1935.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, têm prazo de duração limitado e são disponíveis, ou seja, passíveis de alienação ou renúncia. O art. 49 da LDA traz a possibilidade de transferência total ou parcial dos direitos patrimoniais, que pode

ocorrer de duas formas: durante a vida do autor, por contratos de licença ou cessão (em troca de uma remuneração), ou quando de seu falecimento, quando ocorre a transmissão automática dos direitos que ele deter para seus herdeiros. Assim, terceiros vão poder exercer os direitos autorais transferidos. (BRANCO, 2018).

Releve-se ainda que de um modo geral é extremamente difícil para os titulares de direitos autorais individualmente controlar o uso de suas obras e garantir o recebimento de sua remuneração. Isso se torna ainda mais relevante no caso da execução pública de obras musicais, que como esclarecido no tópico anterior, possui diversos usuários diferentes de diferentes tipos de atividade. Seria inviável para o autor pessoalmente exercer todos os atos necessários, como por exemplo, conceder a autorização prévia e fiscalizar o cumprimento dos inúmeros acordos estabelecidos. Entram então em cena as organizações de gestão coletiva de direitos autorais.

## 2.2. ATUAÇÃO DO ECAD E ASPECTOS CRÍTICOS

O Ecad nada mais é do que uma associação das associações de titulares de direitos autorais voltadas para a gestão coletiva, com a competência de arrecadar e distribuir em todo o território nacional os direitos relativos à execução pública de obras musicais.

Trata-se de uma entidade de direito privado, que arrecada os valores devidos dos usuários e depois repassa para as associações, de acordo com o volume de execuções do repertório de cada uma: quanto mais vezes ele for executado, mais a associação vai receber. Por sua vez, a associação repassa os valores aos titulares de direitos autorais. Sua previsão legal veio no art. 115 da lei 5.988/1973, que estabelecia a necessidade de as associações organizarem, dentro de um prazo, um escritório central. O parágrafo 1º deste artigo também estabelecia que ele não poderia ter intuito de lucro e deveria funcionar de acordo com um estatuto aprovado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA).<sup>48</sup> O ECAD apenas entrou em funcionamento em 1º de janeiro 1977.

Juntamente com o Ecad, a lei criou um órgão público, com a função de organizar o setor e solucionar os problemas então existentes. Também pelo fato de ao Ecad ter sido outorgado pela lei o monopólio sobre a arrecadação e distribuição

desses valores, e sendo a gestão coletiva na execução pública musical, portanto colocada agora não só como forçosa (por ser necessária), mas forçada pela determinação legal (ou seja, não se pode arrecadar fora do sistema Ecad), o legislador julgou necessário um órgão público de supervisão sobre o setor dos direitos autorais. O Conselho Nacional de Direito Autoral era previsto no art. 116 da lei 5.988/1973, sendo “o órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos de autor e direitos que lhe são conexos”. Este órgão fazia parte do Ministério da Cultura (SILVA, 2014).

Ele entrou em funcionamento no início de 1976. Suas atribuições eram variadas, incluindo funções típicas da supervisão estatal sobre as associações (como autorizar seu funcionamento e fiscalizá-las, bem como elaborar o estatuto do Ecad), funções de resolução de determinados tipos de litígios (entre autores, intérpretes e associações entre si, ou uns com outros, ou de processos administrativos esses assuntos) e funções de regulação sobre o setor de direitos autorais, expedindo diversas resoluções e portarias sobre o campo dos direitos autorais. (DIAS, 2000).

Apesar de inicialmente a intenção do CNDA fosse atuar em todos os diversos campos do direito do autor, ocorreu que seu funcionamento voltou-se quase exclusivamente à questão da execução pública de obras musicais e sua gestão coletiva.

A lei 9.618/98 manteve o Ecad em seu art. 99, de teor quase idêntico ao artigo anterior, mas eliminando as referências que aquele fazia ao CNDA. No §1º do art. 99, ela manteve que o Ecad não tem finalidade de lucro e estabelece que ele será dirigido e administrado pelas associações que o integrem. Além disso, foi estabelecida a legitimidade de atuação processual do Ecad em nome próprio como substituto dos autores (art. 99, §2º), que o recolhimento de valores só se dará por depósito bancário (art. 99, §3º) e que o Ecad pode manter fiscais, que não poderão receber dos usuários quaisquer valores, sob pena de inabilitação para o exercício da função (art. 99, §§ 4º e 5º).

### **2.3. EVOLUÇÃO JURÍDICA DO CONTROLE DO ECAD**

Anteriormente, o ECAD não era obrigado por lei a cumprir com obrigações de transparência, como divulgar quais os valores arrecadados, seu estatuto, e o quando

cada associação recebe. Apenas a partir de 2004 o Ecad passou a divulgar seu balanço patrimonial em seu site.

O vazio deixado pela extinção do CNDA em 1990 e a falta de atuação de órgãos do Estado no setor é a base de grande parte das críticas feitas. (FGV, Centro de Tecnologia e Sociedade, 2018).

Dessa forma, diante da ausência de regras específicas e controle teria aberto espaço para o cometimento de abusos. O tom geral da sinfonia das críticas é que o Ecad torna-se neste período (meados da década de 90 até 2013) uma instituição rentista, controlada pelo voto das principais associações (pelo poder de voto na assembleia geral ser proporcional aos valores arrecadados, o que já foi caracterizado como “plutocracia”), que passou a ser dominado por um grupo específico de representantes e titulares (os ligados aos interesses das grandes gravadoras internacionais, Sony e EMI na UBC e Universal/BMG com Warner-Chappell na Abrams,), em desfavor das associações com menor valor de repertório e menores titulares. (GUERRA, 2013).

Assim, em vez de defender os interesses dos titulares dos direitos autorais de forma ampla, promovendo a utilização musical este Ecad dirigido por poucos e imune a formas de controle teria desenvolvido uma agenda própria. Segundo seus críticos, ele se transformara numa instituição voltada para si própria e para as maiores associações, trazendo benefícios apenas a este grupo de titulares que lhe controlava, movido por um ímpeto arrecadador. (SOUZA, 2011).

De um meio para a defesa os interesses dos autores tornaram-se um fim em si mesmo. Podemos agrupar, de forma sintética e sem pretensão exaustiva, as críticas ao Ecad em três eixos principais: i) a falta de transparência em sua atuação, ii) uma distribuição inadequada dos valores arrecadados, levantada por parte dos artistas e titulares; e iii) cobrança abusiva dos valores, levantada pelos usuários.

Releve-se ainda que os direitos autorais são os direitos que protegem uma obra intelectual. É a garantia ao autor de que aquilo que ele se empenhou em criar será respeitado, ou seja, não será copiado por terceiro sem a devida indicação de autoria, nem serão divulgados sem prévia autorização do autor, como exemplos.

Os direitos autorais há muito são presentes na sociedade. Apesar de terem sofrido algumas mudanças, especialmente as relativas às formas de proteção, a sociedade, como também está em constante mudança, torna necessário que a

proteção a esses direitos se adequa às novas realidades. Dessa forma, é certo que a popularização da internet é o acontecimento mais marcante do atual modelo de sociedade. Portanto, tornou-se imprescindível discutir os direitos de autor com relação a esse novo aspecto.

É possível perceber, pelo debate desenvolvido até aqui, que é muito complexo apontar em que exato momento o ser humano dotou-se de criatividade. Muito embora inexista uma resposta clara da pergunta, ao se observar as inúmeras invenções já feitas e verificar que são úteis até então, pode-se afirmar que a criatividade humana é uma característica marcante e que sempre foi praticada. Não se tem conhecimento, por exemplo, de quem primeiro teve a ideia de usar o fogo a seu favor, ou de quem inventou a escrita. Mas se tem a certeza de que essas invenções foram fruto da criatividade humana, e que sem elas, atualmente, a humanidade teria comportamentos bem diferentes.

Releve-se, outrossim, que a capacidade para criar, algumas vezes, deriva da necessidade. Em outros casos, também é forma de expressão. As obras literárias, científicas e artísticas são fruto da criatividade e expressam as ideias de quem as produziu.

Portanto, qualquer invenção ou obra, seja qual for, tendo ou não repercussão e utilidade, pressupõe o que se chama de propriedade intelectual. Os direitos do criador sobre o que inventou devem ser respeitados, afinal, não seria razoável um terceiro se apropriar de criações que foram produto de análises profundas e árduas tentativas de uma outra pessoa (BARBOSA, 2010).

Acerca dos Direitos Autorais, pode-se dizer que é recente seu atual modo de aplicação, uma vez que essa maneira de proteção foi construída ao longo do tempo, até se chegar à forma como se conhece hoje.

Nas sociedades mais antigas, como a Grécia, era comum a exploração da criatividade humana, mas não existia proteção direta da propriedade intelectual. Segundo Cavalheiro (2017, p. 02) “de Homero a Aristóteles, do ítalo Dante ao Luso Camões, nenhum autor sabia da existência dos Direitos Autorais, apesar de Sheakspeare e Molière receberem compensações financeiras das peças que produziam”.

Desta forma, pode-se afirmar que muito embora não houvesse leis eficazes e específicas para a proteção dos direitos do autor, existia reconhecimento dos mesmos pelo conteúdo que produziam.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXVII, dispõe que, aos autores, pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Desse modo, é válido citar a seguinte interpretação do inciso:

O artigo 5º, XXVII, que assegura o direito autoral, contém duas normas bem distintas. A primeira e principal confere aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras, sem especificar, como faziam as constituições anteriores, mas, compreendido em conexão com o inciso IX do mesmo artigo, conclui-se que são obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação. Enfim, aí se asseguram os direitos do autor de obra intelectual e cultural, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado direito de propriedade intelectual, que compreende direitos morais e patrimoniais. A segunda norma declara que “esse direito é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. (SILVA, 2014, p. 278).

Portanto, além da Constituição Brasileira proteger os direitos do autor, também garante aos herdeiros que lhes sejam transmitidos esses direitos, evidenciando a intenção do legislador de resguardar o domínio sobre as criações artísticas, científicas e literárias que sejam produzidas.

## 2.4. EVOLUÇÃO JURÍDICA DO CONTROLE

Torna-se oportuno mencionar que propriamente no âmbito geral do Sistema Jurídico Brasileiro, os direitos autorais são regulamentados pela Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. A referida lei claramente trouxe mudanças acerca da defesa da propriedade intelectual. Seu artigo 7º, por exemplo, expõe um rol do que sejam as obras que devem ser protegidas, tais como: obras dramáticas e dramático-musicais, com ou sem letra, obras fotográficas, programas de computador, dentre várias outras.

Quanto ao momento da origem do direito do autor, o artigo 18 é claro ao estabelecer que “a proteção aos direitos autorais de que trata esta Lei independe de

registro”. Ou seja, não é obrigatório, para o regular exercício dos direitos autorais que o autor registre, em seu nome, sua obra.

Deste modo, o direito à propriedade intelectual independe de registro para ser exercido, diferente da propriedade industrial, que necessita da existência de patentes. Dessa forma, conforme o artigo 22 da lei 9.610/98, “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Nos artigos 102 a 110 estão dispostas as sanções previstas para os casos de violação dos direitos autorais.

Não obstante a lei conste em seus artigos maneiras de buscar a proteção máxima das criações intelectuais, em seu artigo 46, pode-se vislumbrar hipóteses em que não seria ofensa aos direitos autorais, como por exemplo, “a reprodução, em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza” (inciso I, alínea b), ou a “reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro” (inciso II), ou ainda, “a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa” (inciso VII).

Assim, após o desenvolvimento do ambiente digital, começaram a surgir novas formas de violação, não somente dos direitos autorais, mas do direito à privacidade, à igualdade, à liberdade, uma vez que não é um espaço físico, no qual as informações e dados pessoais podem ser facilmente alterados, e as informações são repassadas de forma impressionantemente rápida.

Logo, necessitou-se de uma norma que tornasse o meio virtual mais democrático. Somente em 2014, foi promulgada a Lei do Marco Civil, Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, que finalmente regulamentou o ambiente virtual com normas objetivas, visando à proteção de direitos como igualdade, liberdade e privacidade, além de visar também à diminuição de crimes cibernéticos, pois prevê uma série de medidas em caso de violação desses direitos.

A Lei do Marco Civil inovou ao regulamentar o meio virtual e dispor sobre algumas formas de garantir a segurança e a privacidade dos usuários de internet. No artigo 7º, tem-se os direitos do usuário de internet, dentre eles: inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; inviolabilidade

e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial, dentre outros.

O artigo 19, por sua vez, estabelece que o provedor de internet somente será responsabilizado pelos danos causados por terceiro se, após determinação judicial, não tomar as medidas para que haja a retirada do conteúdo da plataforma digital, dispondo assim, como se dá a responsabilidade civil dos provedores de internet pelos danos causados nesse âmbito, o que ainda não havia sido regulamentado por lei até então.

Não há como negar a importância da Lei do Marco Civil para a democracia e liberdade no ambiente virtual, uma vez que essa impôs limites para que os usuários tenham sua intimidade preservada, e, evitando assim, a prática de crimes cibernéticos.

Todavia, para os direitos de propriedade intelectual, a Lei do Marco Civil não trouxe mudanças, pois, em seu artigo 19, § 2º, condiciona a responsabilidade dos provedores, em casos de inobservância aos direitos autorais, à previsão legal específica. Mais adiante, em seu artigo 31, dispõe-se que:

A Lei 9.610/98, que regula no país os direitos autorais, quando se refere às violações destes direitos (art. S 101 e AA.), não menciona o termo plágio. No entanto, esta palavra, no imaginário popular e coletivo, carrega consigo um sentido de que uma obra intelectual foi violada, contrafeita ou de qualquer forma atingida por um ato ilícito, desonesto, trazendo para o plagiário uma fácil vantagem (pecuniária ou de prestígio) roubada de uma criação intelectual bem-sucedida.

Assim, pode-se ter por plágio, a reprodução de má-fé das ideias de um terceiro, excluindo-lhe a autoria e designando a mesma para quem a plagiou, como se suas contribuições fossem, de fato, originais, quando, na verdade, pertenciam a outra pessoa.

O plágio se configura como crime e é ato reprovável pela doutrina. Todo o trabalho de pesquisa investido para a elaboração de uma obra original acaba sendo amplamente ignorados com o plágio, pois o mérito da autoria e originalidade não são reconhecidos, e sim, atribuídos a quem se apropriou indevidamente do trabalho de terceiro.

É oportuno ressaltar que, logicamente, para se configurar plágio, a apropriação deve ser feita com a ciência de que há a reprodução indevida de uma

ideia original. Segundo Gandelman (2007, p. 93): “não existe o ‘plágio presumido’. Para se comprovar a existência de um eventual plágio é necessário que a prova de acesso seja definitiva, isto é, que o plagiário tenha realmente tomado conhecimento da obra original, que se alega que teria sido plagiada”.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância desse trabalho foi observada por meio das necessidades de averiguação de que na sociedade da informação, esta que pode ser definida como a sociedade em que a informação tem peso privilegiado no jogo dos interesses sociais, os direitos autorais não podem representar um empecilho ao desenvolvimento social e econômico, mas, ao mesmo tempo, não podem representar uma forma tão flácida de regulação que deixe os próprios incentivadores da cultura, artistas, criadores, personalidades, músicos, escritores, redatores, tradutores, intérpretes, desprotegidos diante dos assédios da liberdade máxima das empresas e da fluidez completa do mundo digital.

Por fim, deixa em aberto a exigível elaboração de novos estudos que estenda esta pesquisa a outros possíveis enfoques complementares, com o fito de melhor compreender a evolução da principiologia e, sobretudo, da aplicabilidade das normas envolvendo os Direitos Autorais no ambiente brasileiro.

### REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. 1 ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª ed., ref. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. **Introdução à propriedade intelectual**. Disponível em: <[http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30527915/umaintro2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1488830909&Signature=BcF869%2BiyGaMoMP5NQa0SmnpsOc%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DUma\\_introducao\\_a\\_propriedade\\_intelectual.Pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30527915/umaintro2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1488830909&Signature=BcF869%2BiyGaMoMP5NQa0SmnpsOc%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DUma_introducao_a_propriedade_intelectual.Pdf)>. Acesso em: 06 set. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forente Universitária, 2005.

BRANCO, Sérgio Vieira, **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/1y0eOzO>. Último acesso em

21/08/2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. **História dos direitos autorais no Brasil e no mundo**. Disponível em: <<http://www.bibliotekevirtual.org/revistas/Methodista-UNIMEP/CD/v01n01/v01n01a15.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2018.

COSTA NETTO, José Carlos. Estudos e pareceres de direito autoral. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIAS, Maurício Cozer. **Utilização Musical e Direito Autoral**. Campinas: Bookseller, 2000

FGV, Centro de Tecnologia e Sociedade, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/1tb10NI>. Último acesso em 21/08/2018.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GUERRA, Sérgio (Org.) **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Ed. 1. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013

MARTINS. Bruno Cruz de Pinho. **Direito autoral em obra intelectual**. Disponível em: <[http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/657/3/20779949\\_Bruno%20Martins.pdf](http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/657/3/20779949_Bruno%20Martins.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2018.

NUNES. Simone Lahorgue. **O marco civil na internet e o direito autoral**. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/o-marco-civil-da-interneteo-direito-autoral>>. Acesso em 30 set. 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Allan Rocha de. **Apresentação sobre Judicialização e Ecad no VII CODAIP**. Congresso organizado por GEDAI – UFPR – CURITIBA, em 12.11.2013.  
TORRI, Verônica. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e Defesa da Concorrência**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

## A QUEBRA DE PATENTE NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Larissa Maria Vasconcelos Coelho<sup>1</sup>  
Valberto Alves de Azevedo Filho<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo a análise do instituto da licença compulsória, mais conhecida como quebra de patente, e a sua importância na nossa sociedade, analisando-o segundo o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Apesar de serem necessários, muitos tratamentos deixam de ser realizados em detrimento do seu alto custo para uma população que, na grande maioria das vezes, é hipossuficiente, sem condições de arcar com os seus custos. Desse modo, o presente estudo surge como forma de apresentar os principais desafios a serem enfrentados, suas vantagens e como se dá o presente pedido de quebra de patente, através da demonstração do seu processo. Além do mais, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, realizada com diversos estudos bibliográficos, através de livros e artigos. Como resultado temos as vantagens da obtenção da quebra de patente na indústria farmacêutica para toda a população, como uma facilitadora da busca pela saúde pública. Por fim, concluímos que, sempre que necessário ao interesse nacional, ocorrerá a quebra de patente com objetivo de evitar abusos contra a população e garantir o seu devido tratamento, propondo um despertar à indústria farmacêutica quanto aos preços abusivos aplicados a medicamentos de suma importância.

Palavras-chave: Patente, licença compulsória, tratamento, saúde, preço, alto custo, farmacêutica.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to analyze the institute of compulsory licensing, better known as patent infringement, and its importance in our society, analyzing it according to the principle of Public Interest Supremacy over the Private. Although necessary, many treatments are no longer performed to the detriment of their high cost for a population that, in the majority of cases, is costly, unable to afford its costs. Thus, the present study appears as a way of presenting the main challenges to be faced, their advantages and how the present application for patent infringement takes place, by demonstrating its process. Moreover, it is a qualitative research, carried out with several bibliographical studies, through books and articles. As a result we have the advantages of obtaining the patent break in the pharmaceutical industry for the whole population, as a facilitator of the search for public health. Finally, we conclude that, where necessary to the national interest, patent infringement will occur in order to avoid abuses against the population and ensure their proper treatment, proposing an awakening to the pharmaceutical industry as to the abusive prices applied to drugs of great importance.*

*Key words: Patent, compulsory license, treatment, health, price, high cost, pharmaceutical..*

---

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

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

## 1 INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia nos proporciona diversos benefícios, seja nos auxiliando nas diversas tarefas do dia a dia ou para desenvolver algum objeto, uma invenção. A partir de então, com as diversas facilidades existentes atualmente, começaram a surgir diversas novidades no mercado surgindo, a cada dia, algo mais novo e mais moderno para substituir um antigo.

O presente trabalho será dividido em 7 capítulos, onde será trabalhado um breve histórico sobre o instituto da patente no mundo, os conceitos de marcas e patentes, como se dá o processo de registro e as suas etapas a serem seguidas, bem como sobre a incidência do instituto da licença compulsória ou quebra de patente, como é popularmente conhecida no Brasil.

Será analisada, também, a compatibilidade da quebra de patente na indústria farmacêutica com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio esse que tem sua aplicação direcionada ao direito administrativo, colocando em primeiro plano o interesse da coletividade sobre o interesse de particulares.

Como um novo objeto aparece trazendo lucros ou títulos para aqueles que o inventaram, surge o instituto da patente como forma de proteger o inventor e o seu objeto do uso de terceiros, que acabariam saindo em vantagem quanto ao inventor, já que receberiam o objeto pronto, sem a necessidade de realizarem maiores análises e até mesmo sem custos com pesquisas.

A patente surge, então, como o instituto responsável por resguardar a invenção do uso alheio, sem autorização, e de acordo com o art. 8º da Lei 9.279/1996: “deverá obedecer aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

Logo, para que seja obtida a patente, a invenção não poderá ser aquilo que as pessoas já tenham acesso, terá que ser algo novo, que possa vir a ser reproduzido e utilizado, e que obtenha destaque entre os objetos já existentes. De nada adiantaria uma invenção de que não se tem meios para reproduzir o seu objeto, nesse caso seria apenas uma descoberta ou estudo, científico que não são passíveis de ser patenteados.

Acontece que, algumas vezes as patentes acabam se tornando, de certa forma, abusivas aos consumidores finais, deixando de cumprir a sua função social com preços muito elevados, dificultando o acesso ao produto que, muitas vezes, é um produto essencial à vida como um remédio para quem faz o tratamento de uma doença grave.

Na indústria farmacêutica existem muitos remédios patenteados que são de grande importância para portadores de doenças graves, e, na maioria das vezes, a população não tem como custear o seu próprio tratamento, tendo que recorrer ao próprio Governo, através do Sistema Único de Saúde – SUS, que, por sua vez, e atendendo ao princípio da integralidade de assistência, deve atender à todos aqueles que deles necessitem, pois ninguém poderá ficar desamparado diante de uma dificuldade.

O questionamento que nos fica é: por quanto tempo o governo suportará o custeio de tratamentos tão caros? Seria então um “privilegio” para alguns enquanto outros ficariam sem o seu devido tratamento por falta de recursos?

O financiamento de tratamentos é, além de qualquer coisa, uma questão de saúde pública. Se em determinada localidade alguém adocece e aquela doença pode ser transmitida para mais pessoas se não houver o devido tratamento, a doença tomará grandes proporções e causará maiores gastos para a máquina pública, que já é insuficiente.

A Constituição Federal dispõe de uma sessão direcionada para a saúde, com seu conceito, competências e diretrizes. De acordo com a CF:

Art. 196. 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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A única maneira encontrada para solucionar o conflito do alto custo de tratamento x população hipossuficiente seria através da quebra de patente de tais medicamentos, numa tentativa de beneficiar a sociedade em geral com a diminuição dos custos de tratamentos.

No Brasil já foi utilizada a quebra de patente dos medicamentos necessários para o tratamento da Aids que são de alto custo e são disponibilizados, de forma gratuita, no Sistema Único de Saúde, para quem dele necessitar, seja quem for.

No momento da quebra de patente do medicamento para o tratamento da Aids, realizada em maio de 2007, estimava-se que até o ano de 2012 seria economizado o total de 30 milhões de dólares. A partir desses dados, de apenas um exemplo, observa-se o quanto o governo consegue economizar com a quebra de patentes, podendo atender a todos com maior “facilidade”.

A quebra de patente, nesse caso, permite que seja produzido o medicamento genérico, com a mesma função, porém, com valor muito inferior e acessível. Se um medicamento não tem o preço justo, a vida daqueles que dele precisam estará sujeita aos mais diversos riscos dela advindos.

É preciso que se priorize a saúde em detrimento do lucro, deveria haver uma proporcionalidade quando o assunto é saúde, mas não é bem isso que os grandes laboratórios desejam, afinal, só almejam o seu lucro, sem se preocupar com a questão da saúde pública.

Quando acontece a quebra de patente e a produção de medicamentos é iniciada, os medicamentos “originais” começam a ter um preço mais justo, devido à concorrência que agora existe, não mais existe monopólio. Muitas vezes a população mais carente, mesmo com medicamentos genéricos, não conseguem comprar com o seu próprio dinheiro, quiçá um remédio patenteado.

O Brasil é elogiado por realizar a quebra de patentes na indústria farmacêutica, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), Organização Mundial do Comércio (OMC) e, também, pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), sendo apresentado como “exemplo de como o “uso célere e eficaz” da licença compulsória, ou quebra de patente pode ser útil para negociar preços mais baixos de medicamentos com a indústria farmacêutica” (MOREIRA, 2013).

## 2- HISTÓRICO

As invenções desde sempre foram tomadas como de relevante importância, garantindo a modernização dos produtos já existentes, bem como por facilitar cada vez mais a vida da população. Por ser considerado em constante evolução, o

homem também tem a necessidade de evoluir com seus objetos/tecnologias, realizando-os com o objetivo de beneficiar a população em geral e de auferir o lucro advindo daquela criação.

Entretanto, nem sempre foi possível conceder-lhes a sua devida proteção, até mesmo por existir monopólio sobre a produção existente, que, na grande maioria das vezes, pertencia de forma exclusiva ao Estado. Este por sua vez, ao se deparar com o medo de perder os lucros advindos dos produtos de seus monopólios, criava grandes dificuldades para evitar essa proteção esperada.

A proteção à criação foi formalizada apenas no século XV, onde as leis britânicas e o Estatuto dos Monopólios eram utilizados, por vários países, como base para a devida proteção à propriedade intelectual. Nessa mesma época foi formalizado o primeiro pedido de registro de proteção à propriedade intelectual.

A primeira formalização de pedido de registro de patente aconteceu em 1449, na Inglaterra, onde foi concedida a proteção sobre a invenção de João de Utynam, um artesão que desenvolveu um novo método de criação de vidros, pelo prazo de 20 anos e fora concedida pelo Rei Henrique VI.

O primeiro decreto promulgado pelo governo sobre a proteção à propriedade intelectual só aconteceu no ano de 1474, na República de Veneza, onde foi garantida a exclusividade como forma de proteger aquela invenção do uso de terceiros sem autorização, objetivando a proteção dos direitos daquele inventor sobre a sua obra.

Durante a Revolução Francesa de 1791, conhecida por ter dado início à Idade Contemporânea, foi criado o sistema moderno de proteção à patente, entretanto, o Congresso dos Estados Unidos foi considerado como o primeiro a aprovar lei de proteção de patentes em 1790.

O primeiro pedido de registro de proteção à propriedade industrial foi feito por Luiz Louvain e Simão Clothe, tomando como base o alvará de 1809, de acordo com o livro Propriedade Industrial no Brasil – 50 Anos de História, da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial (Abapi), o primeiro pedido de registro de proteção à propriedade industrial.

O primeiro pedido brasileiro foi realizado para proteger a criação de uma máquina de descascar café, objeto completamente inovador dentre os existentes na

época, que foi capaz de facilitar e agilizar o trabalho dos produtores. Nesse pedido, o prazo de proteção da invenção solicitado foi de 05 anos.

Nesse mesmo ano, com a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, foi criada a primeira resolução sobre patente. A partir de então, a produção industrial ganhou força e maior proteção, tendo, agora, o período de 14 anos de proteção sobre a propriedade industrial, grande avanço realizado, tendo em vista que até meados de 1785 as fábricas eram proibidas na colônia.

A Constituição de 1824 já trouxe em seu texto a garantia de proteção aos inventores, de acordo com o Art. 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

Já a primeira lei sobre patentes no Brasil só surgiu em 1830 e era conhecida como Lei de 28 de Agosto de 1830. Tal dispositivo trouxe maior proteção à invenção, com prazos de 5 a 20 anos, garantindo, também, uma política industrial mais ampla, regulando o direito de usar e dispor daquela patente. De acordo com o Art. 1º da referida norma: “A Lei assegura ao descobridor, ou inventor de uma industria util a propriedade e o uso exclusivo da sua descoberta, ou invenção.”

Nesse mesmo dispositivo constitucional, foi instituído o Princípio do Inventor o qual além de prever as garantias aos inventores, ainda trazia a possibilidade de ceder aquela invenção ao uso de terceiros com uma devida contraprestação, que, nesse caso, seria uma remuneração sobre o uso. Segundo o art. Art. 8º “O que tiver uma patente, poderá dispor della, como bem lhe parecer, usando elle mesmo, ou cedendo-a a um, ou a mais.”.

Atualmente o pedido de registro de patente é feito junto ao INPI – Instituto Nacional de Propriedade intelectual, criado em 1970, que é uma autarquia federal criada com o objetivo de regular e proteger a propriedade industrial, realizando o registro de marcas ou de patentes no Brasil.

### 3- MARCAS E PATENTES

### 3.1 MARCAS

As marcas são, de acordo com o Art. 122, Lei nº 9.279, os sinais distintivos visualmente perceptíveis e não compreendidos nas proibições legais. São, ainda, capazes de diferenciar um objeto ou até serviços daqueles já existentes.

As marcas surgem com o objetivo de trazer identidade à uma empresa, capaz de fidelizar, ou não, os seus clientes. Na maioria das vezes, ao experimentar um produto e dele gostar, aquele consumidor guardará aquela marca como boa e poderá, inclusive, divulgá-la para que mais pessoas possam conhecê-la.

Entretanto, do mesmo modo pode acontecer quando alguém experimenta e não aprova o produto, pois aquela pessoa pode passar uma imagem ruim acerca daquele produto através da sua marca. Desse modo, fica claro para nós a grande importância de uma marca sobre produtos e serviços, sendo “o nome” da empresa.

Seguindo os preceitos legais, a marca poderá ser dividida em três espécies, que são, de acordo com o art. 123:

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

As marcas são sinais visualmente perceptíveis pois, ao passar por determinado símbolo ou logotipo, uma pessoa é capaz de rapidamente identificar aquele produto como sendo marca x ou y, e atribuir-lhe qualidade ou não.

Para a criação de determinada marca é preciso que seja seguido o requisito da novidade, já que não poderá surgir uma marca igual ou semelhante àquela já existente. Desse modo, haveria grande confusão entre os consumidores finais e também teria uma certa vantagem para aquele que criou uma marca semelhante à outra, o que não seria justo com quem primeiro chegou ao mercado.

A proteção conferida para as marcas só tem abrangência naquele determinado ramo de atuação, com a finalidade de evitar confusão entre os usuários, dessa forma, em qualquer outro ramo poderá haver uma marca igual, mas naquele em que já houver marca cadastrada não será possível. Assim, se uma

padaria tem a mesma marca/nome de uma banca de revistas, não haverá confusão entre elas, por serem de ramos distintos, apesar de ambas utilizarem de um mesmo nome como marca.

A proteção da marca tem o prazo de 10 anos de duração, que poderão ser renovados por igual período, sem limites de renovação. Enquanto existir aquela marca, o seu proprietário terá o direito de renová-la.

De acordo com o art. 142, findo o prazo de proteção daquela marca, caso não haja pedido de renovação, a marca estará extinta, podendo qualquer pessoa dela dispor. As marcas ainda poderão ser extintas caso haja renúncia do seu titular, pela caducidade ou desuso ou, ainda, pela inobservância do art. 217, que trata de pessoas domiciliadas no exterior.

De acordo com o texto do art. 217: “A pessoa domiciliada no exterior deverá constituir e manter procurador devidamente qualificado e domiciliado no País, com poderes para representá-la administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações.” Com isso, se tais requisitos não forem devidamente seguidos, haverá extinção da marca.

### 3.2- PATENTES

O instituto da patente surge para garantir proteção as invenções e ao direito dos inventores, sendo objetos completamente novos, sem nenhum semelhante existente no mercado, assim como o seu processo de produção. Além do mais, o seu registro tem validade em todo o território nacional.

De acordo com o art. 6º, Lei 9.279: “Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.”

Há, também, a possibilidade de que uma patente seja solicitada por um grupo de pessoas, pois, uma vez que todos criaram, todos terão direito sobre aquela patente, e deverão ser nomeados no registro. Conforme extraído do art. 6, § 3º:

Art. 6º, § 3º Quando se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos.

As patentes podem ter seu objeto classificado de duas maneiras, quais sejam, patente de invenção ou modelo de utilidade, sendo esta a proteção garantida a uma melhoria trazida para um objeto já existente, o qual não tinha tal capacidade antes. A patente de invenção é, como o seu próprio nome afirma, a proteção sobre a invenção, algo que não existia anteriormente.

Entretanto, mesmo sendo, em regra, de exclusividade do seu inventor, a patente poderá sofrer limitações quanto à sua exclusividade, que são as hipóteses inseridas no art. 43, Lei 9.279. Senão, vejamos:

Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:

I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente;

II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas;

III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado;

IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento;

V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e

VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa.

VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40.

Existe ainda a possibilidade de, caso seja da sua vontade, o inventor conceder a utilização do seu produto à terceiros da forma que achar correta ou devida e os mesmos poderão reproduzir o objeto patenteado.

Durante o tempo que a patente vigorar, seu detentor tem direito exclusivo de utilizar o conhecimento, podendo licenciar a terceiros o seu uso. A posse da patente e a impossibilidade de que algum outro a utilize permite que, durante o tempo de vigência da patente, o inovador tenha monopólio sobre o uso do conhecimento. (PÊSSOA; CONSIDERA; RIBEIRO, 2010)

Embora seja um processo bastante rigoroso e, por conseguinte, lento, o instituto da patente é uma forma de trazer incentivo aos inventores já que haverá

proteção sobre aquela invenção, assim como a sua exclusividade, evitando o uso ou reprodução de terceiros sem a devida autorização.

O prazo de proteção concedido para as patentes será de 20 anos para as de invenção ou de 15 anos para os modelos de utilidade. Findo esse prazo, aquela invenção poderá ser utilizada por qualquer pessoa sem a necessidade de autorização do seu inventor/criador.

### 3.2.1 Do processo de registro de patente

Para que seja possível o registro de uma patente, o objeto deverá obedecer, de acordo com o art. 8º, Lei 9.279, aos requisitos da novidade, atividade inventiva e da aplicação industrial, pois, aquele produto deverá ter a capacidade de ser produzido industrialmente.

O requisito da novidade é de grande importância pois, antes de realizar o pedido de registro, é preciso que se verifique a existência de algum objeto/produto igual ou semelhante ao pretendido, caso exista, não será possível um segundo pedido de registro sobre o mesmo objeto, quebrando, assim, o requisito da novidade.

Além do mais, o produto pretendido não poderá ter sido sequer objeto de solicitação de registro, mesmo que não tenha, ainda, a sua devida concessão, terá que ser algo completamente novo no mercado.

O processo para obtenção do registro de patente será administrativo, e acontecerá perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, nele serão realizadas todas as fases necessárias para que se obtenha o registro de uma patente.

A primeira fase enfrentada pelo inventor para a concessão da patente, será o depósito do pedido, que deverá conter, de acordo com o art. 19, Lei 9.279: o requerimento; relatório descritivo (que é o detalhamento da invenção); as reivindicações; os desenhos; o resumo da invenção; e, por fim, o pagamento da guia GRU.

A fase das reivindicações é o momento no qual o inventor terá que detalhar toda a sua invenção, aquilo que faz com que ela seja, realmente, *suis generes*, em outras palavras, algo completamente novo. O art. 25, da Lei 9.279, é responsável

por atribuir responsabilidades a esta fase, conforme pode-se observar: “As reivindicações deverão ser fundamentadas no relatório descritivo, caracterizando as particularidades do pedido e definindo, de modo claro e preciso, a matéria objeto da proteção.”

A segunda fase a ser enfrentada é a do exame formal, na qual, de acordo com o art. 20, se o pedido estiver devidamente instruído, será protocolizado e a data da sua apresentação será considerada como a data do depósito do pedido. Caso não sejam cumpridas as exigências, o pedido será arquivado.

A publicação será a terceira fase e acontecerá na própria Revista de Propriedade Industrial – RPI. Essa publicação conterá todas as informações do pedido, e só poderá acontecer após o prazo de 18 meses em que será mantido sob sigilo, que serão os 18 meses contados do depósito ou da prioridade mais antiga, com base no art. 30, Lei 9.279/96.

O exame de mérito é a quarta fase do processo, é conhecida como a fase das diligências. Por fim, tem-se a decisão como última fase, onde o INPI irá tomar sua decisão acerca do pedido, com o deferimento ou indeferimento daquele pedido.

Caso o pedido seja indeferido na fase de decisão, de acordo com o art. 212, Lei 9.279/96, o titular do pedido poderá interpor recurso administrativo contra aquela decisão, no prazo de 60 dias, onde serão decididos pelo Presidente do INPI. Da decisão de arquivamento definitivo não caberá recurso, e aquele pedido voltará para o “final da fila”.

### **3.2.2 Da dificuldade e demora do processo de registro**

O pedido de registro de patente, além de envolver o pagamento de diversas taxas, é um processo bastante demorado, de modo que uma patente só é concedida, em média, entre 10 e 14 anos após a realização do pedido, sendo a média mundial entre 4 e 5 anos, de acordo com o presidente da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, Luiz Edgard Montaury.

A demora é, de certa forma, justificada pela falta de estrutura no próprio INPI, órgão responsável por conferir o registro da patente. Apesar de ser um órgão que recebe muito dinheiro com os pedidos de registro, pois, afinal, um pedido envolve todas as taxas a ele inerentes, o INPI não tem estrutura suficiente para atender a

demanda, estando impedido de contratar novos examinadores pelo próprio governo, segundo Luiz Edgard Montauray.

Muitos empresários estrangeiros, e até mesmo nacionais, estão deixando de registrar suas invenções no Brasil, pois, além de demorada, durante o curso do processo se algum terceiro vier a reproduzir aquela invenção, o inventor nada poderá fazer, pois para que haja uma ação judicial contra esse terceiro, é preciso que já tenha sido concedido o registro de patente.

Atualmente, existe cerca de 230 mil patentes à espera de aprovação, na chamada *backlog*, como é conhecida a fila de espera, de acordo com Montauray. O Presidente do INPI ainda afirma que já existe projeto na Casa Civil para ser examinado para tentar solucionar o problema existente atualmente relacionado à demora. Tal projeto trataria sobre uma avaliação com aprovação mais rápida, tendo por exceção apenas as patentes no tocante à indústria farmacêutica, visto que esse tipo demanda maior análise.

Após a análise do que foi dito pelo Presidente do INPI, é possível observar que o processo é muito mais burocrático do que deveria ser, dificultando os altos investimentos que poderiam ser realizados no Brasil, com os consequentes investimentos que poderiam advir dali.

#### 4- DA LICENÇA COMPULSÓRIA

O instituto da licença compulsória surge como forma de evitar o abuso de poder ou abuso econômico do proprietário da patente sobre a sua invenção, devendo o objeto cumprir a sua função social a qual está diretamente ligado.

A lei que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, Lei nº 9.279/1996, trata em capítulo específico acerca da licença compulsória, conhecida, de forma mais popular como a quebra de patente. Vejamos:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

A quebra de patente ou licença compulsória está prevista na Convenção de Paris, de 1967, a qual deu aos Estados o poder de fazer cessar o monopólio sobre a propriedade caso haja abuso de poder ou o seu mau uso, objetivando o

cumprimento do princípio da função social da propriedade, que tem igual aplicação ao instituto da propriedade intelectual.

Ainda no art. 68, lei nº 9.279/1996, tem-se as seguintes hipóteses elencadas no §1º:

Art. 68: (...)

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

- I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou
- II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

Tais hipóteses previstas no artigo supracitado, só poderão ser requeridas após a decorrência do prazo de 3 anos da concessão da patente, com base no §5º, art. 68, Lei 9.279/96. Vejamos: § 5º “A licença compulsória de que trata o § 1º somente será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente.”

A partir de então, é possível analisar que aquele que é detentor de uma patente e não a explora, estará possibilitando a aplicação do instituto da licença compulsória, assim como aquele que, apesar de produzir, não o faz da maneira correta ou como deveria, fabricando menos do que o necessário pelo mercado.

No abuso de poder econômico, como o próprio nome já explica, o inventor utiliza da importância do seu produto e do seu monopólio para aplicar preços exorbitantes, afinal o lucro é todo seu, não há concorrência. O mau uso pode ser caracterizado pela não utilização efetiva da invenção, embora necessária, não está sendo realizado da forma correta/devida.

O Art. 68, Lei 9.279/96, além de explicitar as hipóteses de incidência do instituto, traz os legitimados para realizar o requerimento da licença que serão aqueles “com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração”, de acordo com o §2º do mesmo dispositivo.

De certa forma, o que acontece quando há concessão do registro de patente é um monopólio para o inventor sobre aquele produto, com o objetivo de ser uma “contraprestação” pelo seu tempo de pesquisa até chegar no resultado, lhe garantindo todos os benefícios dela decorrentes, desde que não utilize do seu poder de forma abusiva, o que poderá acarretar a licença compulsória.

O instituto da quebra de patente na indústria farmacêutica, além de ser uma tentativa de diminuir os valores dos medicamentos, é uma questão de saúde pública,

visto que, com o devido tratamento, muitas doenças podem ser curadas e até mesmo ter a sua transmissão evitada, controlando, de certa forma, o contágio em massa, além de reduzir os custos do Governo Federal, que através do Sistema Único de Saúde – SUS, oferece tratamentos.

#### 4.1 DO PROCESSO DE LICENÇA COMPULSÓRIA

Para que haja a quebra de patente ou licença compulsória, o legitimado deverá elaborar pedido mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente, de acordo com o art. 73, lei 9.279/1996.

Ao detentor da patente, de acordo com o art. 73, § 1º, será atribuído um prazo de 60 dias para que possa se manifestar, apresentando o que achar de direito, mas, caso o titular não venha a apresentar nenhuma objeção ao pedido de licença, a proposta oferecida será considerada como aceita, nos termos daquele pedido.

Quando se realiza o pedido, é preciso que se tenha documentos que comprovem aquilo que o legitimado está afirmando, é preciso que haja provas de que aquele fato realmente está acontecendo para que o inventor possa vir a sofrer com a aplicação do instituto da licença compulsória.

Se o inventor apresentar defesa ao pedido de licença, de acordo com o §4º, o INPI poderá realizar as diligências necessárias para avaliar o caso, podendo, inclusive, designar comissão que, por sua vez, poderá ser composta por especialistas que não integram os quadros do INPI para que possam atribuir a devida remuneração ao inventor.

Normalmente, ao analisar o instituto da licença compulsória surge o pensamento de que aquele inventor não terá mais direito algum sobre a sua invenção, tendo perdido a sua exclusividade sem receber nenhuma contraprestação, afinal, seria por sua própria culpa que a licença aconteceu. Mas não é bem assim.

Ao ser concedida a licença, o inventor receberá uma remuneração referente ao uso da sua invenção, por isso é de tamanha importância que seja apresentada defesa quanto aquele pedido que já conterà o valor a ser pago a título de remuneração ao inventor.

O INPI poderá realizar solicitação junto a órgãos da administração pública para que sejam obtidas as informações necessárias, objetivando o arbitramento correto da remuneração a ser paga ao inventor.

Ainda de acordo com o art. 73, § 6º: “No arbitramento da remuneração, serão consideradas as circunstâncias de cada caso, levando-se em conta, obrigatoriamente, o valor econômico da licença concedida”.

Por fim, o INPI terá o prazo de 60 dias para que chegue a sua decisão final quanto a concessão, ou não, da licença compulsória, com base no art. 73, § 7º: “Instruído o processo, o INPI decidirá sobre a concessão e condições da licença compulsória no prazo de 60 (sessenta) dias”.

Entretanto, a licença concedida não garante ao licenciado a posse de qualquer maneira, é preciso que seja observado o disposto no art. 74, Lei 9.279/1996, devendo iniciar a sua exploração no prazo 1 ano após a concessão da licença, sob pena de sofrer a cassação daquela licença, que poderá ser solicitada pelo então titular. Conforme disposto no art. 74:

Art. 74. Salvo razões legítimas, o licenciado deverá iniciar a exploração do objeto da patente no prazo de 1 (um) ano da concessão da licença, admitida a interrupção por igual prazo.  
§ 1º O titular poderá requerer a cassação da licença quando não cumprido o disposto neste artigo.

#### **4.1.1 Dos legitimados para o requerimento**

De acordo com a Lei 9.279/96, são legitimados para realizar o requerimento da licença compulsória aqueles com legítimo interesse e que tenha, ainda, capacidade técnica e econômica para poder explorá-la. Vejamos:

Art. 68 § 2º A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior.

Existe também a possibilidade de que a licença compulsória seja declarada pelo poder executivo federal. Nessa hipótese, é preciso que haja emergência nacional ou interesse público e que o titular daquela patente não atenda o interesse nacional, de acordo com o art. 71, lei 9.279/96.

É possível considerar, de acordo com o decreto nº 3.201/99, como emergência nacional “o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do

território nacional”, com base no art 1º, §1º. Já o interesse público vem conceituado no §2º da referida norma:

§ 2o Consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País.

É preciso que haja uma justificativa e, também, que o legitimado à realizar o pedido tenha capacidade técnica e financeira para continuar com a exploração, objetivando a continuação da produção daquele objeto/invenção patenteado.

#### **4.1.2 Da possibilidade da realização de licença compulsória de ofício pelo poder público**

De acordo com a Lei 9.279/96, é possível que a quebra de patente ocorra por ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República, ao declarar emergência nacional e interesse público. Conforme assevera o Art. 71:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Entretanto, em 2003 houve a promulgação de um decreto pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o Decreto Nº 4.830/2003, objetivando a regulação da concessão de licença compulsória de ofício pelo Poder Público tratada no artigo supracitado.

Nesse caso, a exploração da patente licenciada só poderá ser realizada diretamente pela União ou por terceiros devidamente contratados ou conveniados, podendo ser considerada ilícita a exploração que não seja para aquela finalidade, de acordo com o exposto no art. 9º, Decreto Nº 4.830/2003.

## **5- DA QUEBRA DE PATENTE NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA**

Em nossa pátria já houve casos de quebra de patente da indústria farmacêutica, levando em consideração o relevante interesse nacional e a urgência, nesses casos, sendo declaradas de ofício pelo chefe do Poder Executivo.

É preciso que haja razoabilidade e, muitas vezes, boa-fé por parte dos detentores de patentes na hora de realizar a sua exploração, o que nem sempre ocorre. Daí surge o instituto da licença como forma de solucionar esse impasse.

A indústria farmacêutica movimentada, de forma bastante considerável, o mercado interno com faturamento de R\$ 63,5 bilhões em 2016, advindos da venda de de 4,5 bilhões de produtos, de acordo com informação disponibilizada no próprio *site* da ANVISA.

## 5.1 HISTÓRICO

A concessão de licença compulsória no âmbito da indústria farmacêutica nacional pode ser considerada recente, pois, o primeiro registro nacional ocorreu apenas há 11 anos atrás, no ano de 2007.

Em 2007 surgiu o Decreto nº 6.108, assinado pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no qual foi regulamentada a quebra da primeira patente de medicamento, a do Efavirenz, anti-retroviral que é utilizado no tratamento do HIV e que tinha custo muito elevado, dificultando o acesso da população.

Ao realizar a concessão da licença, o Brasil tomou como base regras internacionais e foi considerado pioneiro na América Latina sendo uma decisão histórica, já que a licença só havia sido concedida para países como Canadá, Tailândia e Itália, de acordo com o presidente do INPI em 2014, o diplomata Otávio Brandelli.

Ao realizar a quebra da respectiva patente, o governo obteve uma economia de cerca de R\$ 30 milhões somente no primeiro ano, de acordo com o Estadão. O então secretário de vigilância em saúde, Jabas Barbosa afirma que: "Além da economia gerada com a compra da versão genérica do remédio, houve uma redução importante da vulnerabilidade do programa graças à autossuficiência".

Antes de declarar a licença compulsória, houve a tentativa de negociação com o laboratório responsável pela produção do medicamento que não quis aceitar as condições, já que estaria, de certa forma, deixando de obter lucros exorbitantes, não restando outra solução para o governo senão a aplicação do instituto da licença compulsória.

Atualmente, no corrente ano de 2018, o Ministério da Saúde vem ameaçando realizar a quebra da patente do medicamento Spinraza, o qual tem o custo de R\$ 239 mil por ampola, preço absurdo e completamente abusivo para ser aplicado a um medicamento e, segundo a Anvisa, é o medicamento mais caro registrado no Brasil.

De acordo com o Secretário do Ministério da Saúde, Marco Fireman “Os preços no Brasil estão chegando a um absurdo” e, ainda afirma que “não há nada que justifique o pagamento de R\$ 300 mil reais em uma única ampola de medicamento, por mais importante que tenha sido a sua criação, o preço cobrado é absurdo”.

No mesmo ano de 2018, também está sendo solicitado um pedido de licença compulsória relativa ao medicamento Sofosbuvir, responsável para o tratamento da hepatite C, que fora concedida em 18 de setembro de 2018 ao laboratório farmacêutico norte-americano Gilead Sciences.

Logo após a concessão dessa patente, por ter sido uma decisão que causaria prejuízos aos que necessitam do medicamento bem como para o SUS, já foi solicitada a licença compulsória a qual foi de pronto deferida pela Justiça Federal do Distrito Federal.

O juiz responsável pela concessão da licença, fundamentou sua decisão levando em consideração a necessidade de tratamento para as pessoas acometidas por tal doença, as quais podem ter as suas vidas interrompidas por uma doença sobre a qual existe um tratamento, mas a ele é atribuído um preço exorbitante.

A concessão de patente pelo INPI ao laboratório americano causou rejeição inclusive para a OAB, que manifestou seu repúdio sobre a concessão da patente, através da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde do Conselho Federal. Tal posicionamento leva em consideração o fato de tamanho prejuízo que será causado para a população brasileira.

A questão maior relacionada ao alto custo de medicamentos patenteados é: até quando o governo terá capacidade financeira para financiar tratamentos cada vez mais caros? Seria então um “privilégio” para alguns enquanto outros ficariam sem o seu devido tratamento por falta de recursos?

A Constituição Federal dispõe de uma sessão direcionada para a saúde, com seu conceito, competências e diretrizes. De acordo com a CF:

Art. 196. 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.

A única maneira que encontrada para solucionar o conflito do alto custo de tratamento x população hipossuficiente seria através da quebra de patente de tais medicamentos, numa tentativa de beneficiar a sociedade em geral.

O deputado Eduardo Jorge foi o responsável pela criação de projeto de lei relacionado à venda e produção de medicamentos genéricos no Brasil, como meio de fazer diminuir o valor cobrado sobre os mesmos produtos. Entretanto, apesar de ser uma solução para diminuir os gastos públicos, o projeto de lei não obteve sucesso.

Conforme assevera Eduardo Jorge:

“O Brasil se curva ao poder de uma indústria farmacêutica americana. Vamos sangrar o orçamento do SUS em mais de 1 bilhão de reais! A Fiocruz, que domina a tecnologia, vai ficar impedida de fabricar o genérico. O governo brasileiro tem o dever de não reconhecer a patente e liberar a fabricação do genérico.”

Desse modo, resta evidente a importância da quebra de patente para a saúde pública a partir do momento em que o instituto é capaz de beneficiar uma população em detrimento do benefício abusivo de uma pessoa ou de um grupo de pessoas.

## **6- DA COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO**

Os princípios surgem como forma de organizar um sistema, fazendo com que as pessoas os tenham como “norte” na hora de realizar as suas ações do dia a dia, objetivando criar regras básicas a serem seguidas por todos. Nas palavras do renomado jurista Marcelo Alexandrino:

“Os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa” (ALEXANDRINO, Marcelo, 2011)

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado surge com o objetivo de fazer com que a administração pública, principalmente, objetive a realização de ações em prol de toda a sociedade, ao invés de buscar atender apenas ao interesse de pequenas parcelas da sociedade.

É preciso que o direito seja igual para todos, sem que A seja beneficiado por ter melhores condições ou atendam aos interesses de B ou C. Tal princípio deveria servir como base para a construção de uma sociedade igualitária e justa, que busca pela redução das desigualdades existentes.

A compatibilidade de tal princípio com a concessão da licença compulsória na indústria farmacêutica surge, primeiramente, ao se analisar a necessidade ou não de preços tão altos para um medicamento, por exemplo. Deverá a sociedade “sofrer” com o monopólio de um produto, privilegiando apenas aquele proprietário de uma patente, que, na maioria das vezes, utiliza de má-fé, aplicando preços exorbitantes?

Nessa primeira análise, fica evidente a necessidade de compatibilização de tal princípio com a licença compulsória, como forma de se atender ao interesse de toda uma população em detrimento do interesse de uma minoria.

A compatibilidade também surge ao se analisar a necessidade de atendimento igualitário para todos os usuários. É preciso que se atenda a todos, da mesma forma, sem priorizar um em detrimento dos demais, não é justo que apenas alguns consigam o tratamento pelo qual necessitem para sobreviver.

Com a ocorrência da licença compulsória e a consequente diminuição nos preços dos medicamentos, o Governo Federal, através do Sistema Único de Saúde (SUS), terá maiores condições de financiar os tratamentos daqueles que mais necessitem. É preciso que seja levado em consideração o benefício e a economia que será gerada ao governo, possibilitando a aplicação da verba não só em uma área.

A renomada doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010), nos traz a ideia de que todas as normas de direito público têm a função específica de resguardar interesses públicos, mesmo que reflexamente protejam direitos individuais, seguindo a premissa de que o interesse público é a finalidade do Estado.

Seguindo o mesmo raciocínio, Di Pietro entende, ainda, que o ordenamento constitucional abrange as mais variadas hipóteses em que seria capaz retirar o

direito de um particular para que fosse garantido o direito da maioria, através da aplicação do princípio estudado.

Entretanto, o estudo de tal princípio ainda não é pacífico no ordenamento jurídico brasileiro, havendo doutrinadores com linhas de raciocínio expressamente contra a aplicação e compatibilidade com o princípio estudado.

Para fundamentar o estudo contra a aplicação do princípio, os doutrinadores seguem a linha de que haverá arbitrariedades na hora da efetiva aplicação, dente eles Gustavo Binbenbojm, podendo desconsiderar, inclusive, os direitos fundamentais garantidos aos indivíduos.

Analisando a linha doutrinária que segue contra a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, segundo Binbenbojm (2008), trata de um princípio que não tem estrutura normativa de princípio, pois não admite ponderações com outros valores constitucionais.

Porém, é preciso que seja considerada a eficácia da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no caso em estudo, relacionado à utilização de tratamentos de saúde e a sua potencial aplicação na indústria farmacêutica. Afinal, nesse caso o que está em jogo é a saúde de milhares de pessoas, que deverá ser priorizada face ao interesse de particulares.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo trazer a possibilidade da utilização do instituto da licença compulsória como maneira de facilitar os tratamentos de saúde no Brasil, bem como uma forma de diminuir os custos existentes acerca da compra de medicamentos.

O estudo da licença compulsória no Brasil, levando em consideração todo o seu histórico, desde o primeiro registro até os dias atuais, enfatiza a necessidade de priorização do interesse da coletividade sobre o interesse de um ou alguns particulares com relação à determinado objeto.

É preciso que se observe, também, a relação entre a modernidade e a tecnologia com as criações que, por haver mais facilidade, surgem a cada instante, merecendo a devida proteção ao seu inventor, que foi o responsável por dispor de

grande parte do seu tempo para fosse atingido aquele objetivo final e, com isso, devendo ser remunerado de forma justa.

Mesmo sendo um instituto pouco utilizado, a quebra de patente/licença compulsória só traz benefícios, devendo ser de pronto mais utilizada no meio farmacêutico, uma vez que resta evidente que é uma questão de utilidade e saúde pública, como forma de fazer com que os tratamentos sejam devidamente realizados, evitando que doenças se proliferem e trazendo à cura aos que necessitarem.

Ao abordar o tema, foi preciso analisar todo o contexto histórico e social envolvendo a quebra de patentes até chegar aos resultados obtidos atualmente, que não são muitos, conforme estudado em capítulo específico, mas são de grande importância.

Além do mais, observa-se que é preciso que o interesse público seja superior ao privado, com isso, surge a compatibilidade com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, para que se quebre aquele interesse único de um particular para atingir os objetivos e interesses de toda uma sociedade.

Os valores cobrados por alguns medicamentos são fora da realidade do Brasil bem como dos brasileiros, e, a partir da utilização de preços exorbitantes, observa-se a má-fé dos detentores de patentes. Por só existir aquele medicamento para determinada doença, muitos inventores se utilizam desse fato para cobrar preços muito altos, dessa forma, obtendo vantagens financeiras.

Com esse pensamento e conduta, só há prejuízos para a população em geral, que fica, na maioria das vezes, desassistida por parte do Governo Federal, através do Sistema Único de Saúde – SUS, com danos irreparáveis na saúde dos necessitados.

A partir da necessidade de quebra desse monopólio, surge a licença compulsória como uma “luz no fim do túnel”. Seria essa a solução mais eficaz para que haja a diminuição do custo de medicamentos, face ao seu alto custo.

A própria Constituição Federal prevê, em capítulo específico, sobre como deveria ser a questão da saúde pública, trazendo os ideais, competências e diretrizes a serem seguidos e cumpridos, o que não acontece da maneira que deveria.

Ao realizar a análise sobre a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, concluímos, portanto, pela sua importância e devida incidência na indústria farmacêutica como uma tentativa de resolver os problemas envolvendo tratamentos de saúde, além de ser uma maneira de diminuir os custos do Governo Federal com a compra de remédios de alto custo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL**. BRASIL: BRASIL, 1988. 1 p. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018

BRASIL. DECRETO n. 4830, de 20 de nov. de 2018. **DECRETO 4830. A concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público**. BRASIL, p. 1-1000, set. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4830.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. DECRETO n. 6108, de 18 de set. de 2018. **DECRETO Nº6108. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial**. BRASIL, p. 1-1000, maio. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6108.htm)>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. LEI n. 9279, de 18 de set. de 2018. **PROPRIEDADE INTELECTUAL. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial**. BRASIL, p. 1-1000, maio. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. LEI n. 9787, de 18 de set. de 2018. **LEI DOS MEDICAMENTOS GENERICOS. LEI DOS MEDICAMENTOS GENERICOS**. BRASIL, p. 1-1000, fev. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9787.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9787.htm)>. Acesso em: 18 set. 2018.

CAMPOS, Emilia Malgueiro. **“Quebra de patentes” – licença compulsória**. 2006. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI28718,91041-Quebra+de+patentes+licenca+compulsoria>>. Acesso em: 17 nov. 2018.  
Direito Administrativo Descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. – 19 ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pág. 183.

ESTADO, Agência. **Brasil adotou licença compulsória para combate à Aids**: Medida de licença compulsória foi aprovada em 2007 para o medicamento Efavirenz. 2014. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/saude/brasil-adotou-licenca-compulsoria-para-combate-a-aids-09062014>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

FERREIRA, Ana Luiza Gonçalves. **Princípio da Supremacia do Interesse Público e**

**Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público: Pilares do Regime Jurídico-Administrativo.** 2012. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-supremacia-do-interesse-publico-e-principio-da-indisponibilidade-do-interesse-publico-pilares-do-,40101.html#\\_ftn1](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-supremacia-do-interesse-publico-e-principio-da-indisponibilidade-do-interesse-publico-pilares-do-,40101.html#_ftn1)>. Acesso em: 09 nov. 2018.

FORMENTI, Lígia. **Quebra de patente do Efavirenz é renovada: Governo manterá, por mais 5 anos, uso do principal remédio para tratamento de aids.** 2012. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,quebra-de-patente-do-efavirenz-e-renovada-imp-,869977>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

**INDÚSTRIA farmacêutica movimenta R\$ 63,5 bi em 2016: Maior faturamento foi concentrado na comercialização de medicamentos novos..** 2017. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/industria-farmaceutica-movimenta-r-63-5-bi-em-2016/219201/pop\\_up?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/industria-farmaceutica-movimenta-r-63-5-bi-em-2016/219201/pop_up?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 22 nov. 2018.

MARCOLIN, Neldson. **A primeira patente: Pedido de privilégio industrial para máquina de descascar café é de 1822.** 72. 2002. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2002/02/01/a-primeira-patente/>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

**OAB afirma que cobrará licença compulsória do sofosbuvir.** 2018. Disponível em: <<http://agenciaaids.com.br/noticia/oab-afirma-que-cobrar-licenca-compulsoria-do-sofosbuvir/>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

**QUEM inventou o registro de patentes?.** Disponível em: <<https://www.sitedecuriosidades.com/curiosidade/quem-inventou-o-registro-de-patentes.html>>. Acesso em: 15 nov. 2018.)

REIS, Vilma. **Sofosbuvir: liminar quebra patente de medicamento para hepatite C.** 2018. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/saude-da-populacao/caso-sofosbuvir-liminar-quebra-patente-de-remedio-contr-hepatite-c/37346/>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

SCARAMUZZO, Mônica. **Extensão de prazo para patentes divide indústrias: Produtores nacionais de genéricos e defensivos defendem fim de dispositivo que estica a exclusividade comercial de produto.** 2014. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,extensao-de-prazo-para-patentes-divide-industrias-imp-,1507940>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

## ITBI E SUA APLICAÇÃO

Luiz Carlos G. Ulysses de Carvalho<sup>1</sup>  
José Gomes de Lima Neto<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo abordar o tema imposto sobre transmissão de bens imóveis, comumente denominado ITBI. Nesse âmbito, serão discutidas especificamente as características desse tributo, o contexto histórico quando de sua origem, bem como analisar o conceito, incidência, fato gerador e demais aspectos doutrinários sobre o imposto sobre transmissão de bens imóveis.

Palavras- chave: ITBI, tributo, bens imóveis.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to discuss the tax on real estate transmission, commonly referred to as ITBI. In this context, the characteristics of this tax, the historical context of its origin, and the concept, incidence, generating fact and other doctrinal aspects of the tax on the transmission of real estate will be discussed specifically.*

Key words: ITBI, tribute, real estate.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo elucidar temas relevantes a respeito do imposto incidente sobre a transmissão de bens imóveis. Apesar de a temática já ter sido muito abordada pela jurisprudência e doutrina pátrias, ainda persistem alguns pontos controversos.

O ITBI é o Imposto sobre a Transmissão Intervivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos sobre a sua aquisição. Dentre as várias alterações efetuadas pela Constituição de 1988 no Sistema Tributário Brasileiro, está a transferência para a competência municipal de parte do Imposto sobre Transmissão Imobiliária, até então de competência estadual. Foram mantidas, na competência dos Estados, as transmissões a título de herança e legados, que são meios de transmissão causa mortis, e doações, que se operam a título gratuito, dando origem ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD, passando para a competência dos municípios as transmissões imobiliárias onerosas intervivos, o ITBI.

---

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

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

Um ponto importante abordado no trabalho é o discernir o momento correto do pagamento do imposto, frente ao seu fato gerador. Para tanto, deve-se ter em mente que o sistema de transmissão imobiliária adotado no Brasil definiu o momento exato da transferência de domínio, entre os bens imóveis.

Ainda, é recorrente a prática imobiliária de as partes, ao celebrarem o acordo de vontades, estipularem que o preço da avença é diferente do valor real. Obviamente, a intenção é de realizarem recolhimento à menor dos tributos incidentes. As consequências dessa prática são diversas. Caso a municipalidade cobre o imposto de transmissão sobre o valor declarado pelas partes, haverá frustração de uma expectativa da coletividade. Isso porque a tributação visa justamente custear o Estado, no caso o Município.

No entanto, não só o Município pode ser afetado. Quando da lavratura de uma escritura pública de compra e venda de um bem imóvel, por exemplo, há o recolhimento de taxa, chamada de emolumentos. E, pelo exercício do poder de polícia, os Tribunais de Justiça dos Estados fazem jus ao recolhimento de um percentual sobre os emolumentos. Se o valor recolhido a título de imposto de transmissão for baseado na declaração falsa das partes, haverá, também, a cobrança de emolumentos à menor, o que implicará em queda na receita do Poder Judiciário estadual.

As prefeituras preocuparam-se em obter o valor correto do imóvel e, com isso, o valor venal ganhou muita importância, não só para o IPTU, mas também, para o ITBI. Tendo em vista esse anseio dos municípios na busca de recursos públicos, que estão cada vez mais escassos, o Controle Interno das atividades desenvolvidas pelas administrações tributárias municipais é de suma importância para obtenção da eficiência e eficácia na arrecadação de receitas. Isso será abordado neste trabalho.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ITBI NA CONSTITUIÇÃO**

O ITBI surgiu no Direito brasileiro em 1809, por meio do Alvará 3, de junho do referido ano, com a denominação de imposto da sisa (pela qual este tributo é vulgarmente conhecido até os dias atuais), tendo a primeira previsão constitucional surgido na Carta de 1891, que estabelecia, em seu art. 9º, inciso 3º, como sendo de competência dos Estados o imposto sobre transmissão de propriedade.

A Constituição de 1934 estabeleceu uma divisão, criando dois impostos, ambos de competência dos Estados: o imposto de transmissão de propriedade causa mortis (art. 8º, I, b) e o imposto sobre a transmissão de propriedade imobiliária inter vivos (art. 8º, I, c). O mesmo texto foi mantido pela Constituição de 1937 (art. 23, I, b e c). Também não houve alteração por ocasião da Constituição de 1946, sendo mantidos ambos os impostos tal como já estavam previstos (art. 19, II e III).

A Emenda Constitucional nº 5, de 1961, passa para a competência dos Municípios o imposto de transmissão de bens inter vivos (art. 29, III), mantendo o imposto causa mortis, com pequenas alterações na redação (art. 19, I, e § 1º e 2º).

A Emenda Constitucional 18, de 1965, restabelece a união dos impostos de transmissão de bens imóveis, inter vivos e causa mortis, mantendo-os na competência dos Estados, com algumas novidades em termos de hipóteses de incidência (art. 9º, caput, e §§ 1º a 4º). Pouca modificação houve por ocasião da Constituição de 1967 (art. 24, I, e §2º). O mesmo se observa com a edição do Ato Complementar 40, de 1968, que produz pequena alteração no texto do § 2º, mantendo, no mais, a redação anterior. E a Emenda Constitucional 1, de 1969, mantém, em linhas gerais, o texto da Constituição de 1967 (art. 23, I e §§ 2º e 3º).

Finalmente, a Constituição de 1988 traz a redação hoje vigente, que atribui aos Estados e Distrito Federal a competência para a instituição do imposto de transmissão causa mortis (art. 155, I), e aos Municípios a competência para a instituição do imposto de transmissão de bens imóveis inter vivos (art. 156, II).

Atualmente, o imposto de transmissão de bens imóveis inter vivos (ITBI), tem sua fonte na Constituição, no já mencionado art. 156, inciso II.

Segundo o CTN, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência (art. 114). Nesse sentido é a leitura que se faz do art. 35 do CTN à luz da Constituição Federal, art. 156, II, de onde se aduz que o fato gerador do ITBI é a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos e sua aquisição.

Surge, então, o fato gerador no momento em que ocorre a transmissão da propriedade imobiliária. E esta somente se efetiva com o registro do título translativo

no Registro de imóveis, por força do art. 1245 do Código Civil, in verbis: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no registro de imóveis.”

O fato gerador do ITBI é a transmissão do bem imóvel ou do direito real a ele relativo. E o momento em que ocorre essa transmissão, no Brasil, é o mesmo do registro. A exação fiscal deve ocorrer quando da apresentação do título formal perante o Serviço de Registro de Imóveis, e não quando da lavratura da escritura pública.

### **3 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ITBI**

Como a própria denominação do imposto estabelece, sua hipótese de incidência, ou fato gerador in abstrato, é, genericamente, a transmissão, por ato oneroso, de bens imóveis, excluindo-se a sucessão (causa mortis).

A Lei Complementar nº 53, de 23/12/2008, do município de João Pessoa - PB no seu artigo 147, I, c, trata deste ponto do ITBI.

Art. 147 - Ficam instituídos, no âmbito do Município de João Pessoa, os seguintes tributos:

I - IMPOSTOS:

- a) Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS;
- b) sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;
- c) sobre a Transmissão Inter Vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição - ITBI;

II - TAXAS:

- a) em razão do exercício regular do poder de polícia:
  - 1. Taxa de Fiscalização para Localização e Funcionamento de Atividades;
  - 2. Taxa de Fiscalização para Execução de Obras, Remanejamento e Parcelamento do Solo;
  - 3. Taxa de Fiscalização para Utilização dos Meios de Publicidade;
  - 4. Taxa de Fiscalização de Trânsito em Eventos;
- b) pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos municipais específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição:
  - 1. Taxa de Coleta de Resíduos - TCR;

III - CONTRIBUIÇÕES:

- a) de melhoria, decorrente de obras públicas;
- b) para o custeio do serviço de iluminação pública - COSIP.

Esclarece a citada legislação, para evitar controvérsias, que estão compreendidas nestas hipóteses a compra e venda, a dação em pagamento, a permuta, a arrematação, a adjudicação, o uso, o usufruto, e a enfiteuse. Também incide o imposto na cessão de direitos do arrematante ou adjudicatário, depois de assinado o auto de arrematação ou adjudicação, bem como na cessão de direitos decorrente de compromisso de compra e venda.

O fato gerador do imposto abrange ainda a cessão de direitos á sucessão e a cessão de benfeitorias e construções em terreno compromissado á venda. Várias são as hipóteses de imunidades e isenções previstas, que não serão objeto de análise neste estudo.

Convém esclarecer que bem imóvel por natureza é o solo com sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo (Código Civil, art. 43, I). Bem imóvel por acessão física é tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada á terra, os edifícios e construções, de modo que não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano (Código Civil, art. 43, II).

A acessão pode dar-se ainda pela formação de ilhas, por aluvião, por avulsão ou por abandono de álveo (art. 536 do Código Civil). Os direitos reais de garantia a que se refere a exceção constitucional são o penhor, a anticrese e a hipoteca (arts. 755 e seguintes do Código Civil).

Ainda, é recorrente a prática imobiliária de as partes, ao celebrarem o acordo de vontades, estipularem que o preço da avença é diferente do valor real. Obviamente, a intenção é de realizarem recolhimento a menor dos tributos incidentes.

As consequências dessa prática são diversas. Caso a municipalidade cobre o imposto de transmissão sobre o valor declarado pelas partes, haverá frustração de uma expectativa da coletividade. Isso porque a tributação visa justamente custear o Estado, no caso o Município.

No entanto, não só o Município pode ser afetado. Quando da lavratura de uma escritura pública de compra e venda de um bem imóvel, por exemplo, há o recolhimento de taxa, chamada de emolumentos. E, pelo exercício do poder de polícia, os Tribunais de Justiça dos Estados fazem jus ao recolhimento de um percentual sobre os emolumentos.

Se o valor recolhido a título de imposto de transmissão for baseado na declaração falsa das partes, haverá, também, a cobrança de emolumentos à menor, o que implicará em queda na receita do Poder Judiciário estadual.

Ao se tratar de fato gerador do ITBI, é indispensável lembrar seu conceito. Primeiramente, é mister verificar o que determina o CTN. No seu art. 114 encontra-se a definição: “Art. 114 - Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

Daí se conclui que fato gerador é a descrição, pela lei, de um fato abstrato que, uma vez acontecido na realidade, constitui a obrigação tributária.

Da interpretação dos textos dos autores estudados sobre o tema, pode-se inferir sinteticamente que a hipótese de incidência tributária encontrasse no campo abstrato, sendo necessária e suficiente a descrição legal da situação em que o tributo é devido; e a expressão fato gerador representa a ocorrência dessa situação descrita na lei, no mundo concreto.

A respeito da ocorrência do fato gerador, o CTN, em seu art. 116, estabelece:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

O CTN, em seu art. 118, inciso I, preconiza que para a definição do fato gerador, abstraem-se os efeitos do ato praticado pelo contribuinte, independentemente da validade jurídica do ato.

Art. 118- A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Praticado o ato jurídico ou celebrado o negócio que a lei erigiu em fato gerador, nasce a obrigação para com o Fisco, que subsiste independentemente da validade ou invalidade do ato.

O artigo 38 do CTN estabelece que a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. Entende-se por valor venal do imóvel o valor de mercado do bem imóvel por natureza ou acessão física.

A base de cálculo é o valor venal do imóvel que, outra coisa não é senão aquele preço alcançado nas operações de compra e venda à vista, consideradas as condições normais do mercado imobiliário. (HARADA, 2004: 418)

No município de João Pessoa, o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis a título oneroso e inter vivos, foi instituído pela Lei Complementar Municipal nº 53/2008, cuja hipótese de incidência restou assim estabelecida:

Art. 199. O ITBI e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais sobre bens imóveis por natureza ou acessão física, exceto os de garantia, como definidos na Lei Civil;

II - a cessão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos relativos às transmissões descritas no inciso anterior.

Ocorre que no art. 208 da referida Lei restou, ao tratar das possibilidades de realização do recolhimento, o Município de fato amplia a incidência do tributo sobre fatos não previstos na Constituição.

Art. 208. O recolhimento do ITBI será realizado:

I - na hipótese de lançamento de ofício, conforme a respectiva notificação de lançamento;

II - na hipótese de lançamento por declaração: a) quando se tratar de cessão de direitos, nos termos do inciso II do art. 199:

1. antes da lavratura ou apresentação, perante o notário ou oficial de registro, do instrumento ou título de cessão do direito;
2. antes da lavratura de procuração por instrumento público que confira poderes para a transferência, ao próprio outorgado, de direitos sobre o imóvel, bem como a cada substabelecimento;
3. antes de levado ao Registro Público de Imóveis o compromisso ou promessa de compra e venda;

4. antes da entrega da posse do imóvel, no caso de compra e venda, compromisso ou promessa de compra e venda ou instrumento equivalente firmado com empresário ou pessoa jurídica que explore atividade de incorporação, construção, compra, venda, locação ou arrendamento mercantil de imóveis, ou cessão de direitos relativos à sua aquisição;
  5. antes da entrega do instrumento de quitação, para os casos descritos no item anterior, quando a operação tenha se dado a prazo e essa quitação ocorrer antes da entrega da posse;
  6. em data posterior à declaração do sujeito passivo, conforme o Calendário Fiscal, nos demais casos;
- b) quando se tratar de transmissão de direitos reais, nos termos do inciso I do Art. 199, antes da lavratura ou apresentação, perante o notário ou oficial de registro, do instrumento ou título de transmissão do direito.

#### 4 ITBI NO CTN

A Constituição Federal de 1988 inovou ao configurar a incidência do imposto de transmissão causa mortis e de doação sobre bens imóveis. No entanto, o artigo 146, III, “a” e “b” da CF estabelece a instituição de Lei Complementar para dispor sobre normas gerais e definir novos fatos geradores, base de cálculos e contribuintes, Lei esta que não foi editada, o que dificulta a cobrança por parte dos Estados e do DF de instituírem os impostos sobre os bens móveis.

A referida Lei Complementar que não foi regulamentada deveria adequar os artigos 35;36;37;38;39;40;41 e 42 do CTN. Em sua ausência tem sido aplicado pelos entes competentes os princípios da recepção, os dispositivos do Código Tributário Nacional e da Legislação já existente que não contrariam a CF.

O fato Gerador do ITBI está descrito no artigo 35 do CTN:

- O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens móveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:
- I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;
  - II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;
  - III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Cabe lembrar que para alguns autores, fato gerador e hipótese de incidência tem o mesmo conceito, como explica Harada:

Costuma-se definir o fato gerador como uma situação abstrata, descrita na lei, a qual, uma vez corrida em concreto enseja o nascimento da obrigação tributária. Logo, essa expressão fato gerador pode ser entendida em dois planos: no plano abstrato da norma descritiva do ato ou do fato e no plano da concretização daquele ato ou fato descrito.

Essa expressão fato gerador, empregada pelo CTN, tem merecido violentas críticas por certos setores da doutrina, sob alegação de que nada gera, a não ser a confusão na mente dos juristas. Por isso, preferem a expressão hipótese de incidência ou hipótese tributária para designar a descrição legislativa de um fato, e a expressão fato imponible ou fato jurídico tributário para designar aquele fato concreto, localizado no tempo e no espaço. Com a devida vênia é bem difícil um jurista confundir a descrição do fato gerador com sua concreção. (...) O importante é sempre ter em mente a existência de duas realidades distintas: uma descrevendo a situação em que é devido o tributo, e outra referente a concretização daquela situação descrita na Lei, que gera a obrigação tributária.

Hugo de Brito faz a citada distinção entre a expressão hipóteses de incidência e fato gerador:

A expressão hipótese de incidência designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão fato gerador diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A hipótese é simples descrição, é simples previsão, enquanto fato é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto.

Nos termos do artigo 119 do CTN, é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento. Somente a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, entes políticos, podem instituir tributos e serem sujeitos ativos da obrigação tributária porque tem competência tributária legislativa (CTN, art. 6º).

## **5 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA - O MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL**

Em sendo um dos fatos geradores do imposto "as transmissões de bens imóveis", o momento de ocorrência do fato gerador, nestas hipóteses, é o da transmissão da propriedade do bem.

Pelas regras de Direito Civil vigentes, a propriedade imobiliária transmite-se com o respectivo registro no Cartório de Registro de Imóveis competente. Portanto, somente nesta oportunidade é que poderia ser exigido o tributo. Assim já decidiu o

STJ: "A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título (CC, art. 530). O registro imobiliário é o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI antes do registro imobiliário contraria o Ordenamento Jurídico" (STJ - REsp 12.546-0 - RJ - 1ª T - Rel. Min. Gomes de Barros - DJU 30.11.92, in RJ 184/87).

No entanto, não é o que vem sendo observado, sendo o imposto exigido por ocasião da lavratura da escritura pública definitiva referente á negociação. E, não obstante a decisão da E. Corte de Justiça retro mencionada, a análise cuidadosa da questão permite concluir ser esta a posição mais correta, como se pretende demonstrar a seguir.

Isto porque o registro da escritura, na hipótese, é um ato que compõe o conjunto de atos necessários á transmissão da propriedade dos bens imóveis, e tem relevância específica para fins de direito civil, no sentido de torná-lo público e oponível erga omnes. Nada impede que a lei tributária, á semelhança do que ocorre em vários outros impostos, escolha um dos atos ligados á hipótese de incidência para considerar como sendo o do momento da ocorrência do fato tributável.

A interpretação da legislação vigente, quer seja realizada pelo método sistemático, literal ou histórico, leva á mesma conclusão. O trabalho realizado por Alcides Sampaio acerca do assunto é minucioso, e não deixa margem a dúvidas. Mostra o autor que, desde a sua criação, o imposto teve como fato gerador o negócio jurídico de compra e venda ou ato equivalente, sendo a lavratura da escritura mero ato destinado a tornar o negócio oponível a terceiros, sem influência tributária, fato que se mostrou presente no decorrer de toda a evolução histórica do tributo, não se justificando, assim, que se tenha entendimento diverso.

A interpretação literal e sistemática, no pensamento do autor, leva ao mesmo desfecho. O disposto no art. 156, II, da Constituição, mostra que o texto faz referência á "transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis...". E, considerando que o registro imobiliário só pode ser efetuado na forma da Lei 6.015/73, ficaria inócua a expressão "a qualquer título" inserida na norma constitucional, só fazendo sentido se estiver "associada aos diversos atos jurídicos que originam transferência de imóveis (contratos de compra e venda ou permuta, arrematações em hasta pública etc.)".

Argumenta ainda que "a onerosidade da situação nela mencionada certamente não está associada ao pagamento que se faz pelo registro da escritura ao RGI, mas, sim, á contraprestação devida pelo adquirente do bem imóvel ao alienante". E finaliza o raciocínio: "Por último, o Direito leva em conta a realidade em que se situa, sendo notório que o registro no RGI será feito pelo adquirente se, ou quando, quiser. Ora, sendo o tributo, por definição, uma prestação compulsória (CTN - art. 3º) e se caracterizando a obrigação tributária por ser uma obrigação ex lege, exatamente pelo fato de a vontade do sujeito passivo não exercer qualquer influência sobre o vínculo que o prende ao sujeito ativo, é desarrazoado supor que o legislador constituinte elegeesse esse momento para fazer incidir a regra de tributação. .)" (ITBI: momento..., p. 25).

No mesmo sentido está o pensamento de Edgar Neves da Silva: "Conclui-se que, em tendo o legislador municipal, na ausência de qualquer regramento de lei complementar, com fundamento na constitucional disposição do art. 146, - norma geral sobre matéria de legislação tributária - acolhido como aspecto temporal do imposto municipal sobre transmissão, o ato da lavratura do respectivo instrumento contratual, agiu legalmente, podendo, destarte, a partir deste ato exigir a satisfação do crédito tributário respectivo" (Aspecto temporal..., p. 100).

Cabe ressaltar, outrossim, que mera promessa, ou outro ato prévio aquele destinado á transmissão definitiva da propriedade, não caracteriza o fato gerador do imposto. Esta questão foi analisada com muita competência e precisão pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em decisão cujos principais trechos convém transcrever: "No sistema brasileiro, os contratos não bastam para transferir o domínio, sendo necessário, para completar o processo translativo, no caso de bens imóveis, a transcrição do título de transferência no respectivo Registro de Imóvel (art. 530, I, do CC). Diz o art. 533 do CC: "Os atos sujeitos á transcrição (art. 531 e 532, II e III), não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (art. 856, 860, parágrafo único)".

Destarte, não tendo as escrituras sido assinadas, não ocorreu a transcrição, e conseqüentemente, não se transferiu a propriedade do imóvel, que é a hipótese de incidência do ITBI, nos termos do art. 35, II do CTN. Em resumo e finalmente, se a compra e venda prometida não é realizada, deixando as partes de aderir á escritura pública - que resta sem assinatura e cancelada pelo tabelião -, é inexigível o imposto

de transmissão." (Ap. e ReexNec. 20254-4 - 1ª C. - j. 2.3.93 - rel. Des. Oto Luiz Sponholz, in RT 704/175).

Em sentido semelhante encontramos decisão do 1º TAC SP: "Segundo estabelece o art. 530, inciso I, do Código Civil, adquire-se a propriedade imóvel pela transcrição do título de transferência no registro de imóveis. Tal não ocorreu na hipótese vertente, pois cuida-se de compromisso particular nem sequer registrado e aquele pressupõe escritura pública, a teor do art. 134, inciso II, do Código Civil, na qual deve constar, obrigatoriamente, a transcrição das certidões negativas das Fazendas Públicas Nacional, Estadual e Municipal, de quaisquer impostos a que estejam sujeitos (art. 1137, do mesmo Código)" (Ac un da 7ª C do 1º TAC SP - AC 498.617-2 - rel. Juiz Roberto Midolla - j. 11.10.94, in RJIOB 1/8636). Em sentido semelhante: RT 618/158.

## **5.1 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA - O LOCAL DA OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL**

Sendo o imposto da competência dos municípios, o local da ocorrência do fato gerador é o do município onde se localiza o imóvel objeto de transmissão, ou ao qual está ligada a cessão de direitos. Diversamente do que ocorre com o IPTU e ITR, no ITBI não há distinção entre zona urbana e rural, valendo, pois, para todo e qualquer imóvel.

O CTN, que previa este tributo na forma anterior, fundido ao Imposto de Transmissão Causa Mortis, estabelece, em seu art. 41, que "o imposto compete ao Estado da situação do imóvel transmitido, ou sobre que versarem os direitos cedidos (...)". A legislação paulistana prevê que o ITBI "refere-se a atos e contratos relativos a imóveis situados no território deste Município" (LM 11.154/91, art. 1º).

De acordo com o código tributário do município de João Pessoa - DECRETO Nº 6.829, DE 11 DE MARÇO DE 2010.

Art. 67. Compete privativamente à autoridade fiscal 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.

§ 1º A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, não podendo o crédito tributário ter seu nascimento obstado, nem os seus elementos modificados, por autoridade de qualquer nível, sem fundamento neste Regulamento.

§ 2º A autoridade competente poderá, quando o lançamento tenha sido efetuado por declaração do sujeito passivo ou, tendo sido efetuado de ofício, decorrente de procedimento interno, lançar o tributo em cotas, a se vencerem em períodos determinados.

Art. 68. Sem prejuízo do instituto da remissão do crédito tributário, a autoridade administrativa poderá:

I - deixar de lançar a multa por descumprimento da obrigação acessória, quando o seu valor seja incompatível com os custos presumidos de cobrança;

II - postergar o lançamento do tributo, para abranger fatos geradores de períodos futuros, quando o seu valor inicial seja incompatível com os custos presumidos de cobrança.

Parágrafo único. Ato do Poder Executivo Municipal definirá, periodicamente, os custos presumidos de cobrança, com base em estudos desenvolvidos pela Secretaria da Receita Municipal ou pela Procuradoria Geral do Município - PROGEM

## **5.2 ASPECTO PESSOAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA**

A competência tributária para a instituição do ITBI pertence aos Municípios, por força do disposto no art. 156, II, da Constituição vigente, que devem exercê-la nos limites fixados pelo respectivo texto legal e pelo que consta do Código Tributário Nacional, arts. 35 a 41, feitas as devidas adaptações em face da cisão entre o ITBI e o Imposto de Transmissão Causa Mortis, ambos previstos nos mesmos artigos citados.

## **6 IMUNIDADE DE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO**

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

(...)  
b) templos de qualquer culto;"

(...)

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Cumpra ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguindo os objetivos propostos pelo que está previsto no § 4º acima, é tranquila em reconhecer que a imunidade em questão deve ser interpretada de maneira ampla, de forma a abranger não somente os prédios do culto propriamente dito, mas também o patrimônio diretamente relacionado aos fins essenciais da entidade religiosa.

Desta feita, quando entidade religiosa for adquirente de ou cessionária, será imune à incidência de ITBI sobre as transações/cessões correspondentes, desde que relativas a imóveis destinados ao atendimento de suas finalidades essenciais.

Imunidade recíproca sobre patrimônio dos entes federativos:

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

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;"

(...)

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel."

Desta imunidade decorre a impossibilidade de os Municípios exigirem o ITBI dos demais entes federados, em qualquer hipótese, bem como de suas autarquias e fundações, quanto às aquisições de imóveis ou direitos correspondentes voltados ao atendimento de suas finalidades essenciais. Não estão abrangidos os serviços públicos concedidos.

Imunidade sobre patrimônio de partidos políticos, entidades sindicais de trabalhadores e instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos:

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

(...)

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; "

Extraem-se as seguintes definições:

Partidos políticos e respectivas fundações: somente partidos registrados perante o TSE Sindicatos de empregados: abrange sindicatos, federações, confederações e centrais sindicais.

Instituições de educação: por instituição de educação entende-se qualquer instituição que promova a transmissão de conhecimentos ou informações úteis à educação das pessoas (p. ex., escolas, faculdades, bibliotecas, associações culturais, centros de pesquisa, museus, teatros, centros de estudos). Abrange entidades dedicadas à cultura, mas não aquelas voltadas exclusivamente ao lazer (p. ex, clubes esportivos ou recreativos, sociedades carnavalescas).

Instituições de assistência social sem fins lucrativos: são imunes entidades que promovam assistência social, assim entendida a atividade de auxílio ao Estado no atendimento dos direitos sociais (previstos no art. 6º da CF, como moradia, saúde, educação, segurança, maternidade, trabalho, assistência aos desamparados, etc.)

Os requisitos em lei de que trata a Constituição são as condições previstas no art. 14 do CTN, quais sejam:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

Em resumo, as condições que o Fisco deve identificar são as que seguem:

I – A natureza “não-lucrativa” da atividade e a aplicação de seus resultados. Ademais, eventuais resultados devem ser aplicados integralmente no país para a consecução dos objetivos institucionais;

II – O destino do patrimônio líquido da sociedade, em caso de dissolução ou término de suas atividades;

III – A impossibilidade de alienação onerosa, por parte de seus sócios, de “quotas” ou outras “participações”.

## **7 A BASE DE CÁLCULO DO ITBI**

A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.

No que se refere às alíquotas do ITBI, vale mencionar a lição de Kiyoshi Arada (Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI). Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000), onde ele aduz que:

"O Senado Federal não mais interfere na fixação de alíquota máxima, como acontecia no regime constitucional antecedente. O Município é livre para dosar a carga tributária. A lei do nosso Município instituiu alíquotas progressivas de 2% a 6% de conformidade com o valor venal. Manteve, entretanto, a alíquota fixa de 0,5% sobre o valor financiado pela SFH conforme prescrição do art. 8º do Ato Complementar n. 27/66 que, no nosso entender não foi recepcionado (art. 151, III da CF).".

Discute-se a base de cálculo do ITBI e o valor da venda (transmissão) constante no compromisso de compra e venda.

Em princípio, a legislação impõe que o valor de mercado, supostamente aquele registrado na transação, seja a base de cálculo para fins do ITBI, no entanto, se este valor for inferior ao valor venal deverá prevalecer o maior valor.

Segundo ensinamentos do ilustre doutrinador Hugo de Brito Machado:

A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (CTN, artigo 38). Não é o preço de venda, mas o valor venal. A diferença entre preço e valor é relevante. O preço é fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar. O valor dos bens é determinado pelas condições do mercado. Em princípio, pela lei da oferta e da procura" (in Curso de Direito Tributário, 26ª ed., Malheiros, 2005, p. 395).

Ainda sobre o tema, Aires Fernandino Barreto aduz que:

A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos ou cedidos. O valor venal não é necessariamente o valor do negócio realizado. A Constituição e o Código Tributário Nacional não exigem que o valor venal coincida com o valor da efetiva transação imobiliária, onde até os fatores subjetivos poderiam interferir na sua fixação.(...) Não se olvide que valor venal é o preço provável que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, diante de mercado estável e quando comprador e vendedor têm plena consciência do potencial de uso e ocupação que ao imóvel pode ser dado. Não se esqueça que o valor venal é mensuração extremamente difícil, porque influenciada por uma série de fatores internos e externos, de natureza subjetiva, o que impede seja transformada em número incontestes. (in Curso de Direito Tributário Municipal, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p.295).

O art. 38 do Código Tributário Nacional prevê que:

Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.

Confirmam-se, ainda, julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: Mandado de Segurança. ITBI. Base de cálculo. Sentença que concedeu a ordem. Recurso que pretende a reforma e reexame necessário. A base de cálculo do ITBI deve observar o valor venal do imóvel no momento da compra e venda, importância que pode ser diversa daquela estimada para fins de IPTU.

Normas locais que conferem ao Executivo a estimativa do valor venal. Ofensa ao princípio da legalidade. Inconstitucionalidade do Decreto n. 46.28/205 reconhecida pelo C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça. Ofensa ao artigo 148 do CTN.

Recurso ao qual se nega provimento. Reexame necessário da sentença para se estabelecer que no caso concreto o ITBI deve ser recolhido com base no valor do negócio informado pelo contribuinte e que é superior ao venal do IPTU, sem prejuízo do Fisco instaurar procedimento para fins de arbitramento, com observância do contraditório e da ampla defesa.

(...) Ademais, a jurisprudência do STJ também é no sentido de que a base de cálculo do ITBI é o valor real da venda do imóvel ou de mercado, sendo que, havendo de divergência entre tais valores, pode-se arbitrar o valor do imposto, por meio de procedimento administrativo fiscal, com posterior lançamento de ofício, nos termos do art. 148 do CTN" ( TJ-SP, Processo nº 0015912-04.2012.8.26.0071, 15ª Câmara de Direito Público, Relator Rodrigues de Aguiar, Data do julgamento: 28/08/2014).

Observe-se a posição do STJ na matéria:

Processual civil e tributário. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. ITBI. IPTU. Apuração da base de cálculo. Valor venal. Inexistência de vinculação.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que 'o valor venal do imóvel apurado para fins de ITBI não coincide, necessariamente, com aquele adotado para lançamento do IPTU'. Precedentes: AgRg no REsp 1.226.872/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 23/4/2012; AgRg no AREsp 36.740/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 22/11/2011; AgRg no Ag 1.120.905/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 11/9/2009.

2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento". (EDcl no AREsp 424555 / SP, Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, DJe 20/02/2014)" G.N.

Tributário. ITBI. Base de cálculo. Exame de Lei Municipal. Impossibilidade. Súmula 280 do STF.

1. Prevalece nesta Corte o entendimento de que a forma de apuração da base de cálculo e a modalidade de lançamento do IPTU e do ITBI são diversas, razão que, em princípio, justifica a não vinculação dos valores desses impostos.

2. Examinar lei municipal é medida inviável no âmbito do apelo nobre, consoante orientação firmada na Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

3. Recurso especial não conhecido". (REsp 1411462 / SP, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/11/2013)" G.N.

**TRIBUTÁRIO. ITBI. BASE DE CÁLCULO. VALOR VENAL DO IMÓVEL. APURAÇÃO DISSOCIADA DO VALOR APURADO PELA MUNICIPALIDADE PARA COBRANÇA DE IPTU. POSSIBILIDADE.**

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o Fisco não está obrigado a utilizar o mesmo valor apurado pelo Município quando da

apuração do valor venal do imóvel para o cálculo do IPTU, podendo arbitrar o seu valor nos termos do art. 148 do CTN.

2. In casu, não há modificação na base de cálculo do ITBI ou do IPTU, pois ambos têm como base de cálculo o valor venal do imóvel, o que difere é a forma de apuração desse valor, possibilitando a diferença numérica.

Agravo regimental improvido” (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 36.740 - RS (2011/0109125-9); Relator: Ministro Humberto Martins)

Pode o comprador exigir a outorga compulsória da escritura, substituindo a vontade do devedor pela do juiz.

Há problemas decorrentes da partilha de bens entre vivos para efeito de ITBI.

Sendo a propriedade dos imóveis pro-indiviso em copropriedade a separação dos bens pode ocasionar alguns entendimentos. O que se divide é o patrimônio comum, inclusive os bens imóveis, mas só estes, se transmitidos, sofrem a incidência do gravame.

Problema interessante trazido à colação por Sacha Calmon Navarro Coêlho (Comentários à Constituição de 1988, sistema tributário, pág. 261 e 262), foi o que segue:

O que pode ocorrer é a partilha compartilhar uma divisão em que 80% dos bens sobre imóveis. Na hipótese de o varão preferir deixar os imóveis com a mulher, o imposto incidirá sobre uma base de cálculo de 30% do valor destes, a parte que sobejou, do contrário haveria iniquidade, pois o ITBI é imposto incidente sobre a transmissão de imóveis. Neste caso, o varão transfere, com ou sem reposição, parte do imóvel que estava em condomínio e que de direito lhe pertencia conforme o esboço da partilha. Agora se o bem for vendido a terceiros para acomodar a divisão, a incidência é infalível sobre o valor real do imóvel (valor venal) mediante avaliação, passível de contestação pelos interessados.

Ainda sobre o tema, Aires Fernandino Barreto aduz que:

A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos ou cedidos. O valor venal não é necessariamente o valor do negócio realizado. A Constituição e o Código Tributário Nacional não exigem que o valor venal coincida com o valor da efetiva transação imobiliária, onde até os fatores subjetivos poderiam

interferir na sua fixação.(...) Não se olvide que valor venal é o preço provável que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, diante de mercado estável e quando comprador e vendedor têm plena consciência do potencial de uso e ocupação que ao imóvel pode ser dado. Não se esqueça que o valor venal é mensuração extremamente difícil, porque influenciada por uma série de fatores internos e externos, de natureza subjetiva, o que impede seja transformada em número incontestes.” (in Curso de Direito Tributário Municipal, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p.295).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ITBI tem por base de cálculo, constitucionalmente, mesmo que implicitamente, o valor real das transmissões imobiliárias. Ocorre que as leis municipais, muitas vezes, utilizam como parâmetro o valor venal obtido por plantas de valores elaborados com base no valor de mercado médio dos imóveis situados numa mesma região, bairro, distrito, etc. Frequentemente, essas plantas estão desatualizadas, configurando uma forma de diminuição na arrecadação de tributos, especialmente o ITBI (o valor venal também é base de cálculo do IPTU).

Em alguns casos, tem-se por base o valor declarado pelas partes. Tal permissivo dá oportunidade à condutas simulatórias e fraudulentas. Permitir ao eventual contribuinte definir, de livre e espontânea vontade, o valor do tributo a ser pago é conduta que deve ser evitada pelos fiscos municipais.

Assim, o fato gerador do ITBI é a transmissão do bem imóvel ou do direito real a ele relativo. E o momento em que ocorre essa transmissão, no Brasil, é o mesmo do registro. A exação fiscal deve ocorrer, portanto, quando da apresentação do título formal perante o Serviço de Registro de Imóveis, e não quando da lavratura da escritura pública. Exigir a cobrança da guia de recolhimento quitada para a lavratura do instrumento público configura inconstitucionalidade, pois fere a regra-matriz de incidência do ITBI prevista no art. 156, II, da Constituição Federal.

Pelo contrário, a exigência do pagamento do ITBI antes da ocorrência do fato gerador é reiterada entre os Municípios. O argumento utilizado é o da tese da substituição tributária “por fato futuro”, introduzida pela Emenda Constitucional nº 03,

de 1993, que incluiu o parágrafo 7º no art. 150 da Constituição de 1988. A inconstitucionalidade é evidente. A segurança jurídica do cidadão é afetada. A liberdade e a autonomia da vontade são prejudicadas, mesmo que haja previsão de restituição dos valores pagos, caso o fato gerador não se consuma. O valor pago a título de imposto pode ser necessário para o contribuinte naquele exato momento para custear outras despesas pessoais.

## REFERÊNCIAS

**Constituição da República Federativa Brasileira** (1988)

**Código Tributário Nacional** (Lei 5.172, de 25.10.66)

**Código Civil** (Lei 10.460, de 10.01.2002)

**Lei Complementar nº 53**, de 23/12/2008, do município de João Pessoa – PB

**Decreto nº 6.829**, de 11 de março de 2010, do município de João Pessoa – PB

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22ª Edição. – São Paulo : Saraiva, 2010.

AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 10ª ed. Forense. São Paulo, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2015.

Barreto, Aires Fernandino. **Curso de Direito Tributário Municipal**, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p.295.

## ABANDONO AFETIVO – O abandono afetivo como exercício de limitação do direito da personalidade à criança e ao adolescente

Mariana Letícia Januário Mamede<sup>1</sup>  
Luciana Albuquerque Cavalcante de Brito<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho de conclusão de curso apresenta uma análise sobre a necessidade afetiva da criança e do adolescente, traz o percurso histórico da família na sua organização social primária até a atual. Dando ênfase ao divórcio e a obrigação paternal, dos genitores com a sua prole, em exercício de casamento ou não. O campo afetivo da criança e do adolescente, suas carências e capacidades em detrimento da sua faixa etária. O princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras- chave: Família, Abandono Afetivo, Casamento, Divorcio, Dignidade da Pessoa Humana.

**ABSTRACT:** *The present conclusion's work presents an analysis about the affective need of the child and the teenager, brings the historic route of family in its primary social organization til the current one. Giving emphasis to divorce and paternal obligation, of genitors with their prole, in exercise of marriage or not. The affective field of the child and the teenager, their lack of affection and capacity em detrimento of age scale. The principle of the human's dignity.*

Key words: Family, Affectionate Abandonment, Marriage, Divorce, Human Dignity.

### 1 INTRODUÇÃO

Como se exige o amor e a maneira que a sua expressão deve ser concedida? Não encontramos nenhuma delimitação normativa nesse sentido, mas, já conhecemos alguns fatores que podem resultar diretamente no que tange o artigo 227 da Constituição Federal.

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

Ele nos mostra a criança e o adolescente carentes de saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, liberdade e de convivência familiar; é sobre essa última temática que o presente trabalho vem se ater.

---

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

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

É no ambiente seguro da família, que primeiro são desenvolvidos e exercidos os direitos da personalidade, onde deve-se encontrar suporte e estímulos, onde o afeto é um ingrediente para construção de caráter e espelho para que se desenvolva a concepção da honra, a segurança de uma consciência de dignidade da pessoa humana, além de um desenvolvimento intelectual e emocional completos.

Quando isso não acontece, além do prejuízo individual esse quadro implica em um prejuízo social, visto que a família tem a importante incumbência de formação. Quando existem carências que prejudicam o desenvolvimento de crianças e adolescentes, também existirão falhas nos setores da sociedade ocupados pelos adultos que eles serão futuramente.

Observaremos também o abandono afetivo como um meio de infração ao artigo 11 do Código Civil, entre outros fragmentos legislativos que regulamentam essa matéria.

A escolha do tema deve-se a relevância que o assunto possui para a nossa sociedade. Tudo que será explanado a seguir, implica na qualidade dos homens e mulheres que hoje crianças, amanhã irão tornar real o nosso futuro, irão executar as nossas leis, gerir nossos recursos, administrar e fiscalizar nossas cidades, estados, o nosso país.

É necessário que se conheça mais sobre a obrigação afetiva no ambiente familiar, que se conceitue, se esclareça, que se construa mais uma oportunidade de arrancar o assunto apenas das audiências cíveis das varas de família, onde se discute guarda, visitas e alimentos e o incline ao diálogo.

Acreditamos que o tema exposto nesse artigo, sendo melhor compreendido e vivenciado pode desafogar outras tantas esferas acionadas por problemas que na realidade nascem no desenvolvimento falho e limitado da personalidade das pessoas físicas.

## **2. A FAMÍLIA**

Começaremos por um importante núcleo social: a família. Um núcleo formado inicialmente por duas pessoas com motivações biológicas, emocionais, sociais e até mesmo financeiras. Embora a composição da estrutura familiar seja bastante variada todas elas estão protegidas pela nossa jurisdição.

Maria Berenice Dias, escreve que a legislação no nosso sistema jurídico é sempre aplicada depois do fato ocorrido, o que acaba não gerando correspondência à família natural. Pois diante de tantas mudanças que enfrentamos como sociedade, a família atualmente é vista como uma construção social.

Voltando a composição familiar inicial, que provoca diante do regramento jurídico o seu nascimento, encontramos o casamento. Inicialmente tendo surgido como uma convenção social para que o Estado pudesse ter um controle considerável sobre as relações interpessoais e as suas consequências; fossem elas cíveis, sucessórias ou outras.

A família surge a partir do matrimônio, tendo historicamente a estrutura patriarcal de liderança e centralização no seu ambiente interno e essa figura acumulando também a responsabilidade de trabalhar e gerir os negócios externos, muitas vezes a partir da produção rural que a própria família desempenhava. Enquanto recaía sobre a figura feminina uma grande responsabilidade reprodutiva, colaborativa e administrativa do núcleo familiar interno, que ainda não era formada unicamente pelo casal, mas por todos os parentes próximos deles, ou seja, o matrimônio incluía a mulher no núcleo familiar do marido ou vice versa, sendo a primeira possibilidade a mais comum.

Esse quadro sofreu mudanças quando a mão de obra feminina passou a ser também necessária e aceita no mercado de trabalho. A partir desse momento, que se deu depois do advento da revolução industrial e das mudanças sociais que ela provocou podemos entender a caminhada da estrutura social primária e conservadora, reprodutora e rural, para a estrutura familiar atual; dinâmica, mais igualitária, afetiva e menor.

Aqui encontramos uma diferença muito relevante para o tema que vamos abordar; com a mudança do modelo familiar primário para o atual, menor e mais baseado no vínculo afetivo. Percebemos o surgimento da legitimação e do crescimento da dissolução matrimonial, o divórcio. Fato que traz grande alteração para a estrutura familiar e que implica nas relações posteriores dos pais com os filhos.

## 2.1 O DIVORCIO E AS OBRIGAÇÕES COM A PROLE

Observando a realidade e as nossas dinâmicas familiares atuais, especificamente o divórcio pelo fim do vínculo afetivo ou da sua manutenção entre o casal, encontramos várias argumentações sociais e jurídicas, que asseguram a importância daqueles que iniciaram o casamento baseados em atração mútua, extinguindo-se a admiração e o benefício emocional que desfrutaram em reciprocidade tenham sua liberdade assegurada pela possibilidade do divórcio.

O objetivo aqui não é discorrer em contrário mas a reflexão que queremos trazer é, até que ponto a concepção e assistência afetiva da prole é assegurada no momento em que o casamento se extingue e a guarda é resolvida, a um dos pais ou em regime de compartilhamento?

Historicamente a nossa sociedade foi resistente ao divórcio, pelo contexto de forte influência da igreja e do patriarcado, a ideia de família estava interligada ao vínculo do casamento por isso a possibilidade da sua dissolução era algo pouco aceito. Com o passar do tempo, surgiu a viabilidade do desquite; a convivência e a obrigatoriedade de fidelidade era rompida, mas ainda não se autorizava que o antigo casal contraísse nova união civil de casamento.

Alguns anos depois observamos o surgimento da Lei do Divórcio, um segundo dispositivo jurídico abordando o tema; Ele ainda não trazia a dissolução do casamento, pelo contrário continuou apresentando um regramento bem restrito para se legitimar o divórcio, que entre outras coisas exigia que a “separação de fato” acontecesse por um período de tempo que variou entre 5 até 2 anos para que só então se pudesse requerer a concessão do divórcio. A Lei do Divórcio apresentava à sociedade uma mudança de nomenclatura, com o passar do tempo e o crescimento da jurisprudência sobre o tema, o direito dava os primeiros passos em direção a realidade atual que temos de família:

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.*

*§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.*

*§ 3º 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.*

*§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

*§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*

*§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.*

*§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*

*§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

A partir daqui se extingue a separação que precedia o divórcio e esse já se estabelece pondo fim de fato ao casamento, inclusive permitindo que novos vínculos sejam formados.

Atualmente o divórcio é entendido como um direito garantido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, por isso tendo a vontade de divorcia-se, já não é necessário que o Estado pondere se deve conceder esse ato civil ou não. Já não cabe a exposição se houve culpa de um ou outro cônjuge ou a comprovação da ocorrência de algum fato específico com a finalidade de extinguir o casamento como era comum antigamente, principalmente pela ótica social que se visualizava o divórcio. Basta que se tenha essa vontade ou se acabe o afeto que garantia sustentação ao vínculo e o divórcio será concedido.

Um casal que concorde em tudo que for relativo ao divórcio atualmente pode simplesmente se dirigir a um cartório e diante de um tabelião, conseguir o divórcio poupando tempo e um inteiro trâmite processual. Tendo filhos menores, isso já não poderá acontecer, pois as questões primordiais para o desenvolvimento da criança e do adolescente provenientes dos vínculos de parentesco e dos pais enquanto detentores do poder familiar precisam ser bem compreendidos, organizados e distribuídos para que a mudança na dinâmica da família não seja motivo de prejuízo aos menores integrantes da prole. A exemplo do que se refere à guarda,

regulamentação de visitas e alimentos, bem como a assistência afetiva através da convivência.

Dessa maneira o Estado começa a assistir a família, zelando por cada um dos seus integrantes individualmente. Toda essa deliberação se inclina para a prevenção da violência no âmbito de suas relações, ressaltamos que compondo esse vasto conceito de violência podemos encontrar o acontecimento do abandono afetivo após o divórcio, ou até mesmo durante o exercício da união estável ou do casamento.

Uma vez que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal perante o ordenamento jurídico são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, aqui incluímos a dispensação afetiva. É preciso que se compreenda, a simples integração ao núcleo familiar não esgota as necessidades afetivas que asseguram o pleno desenvolvimento da prole. Eles carecem mais do que a provisão financeira, o plano de saúde, o cartão de vacinas em dia. É necessário que a consciência e os resultados da dignidade da pessoa humana impressos no caráter já desenvolvido dos pais espelhe o que para os filhos é um caminho começando a ser trilhado. Não havendo possibilidade de sanar essa necessidade, da primeira infância até a adolescência se não na mais simples e crua convivência humana e emocional.

Falhando os pais nessa deliberação, como o nosso ordenamento jurídico tem buscado assegurar essa reparação ainda trilha o caminho construtivo, mas a passos largos já começa a acontecer.

### 3.0 AS NECESSIDADES AFETIVAS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:*

*I - dirigir-lhes a criação e a educação;*

*II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;*

*III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;*

*IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;*

*V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;*

*VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;*

*VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;  
VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;  
IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)*

Nas palavras de Maria Helena Diniz, o conceito de poder familiar vai nos ajudar a esclarecer ainda mais o inciso VI do artigo 1634 do código civil:

*“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.”*

Já as palavras do inciso IX, “os serviços próprios de sua idade e condição” deixam claro que em cada idade a criança e o adolescente tem capacidades e necessidades específicas para atingir o seu pleno desenvolvimento. Por equiparação nós vamos aplicar esse inciso como verdade sobre a necessidade afetiva do menor; sendo ela particular a idade, específica e necessariamente emanada daqueles que exerçam o poder familiar. O poder concedido aos pais ou a um deles – no caso das famílias monoparentais - para guardar e acompanhar os filhos entre o nascimento e a maioridade civil.

Na primeira infância a criança necessita de aceitação, amor, carinho, cuidado, aleitamento materno e afeto físico para que desenvolva confiança e segurança no ambiente familiar. A carência gerada pela ausência de qualquer um desses “itens” pode resultar na autossuficiência prematura que será inevitavelmente produzida pelo instinto humano de sobrevivência, seja ele físico ou emocional. Essa autossuficiência na primeira infância será prejudicial pelo resto da vida, por resultar psicologicamente em um medo desnecessário que pode ser o ponto inicial para o desenvolvimento de vários prejuízos psicológicos, já que o menor até involuntariamente buscará sanar esse medo e essa insegurança de outras maneiras. Enquanto ele deveria estar isento dessa realidade encontrando segurança no ambiente familiar; aqui podemos pontuar um caso de limitação gerado pelo abandono afetivo.

A dependência é saudável na primeira infância, assim como é crucial para possibilitar a segurança paternal na liberdade que deve passar a ser concedida quando essa criança começar a atingir a idade da adolescência. Uma fase onde novas necessidades físicas e afetivas, entre elas a afirmação e a assistência psicológica irão surgir para serem atendidas, pela transição da fase infanto-juvenil à puberdade e ao que se inicia da vida adulta. O adolescente não necessita do aleitamento nutricional, mas é carente do preciso amparo psicossocial, que os pais devem conceder diante de decisões profissionais e acadêmicas, assistir nas esferas monetárias. Atualmente não é raro, menores que já exercem atividade remunerada, algumas delas envolvendo sua imagem e outras expondo criações de sua autoria.

Entendemos que essa temática abrange civilmente Direito de Família e responsabilidade civil, como muito bem explana a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes:

*"A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar (...). Paralelamente, significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que uma vida familiar na qual os laços afetivos são atados por sentimentos positivos, de alegria e amor recíprocos em vez de tristeza ou ódio recíprocos, é uma vida coletiva em que se estabelece não só a autoridade parental e a orientação filial, como especialmente a liberdade paterno-filial" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material).*

Com o fim do dominante patriarcado familiar, a manutenção do casamento passou a estar estritamente ligado ao afeto. Ao ponto da dissolução matrimonial se dá pela simples ausência dele, como já falamos no tópico referente ao divórcio. No que tange o relacionamento dos genitores com a sua prole, entendemos que é cabível esse mesmo princípio régio, a manutenção da entidade familiar também se dará pelo afeto, com uma pequena e importante diferença, aqui o vínculo afetivo não

é opcional mas estritamente necessário e obrigatório. Os filhos também são estrutura compositora da entidade familiar e terão as mesmas obrigações e carências. A diferença estará apenas na sua possibilidade de exercício que sempre estará alinhada com a sua capacidade etária.

Um exemplo para fundamentar essa teoria são as causas de abandono afetivo inverso, que já estão presentes na nossa jurisprudência. Segundo o desembargador Jones Figueirêdo Alves: “o abandono afetivo inverso é a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.”

De acordo com a Constituição Federal: “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.” Temos muitos casos jurisprudências de pais que acionaram seus filhos para requerer indenização moral e a patrimonial, por declararem-se sujeitos passivos de abandonos moral e patrimonial.

### 3.1 O ABANDONO AFETIVO

A prática do abandono afetivo, se caracteriza da seguinte maneira:

1. Conduta omissiva ou comissiva do genitor (ato ilícito)
2. Trauma psicológico sofrido pelo filho (dano)
3. Nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano

Quando não há atenção, carinho e compreensão mesmo na convivência diária. Quando o pai ou a mãe não aparecem para a visita e a criança espera em silêncio. Ela espera silenciosamente acompanhada por uma ausência que grita. O adolescente que tateia por afirmação, que só pode ser concedida através da convivência e ela inexistente; o valor alimentício devido e pago todos os meses não soluciona. O desdobramento do genitor que está presente todos os dias não supre. Quando os pais idosos e já limitados em no desenvolvimento de suas atividades civis, sociais e físicas não são assistidos, a gratidão pela antiga convivência familiar, não supre.

O afeto é um sentimento, um laço de amizade e até mesmo uma função mental, inerente a todo homem e detentor de várias particularidades nas relações familiares pelo seu trânsito no campo emotivo e por isso mesmo, se torna frágil, variável, carente de manutenção, sangue, vísceras, aspectos humanos e físicos. A prole que carrega a carga genética já nasce ansiando por desfrutar de uma convivência real a ponto de possuir no final da vida não só trejeitos e temperamentos em comuns, mas preferências e ideias. Não só traços físicos como também traços intelectuais que os seus pais tenham adquirido ao longo da vida.

Enquanto a ausência física e emocional que impossibilita a manutenção do vínculo afetivo é livre e resguardada pela liberdade do indivíduo nas relações interpessoais, nas relações paternos-filiais ela pode ser considerada um ato ilícito, pois como o tema escolhido para o presente trabalho – o abandono afetivo como exercício de limitação do direito da personalidade à criança e ao adolescente - bem sugere, essa conduta alcança o campo concernente aos direitos da personalidade da criança e do adolescente.

Os direitos da personalidade, são irrenunciáveis, intrasferíveis. São direitos que estão vinculados à essencialidade e a dignidade da pessoa humana. Essa essencialidade pode ser prejudicada permanentemente por um eventual dano psicológico, comprovadamente resultante de um ato de abandono afetivo. Entendendo que o menor não tem a independência afetiva em relação aos seus genitores, ao menos não naturalmente, pelo contrário essa necessidade está incumbida na essencialidade que ele carrega enquanto sujeito de direitos da personalidade.

Para concluir, de acordo com o abordado no último ponto, as necessidades afetivas da criança e do adolescente, em casos de abandono afetivo logo se comprova o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano causado.

#### **4.0 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio da dignidade da pessoa humana está estabelecido como um dos fundamentos do Estado, sendo basilar para vários âmbitos sociais inclusive para a manutenção da entidade familiar. Enquanto toda norma jurídica pode ser

classificada como regra ou princípio a própria nomenclatura já nos aponta onde ele se encaixa.

Evoca Edilson Pereira de Farias:

*“Enquanto preceito legal expresso em nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana tem como meio de concreção, os direitos fundamentais que constituem um dos paradigmas da legitimação de regimes políticos.”*

Os direitos fundamentais encontram-se elencados na nossa constituição do artigo 5º ao 17º:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;*

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

*III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;*

*IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*

*V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*

*VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;*

*VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;*

*VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;*

*IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)*

São os responsáveis por garantir a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança, entre outros. E por isso, também compreendemos que a dignidade da pessoa humana se vale das garantias dos direitos fundamentais e dos direitos humanos para sua concretização, por isso a importância de que conhece-

los. Segundo a ONU os direitos humanos são garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra omissões de governos que atentem com a dignidade humana. Em uma visão minimizante e detalhista, a família é a primeira forma de governo experimentada por todo ser humano.

Nas palavras de Maria Berenice Dias a dignidade da pessoa humana:

*“É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimento e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.”*

A relação familiar só acontece de maneira saudável para todos os seus componentes se estiver baseada no respeito, e esse englobando a dignidade humana e as particularidades de cada indivíduo.

Mais uma vez segundo Maria Berenice Dias:

*“O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.”*

O abandono afetivo parental lesiona direito fundamental da criança ou do adolescente, uma vez que essa negligência terá a força de causar limitações e distanciamentos que podem ser irreversíveis em relação ao detentor do pátrio poder que estiver tendo tal conduta. O solo das emoções tem suas estações fazendo-se necessário que cada necessidade afetiva etária seja suprida no tempo específico, pois cessado essa lapso temporal, o dano estará causado. Já não haverá como se reverter emocionalmente esse prejuízo.

Cometido, configurado e comprovado o abandono afetivo em relação a criança ou ao adolescente, aquele dos pais que seja o autor poderá ser responsabilizado na esfera civil, lembrando que nessa situação ele negligencia principalmente uma obrigação familiar, mas também abarca a esfera constitucional, por ir de encontro as suas previsões e princípios.

## 5. 0 ABANDONO AFETIVO: DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Felizmente, cada dia mais se computa o aumento de causas que tratam dessa temática. Para enriquecer o presente artigo, trazemos os casos a seguir:

*03 DE JULHO DE 2014. LÍGIA NUNES DE PAULA JUÍZA SUBSTITUTA*

*NR. PROTOCOLO : 184924-95.2014.8.09.0175*

*AUTOS NR. : 991 NATUREZA : ALIMENTOS REQUERENTE : GDV REQUERIDO : JVS ADV REQTE : 38542 GO - GERALDO MENDES RODRIGUES NETO*

*DESPACHO : DECISÃO PROTOCOLO: 201401849240 NATUREZA: ALIMENTOS NMC 1. RELATÓ RIO CUIDAM OS AUTOS DE AÇÃO DE ALIMENTOS C/C PEDIDO DE DANO MORAL E MATERIAL POR ABANDONO AFETIVO INTENTADA POR GABRIELE DUARTE VE RÍSSIMO EM DESFAVOR DE JOSÉ VERÍSSIMO DA SILVA.*

*DECISÃO: Acordam os integrantes da 10ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar parcial provimento ao presente recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR - VALOR DA CAUSA QUE DEVE CORRESPONDER AO QUANTUM INDICADO NA INICIAL A TÍTULO DE PRETENSÃO REPARATÓRIA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. (TJPR - 10ª C.Cível - AI - 1294418-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Horácio Ribas Teixeira - Unânime - - J. 06.08.2015).*

*Processo: AC 511370 SC 2011.051137-0. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.*

*Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CAUSA JULGADA PROCEDENTE. IRRESIGNIÇÃO DA GENITORA. DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. NÃO CUMPRIMENTO. APLICAÇÃO DO ART 22 DO ECA. DESCASO COM OS FILHOS. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL COMPROVADO NOS AUTOS. SITUALÇÃO DE RISCO VERIFICADA. INCIDÊNCIA DO ART 1638 DO CÓDIGO CIVIL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CONFIRMADA. PRESSUPOSTOS DEMONSTRADOS.*

*Processo: APC 20130130044702. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.*

*Ementa: CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. GENITORES DEPENDENTES DE DROGAS. ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. SITUAÇÃO DE RISCO. PRÍNCIPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.*

*Processo: APC 20110130031207 DF 0003116-23.2011.8.07.0013  
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.*

*Ementa: DIREITO CIVIL. DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. MENOR INSTITUCIONALIZADO. GENITOR CUMPRINDO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. GENITORIA USUÁRIA DE DROGAS. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. DEMONSTRADO O EFETIVO ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DO ADOLESCENTE (ART 1638, II DO CC) SUBMETIDO À SITUAÇÃO DE RISCO E PSICOLÓGICA, IMPÕE-SE A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. 1.1 EMBORA A MEDIDA SEJA EXCEPCIONAL, É ADMITIDA QUANDO COMPROVADO QUE A CONDUTA DOS GENITORES É CONTRÁRIA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE, EM RESPEITO AO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA E AO SEU PLENO DESENVOLVIMENTO BIO-PSICO-EDPIRITUAL.*

## 6. CONCLUSÃO

Entendendo e respeitando que cada família é um universo repleto de particularidades, nunca será possível ditar regras sobre como as relações devem acontecer, nem seria essa uma competência do jurídica ou Estadual. Mas é importante que em todo o possível se delimitem aspectos de prevenção aos extremos familiares.

Abordamos mais uma vez o aspecto emocional e o jurídico inerentes ao ato ilícito de abandono afetivo em relação à criança e ao adolescente. Assunto que tem sido discutido, mas permanece distante do seu esgotamento. Dessa maneira, se construiu aqui mais uma contribuição.

## REFERÊNCIAS

Artigo 11, Código Civil  
Artigo 1634, Código Civil  
Artigo 226, Constituição Federal  
Artigo 227, Constituição Federal  
Artigo 5, Constituição Federal

Curso de direito civil brasileiro: direito de família, v. 5, p. 514

Diário de Justiça do Estado de Goiás, Página 825 da Seção II de 18 de Julho de 2014

DIAS Maria Berenice, Manual de direito das famílias, Páginas 61 e 62

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos, Porto Alegre, Sergio Antonio

