

Auditorium: O local e o global  
v. 25, n. 52  
jul/out. 2021  
ISSN: 2177-8337

BRAZIL

# Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL  
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



Auditorium

**Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**  
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994



**JUSTIÇA FEDERAL**  
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



## **EQUIPE EDITORIAL**

### **Editores-Chefes:**

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)/Presidente do TRF2 no biênio 2019/2021.

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior – Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

### **Editora-Executiva:**

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

### **Editora-Gerente:**

Dra. Márcia Teixeira Cavalcanti - Doutora em Ciência da Informação pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT/UFRJ)

### **Conselho Editorial:**

Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil;

André Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil / TRF2;

Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Brasil;

Carmen Sílvia Lima de Arruda, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;

Alexandre Moraes da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil;

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil;

Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, UNIMAR, Brasil;

Carlos Alberto Lima de Almeida, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Carlos Alberto Lunelli, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil;

Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;

Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;

Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China;

Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, UNIMONTES, Brasil;

Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, UNICAMP, Brasil;  
Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, UPF, Brasil;  
Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;  
José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil;  
Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil;  
Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, UNB, Brasil;  
Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;  
Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil;  
Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;  
Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, Brasil;  
Oswaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, Brasil;  
Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;  
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal;  
Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina;  
Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil;  
Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;

**Revisores Ad Hoc:**

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;  
Aldo Muro Jr., Instituto Federal de Goiás, IFG, Brasil, Universidade de Pisa, Itália;  
Andrea Uemura Sotopietra, Universidade Cruzeiro do Sul, UCS, Brasil;  
Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;  
Cláudia Luiz Lourenço, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, PUC Goiás, Brasil;  
Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;  
Cristina Leite Lopes Cardoso, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;  
Daniel Andrés Raizman, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;  
Daniel Machado Gomes, Universidade Católica de Petrópolis, UCP, Brasil;  
Demetrius Nichele Macei, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;  
Eduardo Barbuto Bicalho, Universidade Cândido Mendes, UCAM, Brasil;  
Francisco Antonio Cordeiro, Centro Cultural Justiça Federal, CCJF, Brasil;  
Graciane Saliba, Faculdade de Pará de Minas, FAPAM, Brasil;  
Heitor Romero Marques, Universidade Católica Dom Bosco, UCDB, Brasil;  
Isolda Lins Ribeiro, C. G. Jung Institut-Zurich, Suíça;  
Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;  
Lauro Ericksen, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil;

Márcia Teixeira Cavalcanti, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;  
Marco Antônio Ribeiro Tura, Escola Superior do Ministério Público da União, ESMPU, Brasil;  
Maria Alice Costa, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;  
Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Brasil;  
Michel Canuto de Sena, Faculdade de Direito Prof. Nelson Trad, FADIR, Brasil;  
Nádia Xavier Moreira, Universidade Veiga de Almeida, UVA, Brasil;  
Osvaldo Canela Jr., Escola de Magistratura do Paraná, EMAP, Brasil;  
Renan Castro, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;  
Robert Lee Segal, Faculdade Unyleya, Brasil;  
Rodrigo Almeida Cruz, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil;  
Rosane Oliveira, Universidade do Grande Rio, UNIGRANRIO, Brasil;  
Salomão Barros Ximenes, Universidade de São Paulo, USP, Brasil;  
San Romanelli Assumpção, Universidade de São Paulo, USP, Brasil;  
Sandro Schmitz dos Santos, Universidad Nacional de La Matanza, UNLaM, Argentina;  
Thiago Thielmann de Araújo, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;  
Valdirene Ribeiro de Souza Falcão, Universidade Mackenzie, MACKENZIE, Brasil;  
Vitor Burgo, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

**Corpo Técnico Editorial:**

**Tradução:** Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

**Webdesign e Diagramação:** Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual | COPGRA/ARIC/TRF2

**Normalização:** Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

**Suporte Técnico:** Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

**Colaboração Editorial:** Raquel de Oliveira (estagiária de biblioteconomia/AREV), Sani Silva (estagiária de biblioteconomia/AREV).

## CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

### Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6405

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

## DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro : Auditorium / Tribunal Regional Federal da 2. Região. – v. 1, n. 1 (1994). – Rio de Janeiro : Tribunal Regional Federal da 2. Região, 1994- .

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014 e 2018-

Publicação impressa e eletrônica.

Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/index>.

Suspensa: 2015-2017

A partir do v. 22, n. 42 (2018), a revista foi publicada pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro e pelo Centro Cultural Justiça Federal.

A partir do v. 25, n. 52 (2021), a revista passou a ser publicada pelo Tribunal Regional Federal da 2. Região.

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

ISSN: 1678-3085

e-ISSN: 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. I. Tribunal Regional Federal da 2. Região. II. Seção Judiciária do Rio de Janeiro

CDD 340

CDU 34

## SUMÁRIO

- 7** **Apresentação**  
Os Editores

|ARTIGOS: TEMÁTICAS LIVRES

- 9** **DIREITO PENAL DA SEGURIDADE SOCIAL E DIREITO PENAL PREVIDENCIÁRIO: CONTRIBUTO PARA SUA DELIMITAÇÃO FRENTE AO DIREITO PENAL ECONÔMICO**  
Ramiro Gomes von Saltiel
- 36** **UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL NO DIREITO BRASILEIRO**  
Bianca Tito, Bibiana Terra
- 62** **DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS AVANÇOS JURÍDICOS E SOCIAIS**  
Maurício Ferreira da Cruz Junior, Joelma Coimbra dos Santos, Romulo Renato Cruz Santana
- 81** **A AUTONOMIA PRIVADA NA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS E O DIREITO DE PREFERÊNCIA**  
Leonardo Estevam de Assis Zanini, Odete Novais Carneiro Queiroz
- 107** **INDEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA PELO AUTOR: CONCESSÃO DE TUTELA JURISDICIONAL EM FAVOR DA PARTE ADVERSA POR VIA INDIRETA?**  
Flávio Henrique Siviero

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v25n52p7-8>

## APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, apresenta a 52ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, intitulada "O Local e o Global", com artigos que abordam temáticas variadas. Esta edição possui 5 (cinco) trabalhos (ainda) editados remotamente, que levam ao leitor importantes debates no campo do Direito.

Abrindo a edição, temos o artigo **Direito Penal da Seguridade Social e Direito Penal Previdenciário: contributo para sua delimitação frente ao Direito Penal Econômico**, que aborda os crimes contra a Seguridade Social, que podem ser chamados também crimes previdenciários, discutindo qual o status epistemológico do direito penal da Seguridade Social; se se trata de uma disciplina autônoma ou, quiçá, um ramo do direito penal econômico.

O artigo **Uma análise crítica acerca da possibilidade de redução da imputabilidade penal no direito brasileiro** propõe, a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988 e de legislação pertinente, uma análise da legitimidade na redução da imputabilidade penal, hoje fixada aos 18 anos, analisando princípios e normas relacionados.

**Direitos da pessoa com deficiência e seus avanços jurídicos e sociais** apresenta um estudo sobre o tema sob uma aparente evolução dos direitos humanos na perspectiva da pessoa com deficiência e analisa o contexto da evolução dos direitos humanos e se tal evolução abrange ou dá subsídios para a delimitação da normatividade da inclusão para a pessoa com deficiência.

**A autonomia privada na cessão de direitos hereditários e o direito de preferência** analisa o regime jurídico da cessão de direitos hereditários, apresentando a indivisibilidade da herança e a responsabilidade dos herdeiros pelas dívidas hereditárias, passando para análise do conceito, do objeto, dos requisitos, das condições e dos limites da cessão de direitos hereditários no Código Civil de 2002 e, por fim, aborda o direito de preferência dos coerdeiros.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v25n52p7-8>

O artigo **Indeferimento de tutela provisória requerida pelo autor: concessão de tutela jurisdicional em favor da parte adversa por via indireta?**, a partir do entendimento do instituto da jurisdição como um dos alicerces do Direito Processual Civil, visa a aferir se o indeferimento de pedido de tutela provisória formulado pelo autor consiste, por via indireta, na concessão de tutela jurisdicional em favor da parte adversa.

Desejamos aos nossos autores e leitores uma boa leitura e muita saúde.

Os Editores

**DIREITO PENAL DA SEGURIDADE SOCIAL E DIREITO PENAL  
PREVIDENCIÁRIO: CONTRIBUTO PARA SUA DELIMITAÇÃO FRENTE AO  
DIREITO PENAL ECONÔMICO**

***SOCIAL SECURITY CRIMINAL LAW AND SOCIAL TAX CRIMINAL LAW:  
CONTRIBUTION FOR ITS DELIMITATION BEFORE THE ECONOMIC  
CRIMINAL LAW***

**Ramiro Gomes von Saltiel<sup>1</sup>**

**Resumo:** Este estudo tem como objeto os crimes contra a Seguridade Social, que podem ser chamados também crimes previdenciários. O problema a se enfrentar é qual o status epistemológico do direito penal da Seguridade Social; se se trata de uma disciplina autônoma ou, quiçá, um ramo do direito penal econômico. O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, partindo-se da premissa maior para a menor, mediante técnica de revisão bibliográfica e jurisprudencial. A hipótese ventilada é que o direito penal da Seguridade Social não constitui disciplina autônoma de estudo; da mesma forma, não se trata de mero ramo do direito penal econômico, tendo em vista que há também crimes tradicionais abarcados pelo conceito, de modo que o verdadeiro critério para se aferir a criminalidade em questão é a ofensa aos bens jurídico-penais tutelados pelo direito penal da Seguridade Social.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Direito Penal Previdenciário. Crimes contra a Seguridade Social. Direito Penal Econômico.

**Abstract:** This study has as object the crimes against the Social Security, which may be called also as Security tax crimes. The problem to be faced is what is the epistemological status of the Social Security criminal law; if it is an autonomous discipline or, maybe, a branch of the economic criminal law. The method of research is the hypothetical-deductive, starting from the major premise to the minor, through the technique of bibliographic and jurisprudential revision. The hypothesis is that the Social Security criminal law do not constitute an autonomous discipline of study; also, it is not a simple branch of the economic criminal law, given that there are also traditional crimes embraced by the concept, so that the true criterion to measure the criminality in question is the offense to criminal law objects protected by the Social Security criminal law.

**Keywords:** Criminal Law. Social Security Criminal Law. Crimes against Criminal Security. Economic Criminal Law.

---

<sup>1</sup>Mestre em ciências criminais pelo programa de pós-graduação em ciências Criminais da PUCRS (bolsista PROEX-CAPES). Especialista em ciências penais pela PUCRS. Realizou Iniciação Científica junto ao Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM (Porto Alegre/RS, edição de 2017). Tem experiência de pesquisa em temas de teoria geral do delito, direito processual penal e crimes tributários e contra a seguridade social no Brasil. Participou de diversos eventos acadêmicos, tendo também publicado textos científicos em revistas e livros. Tem experiência na docência, como estagiário docente, tendo acompanhado o prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo, na PUCRS. Advogado e pesquisador.

Recebido em: 19/06/2021  
Aceito para publicação em: 07/10/2021

## **1 INTRODUÇÃO**

Os crimes contra a Seguridade Social estão disciplinados na parte especial do Código Penal brasileiro, tendo sido majoritariamente introduzidos pela lei n. 9.983/2000. Esta lei tipificou diversas condutas, sendo que nem todas guardam relação entre si; há crimes tributários, como os de não-recolhimento e de sonegação de contribuição previdenciária (arts. 168-A e 337-A, do CP), crimes informáticos, como de inserção de dados falsos nos sistemas da Administração Pública (art. 313-A, CP) e inserção de dados falsos na CTPS (art. 297, § 3º, II, CP), dentre outros.

A dinâmica desses crimes, contudo, é bastante diversa, tendo em vista que alguns deles não são destinados apenas à proteção da Seguridade Social, como o caso do estelionato contra entes públicos (art. 171, § 3º, CP); da mesma forma, os crimes de natureza tributária têm conexões, p. ex., com a lei dos crimes tributários (lei n. 8.137/90) e a lei referente a extinção de punibilidade pelo pagamento dos débitos (lei n. 9.249/95).

O objetivo do presente escrito é delimitar quais dos crimes previstos no Código Penal estão destinados à proteção dos bens jurídicos da Seguridade Social, e qual a sua relação com a disciplina do direito penal econômico. Trata-se de um problema bastante delimitado, mas que, por vezes, causa alguma confusão entre os aplicadores do direito, por haver pouca clareza entre as fronteiras dos crimes contra a Administração Pública e os crimes tributários; ou ainda destes últimos com os crimes contra a Seguridade Social (*v.g.* a Jurisprudência do STF em aceitar o princípio da insignificância contra crimes tributários, mas não contra os crimes contra a Previdência Social).

A hipótese maior ora levantada é a de que o direito penal econômico constitui disciplina autônoma dentro do direito penal, tendo algumas particularidades com relação a ele. Neste contexto, surge uma hipótese menor, de que há uma criminalidade destinada à Seguridade Social; contudo, estes crimes constituem apenas um ramo do direito penal econômico, não constituindo uma disciplina autônoma.

## 2 A DISCIPLINA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Em brevíssimas linhas, sabe-se que as relações entre direito e economia se fortaleceram nas últimas décadas. O Estado, a partir de determinado momento, passou a ser chamado em mais áreas de atuação se comparado à sua face negativa projetada pelas reformas iluministas; dentre essas áreas, estava a realização e prestação de direitos sociais, o que está irremediavelmente ligado à economia.<sup>2</sup>

Essa nova figura do Estado Social, provedor, que passou a intervir com mais frequência na sociedade, passou a se equipar com novos aparelhos estatais, inclusive aqueles econômicos; da mesma forma, as prestações estatais levantaram a questão de que todo o direito possui algum tipo de custo para o Estado (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 40). Logo, a realização do direito é também uma realização econômica.

Também o direito penal foi atingido por essa nova dinâmica prestacional dos direitos, aumentando-se as suas relações com a economia, e também com a política.

<sup>3</sup> Alguns tipos de ilícitos passaram a ser considerados cada vez mais graves, dignos daquela forma mais gravosa de sanções que o direito pode oferecer.

No Brasil, a Constituição de 1988 é um verdadeiro marco a respeito desses novos espaços de criminalização. A Carta soma diversas figuras incriminatórias, desde a retenção dolosa de salário até a questionável figura dos crimes hediondos.<sup>4</sup>

Começou-se a investigar qual a categoria desse novo tipo de intervenção, que também era penal, teria; evidentemente, era um fenômeno diferente do direito penal tradicional, ou clássico. Mesmo assim, não deixava de ter uma unidade com esse mesmo direito penal clássico, compartilhando com ele seus principais fundamentos, como o princípio da legalidade e ofensividade; da mesma forma o

---

<sup>2</sup> Para uma análise sobre as relações entre a Constituição e a economia, obra de referência é a de Vital Moreira (1979, p. 20); e, em dogmática jurídico-penal, v. Figueiredo Dias (2000, p. 18 e 38), que aponta esta maior interferência, em Portugal, após a I Guerra, e fala em Estado de Direito Material, envolvido com a realização das tarefas sociais do Estado; no Brasil, v. Schmidt (2018, p. 33).

<sup>3</sup> V. Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>4</sup> Uma análise dos mandados na Constituição brasileira em: Feldens (2005, p. 61) V. também as críticas de Dolcini e Marinucci (1994, p. 351), para quem a CF foi demasiado ampla nesses mandamentos.

processo judicial voltado a esse tipo de criminalidade, com princípios como a presunção de inocência.

Das sanções de âmbito administrativo, são conhecidos os chamados crimes de polícia, que visavam a proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos em uma esfera mais imediata e menos gravosa, que acabariam transformando-se no conceito de contravenção. Não à toa, mesmo esses fatos menos ofensivos acabariam incluindo condutas, como, por exemplo, o contrabando e o descaminho.<sup>5</sup>

Contudo, não se está a falar desse tipo de sanções: seja contravenções, contra ordenações (Portugal) ou simples ilícitos administrativos. Não. Trata-se, efetivamente de um direito penal, que não é inteiramente novo, mas que não cabe na moldura que classicamente se lhe atribui. Passou-se a se falar em um direito penal econômico, questionando-se se seria uma disciplina autônoma, ou um mero ramo subordinado ao direito penal tradicional.

O conceito de disciplina vem como para catalogar uma realidade pelo rigor e acerto de "critérios metodológicos racionalmente sustentados" (COSTA, 2003, p. 14).

<sup>6</sup> O direito penal econômico, é, portanto, uma realidade normativa e disciplinar que se distingue do direito penal "clássico";<sup>7</sup> tendo aquele primeiro alguma autonomia sobre o direito penal clássico, sem, contudo, deixar de tê-lo como o seu fundamento (COSTA, 2003, p. 16).<sup>8</sup>

Assim, deve o direito penal econômico possuir metodologia, objeto e princípios próprios (COSTA, 2003, p. 19); da mesma forma os bens jurídico-penais protegidos por este diferenciado ramo do direito são diferentes daqueles do direito penal clássico, pois referem-se a valores supraindividuais (COSTA, 2003, p. 38).<sup>9</sup> Esses bens possuem igualmente relevância constitucional, estando vinculados ao

---

<sup>5</sup> Cfr. Figueiredo Dias (2000, p. 17, nota 20) era geral na doutrina a noção de que essas figuras constituiriam, no máximo, contravenções ou infrações não-penais, o que não foi seguido pelo legislador do CP português de 1852.

<sup>6</sup> Sobre direito penal secundário, direito penal econômico e direito penal administrativo econômico, v. Dias (2000, p. 14).

<sup>7</sup> Cfr. COSTA (2003, p. 16), não se pode confundir a disciplina que visa estudar os objetos com os próprios objetos que se visa proteger por aquelas condutas ditas anti-econômicas.

<sup>8</sup> Semelhante: Dias (2000, p. 36) ressalta que há "*relativa autonomia do direito penal secundário no corpo, fundamentalmente unitário, do direito penal*", até mesmo pela especificidade dos bens jurídico-penais protegidos (grifo do autor), e destaca ainda que vale, para o direito penal econômico, os princípios do direito penal clássico, como legalidade, culpabilidade etc. (p. 46). No Brasil, v. Schmidt (2018, p. 73).

<sup>9</sup> V. também Dias (2000, p. 40) e Schmidt (2018, p. 89).

desenvolvimento da personalidade humana, tendo-a como seu fundamento e como seu fim último.<sup>10</sup>

### **3 CRIMES PREVIDENCIÁRIOS NO BRASIL**

No Brasil, os crimes previdenciários não constituem novidade. O não-recolhimento de tributo do empregado, descontado pelo patrão, existe pelo menos desde 1937, quando o DL n. 65 equiparou, em seu art. 5º, essa conduta às penas do crime de apropriação indébita (furto impróprio), então previsto no art. 331, nº 2 da CLP. A esta figura, sucederam muitas outras, com destaque ao art. 86 da LOPS, o art. 2º, II da lei n. 8.137/90 e o art. 95, *d* da lei n. 8.212/91.<sup>11</sup> Da mesma forma, o estelionato previdenciário (art. 171, § 3º, CP) existe desde 1940, tendo sua redação original até o momento.<sup>12</sup>

Quanto à lei n. 9.983/2000, no curso de seus debates legislativos (enquanto ainda PL n. 933/99) houve uma certa mudança de rumos, uma vez que muitos dos crimes ali propostos, inicialmente, referiam-se exclusivamente à proteção da Seguridade Social. Contudo, promulgada a lei, substituiu-se, em diversos tipos, a figura da Previdência pela da Administração Pública em geral, em tom generalizante e demasiado amplo.<sup>13</sup>

De modo geral, ao falar-se em crimes previdenciários, fala-se nos seguintes tipos penais: apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP), sonegação de contribuições previdenciárias (art. 337-A, CP), falsificação previdenciária (art. 297, §§

---

<sup>10</sup> Dias (2000, p. 42); Estellita (2001a, p. 176); Fiandaca (1982, p. 71); Schmidt (2018, p. 89).

<sup>11</sup> De um modo geral, a doutrina que se debruçou na análise do tipo penal de não-recolhimento buscou compreender a sua equiparação com a apropriação indébita tradicional; enquanto que, no caso de sonegação de contribuições previdenciárias, normalmente tratava-se do crime de sonegação de tributo, sem maior atenção à sonegação previdenciária adicionada pelo DL n. 66/66 ao art. 155, I da LOPS. V. Fragoso (1965, p. 6); Pimentel (1973, p. 324).

<sup>12</sup> Nelson Hungria (1958, p. 252) justificava a agravamento da pena pela afetação de "interesse da coletividade ou de indefinido número de pessoas".

<sup>13</sup> Isto ocorreu, por exemplo, com os arts. 313-A e 313-B, CP, que, em projeto de lei, referiam-se a "sistemas informáticos ou bancos de dados da previdência social", já que esta última passava por um processo de informatização; contudo, a redação final da lei, trouxe, genericamente "sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública" (art. 313-A, CP). Sobre isto, v. Saltiel (2020, p. 76).

3º e 4º, CP) e estelionato previdenciário (art. 171, CP).<sup>14</sup> Neste trabalho, adiciona-se ainda os crimes informáticos de inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A, CP) e modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B, CP), conforme passa-se a expor.

Há os crimes tributários de 1) não-recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 168-A, § 1º, CP) e de 2) sonegação de contribuições previdenciárias (art. 337-A, CP).<sup>15</sup> Essas figuras correspondem, essencialmente, aos arts. 2º, II e 1º, *caput* e incisos, da lei n. 8.137/90,<sup>16</sup> e, sem dúvida, trata-se de duas das figuras mais vistas em doutrina e Jurisprudência nacional e internacional na matéria.

Há os variados crimes de 3) falsificação de documentos públicos, relacionados à Previdência Social (art. 297 §§ 3º e incisos, e 4º, CP).<sup>17</sup> Tratam-se de

---

<sup>14</sup> V. Gomes; Borsio (2014, p. 25 e s.); Maciel Filho (2004, p. 75).

<sup>15</sup> "Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público"; "Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa". Ressalte-se que o art. 168-A, § 1º, CP, possui ainda duas outras figuras típicas nos incisos II e III. Contudo, devido à baixa aplicação dessas figuras, não comentaremos a seu respeito.

<sup>16</sup> "Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; [...]. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos"; Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa".

<sup>17</sup> "Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público ou alterar documento público verdadeiro: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa. [...] § 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir: I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório; II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em

ilícitos de falsidade, com a mesma dinâmica do crime de falsidade ideológica, em que há alteração substancial do conteúdo do documento, sendo crítica frequente na doutrina a sua tipificação errada como parágrafo do crime de falsidade material (BITENCOURT, 2020, p. 655-656). De modo geral, aponta-se a fé pública como bem jurídico-penal tutelado (MACIEL FILHO, 2004, p. 125), falando-se, também na proteção da previdência (GOMES; BORSIO, 2014, p. 97) e da organização do trabalho (PAULSEN, 2017, p. 378). Ademais, veja-se o art. 49 da CLT,<sup>18</sup> adicionado pelo DL n. 229/67 equipara algumas condutas à falsidade ideológica do art. 299 do Código Penal, estas relacionadas não à inserção de informações inverossímeis na CTPS, mas com relação à falsificação da própria CTPS ou de outros documentos.

Há o 4) crime patrimonial do estelionato previdenciário (art. 171, § 3º).<sup>19</sup> Esta figura, o crime mais antigo em vigor, originário do DL n. 2.848/40, é também a mais abrangente, abarcando o patrimônio de qualquer órgão ou entidade estatal da União. Protege-se o patrimônio de qualquer corpo estatal que seja financeiramente prejudicado pelo enriquecimento ilícito do agente, como a obtenção fraudulenta de empréstimo junto à Caixa Econômica Federal, por exemplo, crime praticado em “detrimento do patrimônio da União, de suas autarquias ou empresas federais”.<sup>20</sup>

---

documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita; III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado. § 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços”.

<sup>18</sup> “Art. 49 - Para os efeitos da emissão, substituição ou anotação de Carteiras de Trabalho e Previdência Social, considerar-se-á, crime de falsidade, com as penalidades previstas no art. 299 do Código Penal: I - Fazer, no todo ou em parte, qualquer documento falso ou alterar o verdadeiro; II - Afirmar falsamente a sua própria identidade, filiação, lugar de nascimento, residência, profissão ou estado civil e beneficiários, ou atestar os de outra pessoa; III - Servir-se de documentos, por qualquer forma falsificados; IV - falsificar, fabricando ou alterando, ou vender, usar ou possuir Carteira de Trabalho e Previdência Social assim alteradas; V - Anotar dolosamente em Carteira de Trabalho e Previdência Social ou registro de empregado, ou confessar ou declarar em juízo ou fora dele, data de admissão em emprego diversa da verdadeira”.

<sup>19</sup> “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. [...] § 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência”.

<sup>20</sup> Paulsen (2017, p. 192). Na Jurisprudência, v.: “O réu de forma livre e consciente, tentou obter para si, vantagem ilícita em prejuízo da Caixa Econômica Federal – CEF, consistente no recebimento indevido do FGTS, apresentando para tanto, documentos falsificados, o que justifica condenação pelo crime de estelionato” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n.

Por último, adicione-se os crimes informáticos de 5) inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A, CP) e 6) modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B, CP), sendo ambos crimes próprios, praticados por funcionário público.<sup>21</sup> A primeira figura criminaliza o servidor que altere determinado sistema informático para que não corresponda com a verdade dos fatos, com o fim de obtenção de vantagem indevida; trata-se de um espelho do estelionato contra entidade pública, sendo inclusive comum associações criminosas em que o funcionário responde pelo art. 313-A, CP, e o terceiro, pelo art. 171, § 3º, CP (PAULSEN, 2017, p. 153 e 196). De todo modo, ambos os tipos penais são abrangentes, não se limitando ao âmbito dos sistemas informáticos da Previdência Social, tendo optado o legislador por expandir injustificadamente a proteção a toda a Administração Pública.<sup>22</sup>

Há ainda outras figuras que, dada a sua abrangência, podem ou não ser praticadas em desfavor da Seguridade Social, como os arts. 153, § 1º-A, CP e 296, § 1º, III, CP, ambos adicionados pela lei n. 9.983/2000, mas que não serão aqui analisadas.<sup>23</sup>

Assim, surge o problema: o que torna esses tipos penais voltados à proteção da Seguridade Social? Alguns critérios devem ser oferecidos para responder essa pergunta, considerando a natureza de norma penal em branco atinente aos crimes previdenciários em geral.<sup>24</sup> O primeiro deles é compreender a dinâmica da Previdência Social dentro do Sistema de Seguridade Social brasileiro; e, a partir

---

5004397-05.2014.4.04.7008. Rel. des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em: 03 mar. 2021.

<sup>21</sup> "Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa"; "Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se a modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado".

<sup>22</sup> V. NR n. 12.

<sup>23</sup> Veja-se o art. 153, § 1º-A, CP: "Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

<sup>24</sup> As normas penais em direito penal econômico são, seguidamente, daquele gênero de normas penais em branco, cujo conteúdo possui natureza extra-penal, amiúde de direito administrativo; cfr. Figueiredo Dias (2000, p. 49).

disso, analisar se os chamados crimes previdenciários ofendem apenas a Previdência, ou Sistema como um todo.

### **3.1 Seguridade Social e Previdência Social**

Na Constituição de 1988, o Sistema de Seguridade Social foi positivado e elevado à categoria de direito fundamental (SARLET, 2015, p. 267 e 317), sendo disciplinado no art. 193 e seguintes, além de estar previsto como direito fundamental social e do trabalho, nos arts. 6º e 7º da CF.<sup>25</sup>

Já o art. 194, CF, prevê os três pilares do Sistema de Seguridade Social: saúde, previdência e assistência social. Não cabe aqui uma delimitação do conceito e da função de cada um desses pilares; a questão é que por meio deles o Estado dá concretude aos direitos fundamentais sociais relacionados à ordem social.

Assim, a Previdência Social é a parte da Seguridade, sendo uma espécie de seguro público, que se difere do seguro privado pelo princípio da solidariedade (daí falar em Seguridade social – ou Segurança Social, como em Portugal – e não em seguro social).<sup>26</sup> Seu objetivo é proteger o segurado nos momentos de incapacidade laboral, o que pode ocorrer por velhice, doença, acidentes, desemprego involuntário, morte etc. (HORVATH JÚNIOR, 2011, p. 1-2; JORGE, 2007, p. 11). Sua regulação está no art. 201 da Constituição, que prevê o Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

A cobertura se dá mediante filiação obrigatória e é feita pelo pagamento de tributos chamados contribuições. Há diferentes tipos de contribuição, e sobre diferentes bases de cálculo. Por exemplo, há aquelas de titularidade da própria empresa, que incidem sobre o lucro (CSLL), sobre o (PIS/PASEP e COFINS) etc. Contudo, a proteção penal dos bens e valores da Seguridade Social está centralizada em uma forma especial de contribuição: a previdenciária sobre o salário do empregado.

Assim, é este tributo que, se descontado do salário e não recolhido, incide nas penas do art. 168-A, CP; ou que, se sonegado, incide nas penas do art. 337-A,

---

<sup>25</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” “Art. 7º, XXIV – aposentadoria”.

<sup>26</sup> Um dos marcos apontados para este modelo na doutrina é o relatório Beveridge, da década de 1940; cfr. Horvath Júnior (2011, p. 16 e 20).

CP. Da mesma forma, o crime de falsificação de documento público atinge o empregador que faltar com a verdade quando da assinatura da CTPS de seu empregado (art. 297, §§ 3º e 4º, CP).

Apesar das diferenças tributárias entre as contribuições em geral e a descontada do salário do empregado,<sup>27</sup> deve-se ressaltar que tanto aquelas quanto esta são destinadas ao Orçamento da Seguridade Social da União, o que pode ser observado inclusive na discriminação das receitas das Lei Orçamentárias Anuais da União, como a LOA de 2020, lei n. 13.978/2020.

Portanto, todos esses tributos são federais e destinados à cobertura dos gastos da Seguridade Social, não havendo diferença substancial entre elas (BALTAZAR JÚNIOR, 2014, p. 117-118; ESTELLITA, 2001a, p. 215); até mesmo porque contribuições como a CSLL e a COFINS, p. ex., podem ser sonegadas e não-recolhidas, incidindo nas penas dos crimes da lei n. 8.137/90 (v. *infra*, 3.1).

### **3.2 Os bens jurídico-penais da receita da Seguridade Social e da verdade fiscal**

Muito já se discutiu sobre a natureza dos bens jurídico-penais tutelados em âmbito dos crimes tributários. O problema é há muito debatido em países europeus, como Portugal, Espanha e Itália, tendo grande parte das contribuições desses países cruzado o Atlântico e influenciado fortemente a doutrina e a Jurisprudência nacionais.

Nestas linhas, não se deve realizar um estudo aprofundado sobre os principais marcos teóricos; não há espaço para tanto. Pode-se, contudo, ressaltar que, de um modo geral, há dois opostos formados por doutrinas que apostam, de um lado, no aspecto patrimonial do bem jurídico tutelado, enquanto que, do outro, em aspectos funcionais, como as funções dos tributos protegidos

---

<sup>27</sup> É posição majoritária na doutrina e pacífica no STF a qualidade tributária das contribuições sociais, inclusive as descontadas do salário do empregado. Cfr. Carvalho (2009, p. 44-45); e Deligne; Matanzaz (2019, p. 687). Na Jurisprudência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 560.626/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008.

jurídico-penalmente. Isto sem prejuízo de outros pontos de vista mais especializados.

28

No Brasil, o ponto majoritário é, com segurança, o que aposta no patrimônio da Fazenda Pública, como bem jurídico-penal supraindividual.<sup>29</sup> Esta visão tem ampla inspiração na doutrina espanhola, e foi acatada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do HC n. 76.978/RS, lê-se que se tutela a “[...] subsistência financeira da própria Previdência Social que 'a toda a sociedade', para relembrarmos o texto constitucional, fixa-se o dever de contribuir” (BRASIL, 1998).

Contudo, pensa-se que a hipótese mais adequada não é apenas a proteção patrimonial; menos ainda a proteção de um bem jurídico funcional, como determinadas funções de cada tributo. O modelo adotado no presente trabalho é aquele que surge em doutrina portuguesa, com posterior aderência de alguma doutrina brasileira, que menciona dois bens jurídico-penais tutelados nos crimes tributários em geral: a receita e a verdade fiscal.<sup>30</sup>

Quanto à “receita”, trata-se de delimitação mais concreta do que a simples menção ao patrimônio (SOUSA, 2006, p. 298); até mesmo porque a própria linguagem do direito financeiro nacional utiliza esse termo.<sup>31</sup> No que tange à proteção da Seguridade Social, tutela-se uma receita que é de titularidade da União, cuja fonte é a contribuição previdenciária, e que compõe exclusivamente o Orçamento da Seguridade Social, o que está constitucionalmente disposto no art. 167, IX, CF, sendo vedada a utilização dessas verbas para qualquer fim outro que não a própria Seguridade Social.

---

<sup>28</sup> Para um panorama geral, ver, no Brasil: Camargo; Silveira (2018, p. 9); Rodrigues (2013, p. 147); RUIVO (2019, p. 438); em Portugal: SOUSA (2006, p. 266); na Itália: LO MONTE (1996, p. 220); na Espanha: Torres Cadavid (2007, p. 52); e, colocando as funções dos tributos como bens jurídico-penais, v. Gracia Martín (1994, p. 194).

<sup>29</sup> Por todos, v. Bitencourt (2016, p. 761), para quem o art. 168-A tutela a “*legítima expectativa de ingressos ao erário público*”; já nos crimes de sonegação (arts. 1º, lei n. 8.137/90 e 337-A, CP), o bem jurídico é “o patrimônio administrado pela Fazenda Pública na sua faceta de ingressos e gastos públicos”, adicionando que não se trata do patrimônio já formado, mas à “*legítima expectativa de ingressos ao Tesouro Público*” (grifo do autor, p. 723).

<sup>30</sup> Dias; Andrade (1996, p. 58 e 63); Fernandes (2006, p. 1133-1135). No Brasil: D’avila; Bach (2018, p. 277 e 279) e Ruivo (2019, p. 441 e 444).

<sup>31</sup> Chimenti (2018, p. 241) destaca que, nas ciências contábeis, a receita é formada pelo ingresso definitivo de recursos ou bens no patrimônio público, enquanto, para a legislação (v. lei n. 4.320/61, art. 11, §§ 1º a 4º) não se exige que o ingresso de receitas acresça o patrimônio público.

Nesse sentido, fica evidente que todos os delitos que visam proteger a arrecadação da Seguridade Social, através do bem jurídico, “receita da Seguridade Social”, estão protegendo um bem específico e delimitado pelo próprio orçamento público. Portanto, é incorreto falar apenas em crimes previdenciários; esta denominação, bem como a de direito penal previdenciário, é correta apenas no que diz respeito à dinâmica desses tributos, até mesmo porque o sistema de Seguridade Social só existe no Brasil desde 1988. Evidentemente, a arrecadação de exações como o ICMS ou o IPI possui uma dinâmica completamente diferente à das contribuições sociais. Estas têm disposições muito próprias, inclusive pelo próprio Regimento da Previdência Social (Decreto n. 3.048-99) que prevê, p. ex., a forma de declaração dessa espécie tributária, bem como sanções administrativas para determinadas condutas.<sup>32</sup>

Portanto, pode-se falar em um direito penal previdenciário, sem jamais desvelar-se de que os crimes em questão visam proteger o Sistema de Seguridade Social, através de sua receita e da verdade de suas informações, que correspondem, na prática do dia-a-dia, ao setor do direito previdenciário, pela natureza do tributo, os sujeitos tributários, a forma de declaração etc.

Ademais, quanto ao bem jurídico da verdade fiscal, também são necessárias delimitações, até mesmo porque eventualmente fala-se também em “transparência”. Na doutrina estrangeira, encontra-se quem defenda uma visão funcionalista da verdade, como na Itália, a *trasparenza fiscale* (LO MONTE, 1996, p. 220) ou a mais recente tutela instrumental da “atividade de fiscalização” (SALCUNI, 2001, p. 135, traduziu-se; na jurisprudência: ITÁLIA, 2013), concretizado nas declarações fiscais do contribuinte. No Brasil, Lovatto (2003, p. 88) defende o bem jurídico “ordem tributária”, cuja existência depende da veracidade de declarações, documentações, lançamentos etc., havendo uma proteção penal da verdade.

A proposta ora trabalhada não corresponde necessariamente às acima mencionadas, mas é importante destacar que a proteção penal da verdade não é incidental, tampouco uma hipótese recente. O que se pretende proteger com a tutela

---

<sup>32</sup> Por exemplo: “Art. 242, § 1º Os valores das contribuições incluídos na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, não recolhidos ou não parcelados, serão inscritos na Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social, dispensando-se o processo administrativo de natureza contenciosa”.

da verdade fiscal é a proteção do livre trânsito de informações no sistema cuja lesão ocorre com a fraude, já que “a razão de ser da fraude é fazer que o falso aparente ser verdadeiro”,<sup>33</sup> o que se observa nos crimes fiscais em que o contribuinte ou substituto simula situação não verdadeira para obter algum tipo de vantagem econômica.

Ademais, veja-se que as outras figuras anteriormente citadas, igualmente ofensivas à Seguridade Social, também visam proteger os bens jurídicos ora propostos, desde que praticados em seu detrimento. O crime de estelionato contra entidade de direito público (art. 171, § 3º, CP), em que o sujeito obtém, junto ao INSS, benefício a que não tem direito mediante fraude, trata de uma modalidade de enriquecimento ilícito às custas da receita da Seguridade Social; da mesma forma, a fraude perpetrada ataca a verdade fiscal. Nesse tipo de caso, haverá crime previdenciário.<sup>34</sup>

Quanto ao crime de falsidade do art. 297, §§ 3º e 4º, trata-se de crime de falsidade, que visa proteger a verdade fiscal no âmbito do sistema de Seguridade Social, sem prejuízo de falar-se em uma proteção ao trabalhador, desde que por via lateral (PAULSEN, 2017, p. 378).

Os crimes informáticos dos arts. 313-A e 313-B, CP, por sua vez, também tutelam a verdade fiscal no que tange à higidez dos sistemas informáticos da Previdência, havendo também uma tutela da receita no caso do primeiro crime, que, como visto, é praticado pelo funcionário público para enriquecimento ilícito assim como o estelionato previdenciário é praticado pelo particular.

#### **4 HÁ UMA AUTONOMIA PARA O DIREITO PENAL DA SEGURIDADE SOCIAL?**

O direito penal da Seguridade Social se apresenta, assim, como um tipo complexo de criminalidade, cuja proteção penal visa a preservação de dois bens

---

<sup>33</sup> Ruivo (2019, p. 442-443), menciona como valor nuclear deste bem o “dever de prestação de informações imposto ao contribuinte pelo Estado, que recebe tutela penal específica pelos crimes de falsificação de documento particular (art. 297, do CP), falsificação de documento público (art. 298, do CP) e falsidade ideológica (art. 299, do CP)”.

<sup>34</sup> Há inúmeras possibilidades de falsificação de documentos destinada à obtenção do benefício indevido, como a pessoa que obtém pensão por morte fingindo ser ex-companheiro(a) de segurado(a) falecido(a); v. Paulsen (2017, p. 193).

jurídicos, ora conjuntamente, ora individualmente. Nesse sentido, não é correto limitar o alcance dos crimes previdenciários apenas aos seus crimes tributários, tendo em vista que há uma gama de outros crimes que também tutelam a Seguridade Social, mas que não possuem a dinâmica dos crimes tributários, como os crimes previdenciários informáticos ou de falsidade.

Nesse sentido, os crimes contra a Seguridade Social não integram exclusivamente a disciplina do direito penal econômico, tampouco exclusivamente o direito penal clássico. A complexidade desses fenômenos apenas demonstra o cuidado que se deve ter ao especializar demais determinada área do conhecimento.<sup>35</sup> Ademais, veja-se que o direito penal tradicional também tutela bens jurídicos supraindividuais, basta ver o caso do estelionato previdenciário.

Nesse sentido, fica evidente a resposta à pergunta que batiza o presente título: o direito penal da Seguridade Social não constitui disciplina autônoma, tampouco se encaixa apenas na criminalidade "econômica" ou "clássica". Ora, não é toda e qualquer particularidade de um determinado fenômeno criminal que incorrerá em particulares ou diferentes objeto, método e princípios. Se se assume que o direito penal econômico, em sua realidade fragmentada, possui singularidades que não são abarcadas pelo direito penal tradicional, não se pode admitir a mesma sorte para cada segmento deste último (*v.g.* crimes contra o mercado de capitais, contra as relações de consumo etc.) (COSTA, 2003, p. 23).

O que importa destacar é aquilo que já se firmou: o fundamento do direito penal, seja tradicional, seja econômico, é a exclusiva proteção de bens jurídico-penais. Se determinado tipo de criminalidade ofende, portanto, os bens jurídicos da Seguridade Social, está-se diante de crimes contra a Seguridade Social. Isto não incorre falar em uma disciplina autônoma, senão um segmento do direito penal Econômico.

---

<sup>35</sup> COSTA (2003, p. 23) adverte que "a especialização, quando mal compreendida, é, de modo insofismável, o lugar privilegiado, por antonomásia, de equívocos", recusando, *p. ex.*, um "direito penal do consumidor" pelo simples fato de haver crimes contra as relações de consumo. Se fosse assim, toda e qualquer criminalidade da parte especial do código penal teria uma disciplina própria: haveria um Direito Penal da Vida, um Direito Penal das relações de trabalho etc. É claro que todos esses ramos possuem características próprias e que devem ser assim analisadas; isto, contudo, não os coloca como novas disciplinas, ou como ciências autônomas.

## **4.1 Pode haver tratamento diferente entre os crimes contra a seguridade social e tributários?**

Uma última questão que se deve abordar é o tratamento que o legislador e os Tribunais dão aos crimes previdenciários, quando comparados aos demais crimes contra a ordem tributária em geral. Como visto acima, não há uma diferença substancial entre a proteção penal da Seguridade Social e a de outros ramos do direito penal (econômico ou tradicional), o grande diferencial são os bens jurídicos que se visam proteger.

Os crimes tributários em geral, disciplinados na lei n. 8.137/90 (além dos arts. 334 e 334-A do CP, descaminho e contrabando, que não serão aqui analisados), também protegem os bens jurídico-penais da receita e da verdade fiscal, com a diferença da receita ser aquela fiscal (e não da Seguridade Social) e de o sistema tributário ser outro, mas que igualmente preza pela verdade do trânsito de suas informações.<sup>36</sup>

Contudo, seguidamente nega-se isonomia aos crimes previdenciários e tributários. Veja-se os casos a seguir.

### *4.1.1 A diferença de penas entre os arts. 2º, II, lei n. 8.137/90 e 168-A, CP*

Talvez o caso mais notório se dê na comparação entre duas figuras típicas. Tratam-se de duas condutas idênticas, mas cujas penas diferem muito em sua quantificação. Isto porque a pena do crime de não-recolhimento de tributo, que visa a proteção dos bens jurídicos da ordem tributária em geral, é apenado com detenção de 6 meses a 2 anos;<sup>37</sup> enquanto que a pena do crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias prevê pena de reclusão de 2 a 5 anos.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> D'ávila; Bach (2018, p. 279); Ruivo (2019, p. 442).

<sup>37</sup> "Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: [...]. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: [...] II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; [...]. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

<sup>38</sup> "Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra

Na doutrina, encontra-se eventual justificativa do apenamento mais gravoso para o crime previdenciário pelo fato de as contribuições previdenciárias estarem destinadas ao Orçamento da Seguridade Social, não podendo ser desviada de sua destinação.

Este argumento, contudo, não é suficiente para justificar essa diferença. Como ressaltado por grande parte da doutrina, os outros tributos federais também podem ser destinados aos gastos da Seguridade Social; o Orçamento Fiscal da União seguidamente complementa as despesas do Orçamento da Seguridade Social.<sup>39</sup>

Além disso, seria temerário dizer que as despesas da Seguridade Social são mais valiosas para o Estado do que as dos demais tributos. E os gastos destinados à educação e à saúde, por exemplo? Evidentemente, trata-se de prestações de direitos fundamentais, também alinhadas com os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e igualitária, e de promover o bem de todos. Não é justa, portanto, essa discriminação.

Enfim, resta claro que não há justificativa plausível para uma diferença de penas tal como na realidade se apresenta. Há, aqui, uma violação ao princípio da proporcionalidade (em sentido estrito) e da isonomia, por negar tratamento igual a situações iguais.

#### *4.1.2 A igualdade de penas entre os arts. 168-A e 337-A, CP*

Na escuridão do problema anterior, surge outro quase idêntico. Desta vez, deve-se reparar que o apenamento do crime de não-recolhimento de contribuição é, rigidamente, idêntico ao de sonegação de contribuição previdenciária:<sup>40</sup> ambos

---

importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público”.

<sup>39</sup> V. Baltazar Júnior (2014, p. 117-118 e 155); Estellita (2001, p. 101); Estellita (2001a, p. 216); Maciel Filho (2004, p. 214); Stoco, R.; Stoco, T. (2016, p. 114).

<sup>40</sup> “Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

preveem reclusão de 2 a 5 anos. A questão é que o crime de sonegação é, reconhecidamente, um crime de fraude, elemento este que é inexistente no crime de não-recolhimento.

Pode haver igualdade de penas para condutas desigualmente gravosas? Não é preciso nem buscar a dogmática penal, trata-se de um problema de lógica: a resposta é não! E, consultando-se a dogmática, não se chega a outra conclusão.<sup>41</sup> Há, também aqui, um problema de proporcionalidade em sentido estrito e também de igualdade, uma vez que se protege, com igual gravidade, diferentes graus de ofensa a bens jurídico-penais.<sup>42</sup>

Aliás, fica em aberta a questão se o art. 168-A, CP, protege realmente o bem jurídico da verdade fiscal, tendo em vista que a agressão a este bem é, tradicionalmente, realizada mediante a fraude, que inexistente no tipo em questão.

O STF não se pronunciou diretamente sobre o tema, mas pronunciou-se sobre a extinção de punibilidade prevista para ambos os crimes, no julgamento da ADI n. 4.974. No voto da relatora, ministra Rosa Weber, lê-se que o crime de sonegação é mais grave que o de não-recolhimento, e que por esse motivo, deve ser mais criteriosa a extinção de sua punibilidade pelo pagamento.<sup>43-44</sup> Sem entrar no

---

<sup>41</sup> “[...] evidente que a falsidade ou a fraude são largamente mais ofensivas à consciência jurídica que a mera omissão no recolhimento de tributo declarado, ainda que descontado de terceiro” (BALTAZAR JÚNIOR, 2014, p. 155); v. também Lemes (2009, p. 104); Estellita, 2001a, p. 215).

<sup>42</sup> V. Ruivo (2018, p. 593 e 609), que faz a comparação entre o aumento de pena nos crimes de furto e de lesões corporais, ambos causados pelo concurso de pessoas. Esses crimes protegem, respectivamente, a o patrimônio e a incolumidade física; mesmo assim, no crime patrimonial há uma qualificadora, enquanto que, no outro, uma majorante, o que é ilógico e dogmaticamente injustificado.

<sup>43</sup> Ao julgar-se o § 1º do art. 337-A, CP, decidiu-se que não se viola o princípio da proporcionalidade, por se tutelar suficientemente o bem jurídico do patrimônio da Previdência; ademais, v.: “Da leitura da tipificação dos dois crimes, percebe-se que, como requisito para a extinção da punibilidade do agente da apropriação indébita previdenciária, diferentemente do quanto disposto no que atine à sonegação de contribuição previdenciária, exige-se, além das espontâneas declaração, confissão e prestação das informações, seja efetuado o pagamento das contribuições, importâncias ou valores. Embora ambos os tipos proscrevam condutas voltadas à evasão tributária e à lesão ao patrimônio público, a distinção de tratamento jurídico é justificada pelo fato de, no crime de apropriação indébita previdenciária, o agente já dispor dos valores que recolheu dos contribuintes e, indevidamente, deixou de repassar aos cofres da Previdência Social. Proporcional, portanto, uma vez adequada, necessária e, mormente porque atendida proporção entre meio e fim (proporcionalidade em sentido estrito), a diferença legislativa no tratamento da extinção da punibilidade entre os dois crimes – e, por consequência, entre os demais tipos penais elencados pelo requerente” (BRASIL, 2019, p. 14).

<sup>44</sup> Registre-se que a Corte Constitucional italiana julgou caso relativamente semelhante. O objeto do julgamento eram os crimes fiscais previstos no D. Lgs. n. 74/2000; respectivamente, os crimes de: *omesso versamento di IVA* (art. 10-ter); *omessa dichiarazione* (art. 5) e *dichiarazione infidele* (art.

mérito dessa questão, percebe-se que o Tribunal julgou haver diferença de gravidade entre ambos, sem, contudo, apreciar a curiosa igualdade das penas.

#### 4.1.3 O princípio da insignificância e o art. 168-A, CP

Por derradeiro, há o problema da não aplicação do princípio da insignificância nos crimes tributários contra a Seguridade Social, tomando-se novamente por exemplo o crime do art. 168-A, CP.

Sabe-se que a questão da insignificância se insere no contexto da tipicidade penal; isto é, não basta haver um tipo formal, um tipo de lei que incrimine determinada conduta de agir ou deixar de agir: é necessária a tipicidade material (BALTAZAR JÚNIOR, 2014, p. 133-134). E, neste particular, há uma diversidade muito grande de hipóteses sobre o conceito material de crime, ou mesmo sobre a aplicação do princípio da insignificância e suas relações com o tipo penal.

No presente estudo, porém, já se optou por um conceito de crime enquanto ofensa a bens jurídico-penais; e, nesse sentido, haverá tipicidade material se houver ofensa aos bens jurídicos em questão. Em outras palavras: mesmo havendo um não-recolhimento de tributo, devido ao seu baixo montante, pode-se incidir a não relevância penal da conduta, pois, embora formalmente típica, não há ofensa ao bem jurídico, i.e., não há tipicidade material.

Nesse sentido, discute-se sobre qual seria o mínimo valor para falar-se em tipo material, no caso dos crimes tributários, falando alguns em R\$ 10.000,00, nos

---

4). Desses três crimes, apenas o primeiro é cometido sem fraude; os outros dois requerem meios fraudulentos para evasão fiscal, possuindo penas maiores. No entanto, havia uma diferença na *soglia di punibilità*, i.e., o limite mínimo de valor sonegado em euros – assim, o crime não-fraudulento exigia uma quantia menor que os fraudulentos. A Corte, nesse sentido, julgou que: “A lesão ao princípio da igualdade inerente a um tal regime se manifesta no fato de que a omissão de declaração e a declaração infiel constituem ilícitos incontestavelmente mais graves, sobre o plano da atitude lesiva aos interesses do fisco, do que o não-recolhimento do IVA: e isto, na mesma consideração do legislador, como emerge do confronto das respectivas penas editadas (reclusão de um a três anos, para os primeiros dois crimes; de seis meses a dois anos, para o terceiro)” (ITÁLIA, 2014, tradução nossa). A questão é diferente, pois não trata da pena, mas da punibilidade. Mesmo assim, há um evidente problema de desigualdade, o que foi reconhecido pela Corte, utilizando-se como medida também a diferença de penas entre os delitos. Sobre a questão da punibilidade esta categoria é discutida em doutrina europeia como se integrante ou não do modelo analítico de crime (tipo, ilícito e culpa), havendo particular preocupação na doutrina italiana. Assim, em crimes tributários, v. Aires de Sousa (2006, p. 301); Zecca (2016, p. 235); em doutrina geral do crime: v. Dolcini; Marinucci (1999, p. 476).

termos da lei n. 11.457/07; outros, em R\$ 20.000,00, nos termos da lei n. 10.522/07 e da Portaria n. 75/2012 do então Ministério da Fazenda. A Jurisprudência do STJ já acatou a primeira hipótese de insignificância;<sup>45</sup> enquanto alguns Tribunais Regionais Federais, a segunda.<sup>46</sup>

A questão que ora se coloca não é o valor da insignificância. O problema é quando há o afastamento dessa possibilidade pela natureza do bem jurídico-penal tutelado; isto é, quando se decide que, em se tratando da receita da Seguridade Social, não cabe esta aplicação.

Esta negação foi pronunciada pelo STF, em julgamento de Habeas Corpus no qual o agente teria não recolhido o valor de R\$ 2.020,00. No voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, lê-se que o não-recolhimento de contribuições previdenciárias é conduta “qualificada por um intenso grau de reprovabilidade” (BRASIL, 2010, p. 523), uma vez que “o bem jurídico tutelado pela norma penal é a ‘subsistência financeira da Previdência Social’” (BRASIL, 2010, p. 523). Nesse sentido, a conduta do paciente “além de descumprir um dever que tem para com a Previdência Social, violou também o direito de toda a sociedade de ter um sistema previdenciário que goze de saúde financeira, apto a garantir a todos a cobertura naquelas situações de necessidade” (BRASIL, 2010, p. 524).

O ministro relator ainda mencionou “a situação deficitária em que se encontra a Previdência Social, consoante atesta relatório do Tribunal de Contas da União sobre as contas do Governo da República referente ao exercício de 2009 [...]” (BRASIL, 2010, p. 526). Assim, concluiu o votante pela denegação da ordem, “dado o caráter supraindividual do bem jurídico tutelado pela norma – o patrimônio da Previdência Social [...] aliado à circunstância de a conduta do paciente contribuir

---

<sup>45</sup> “Caso em que é pertinente a tese sufragada pelo Recorrente quanto à inaplicabilidade, na espécie, do princípio da insignificância, considerando que o valor do débito previdenciário apropriado pela Recorrida, no montante de R\$ 3.899,55 (três mil oitocentos e noventa e nove reais e cinqüenta (*sic*) e cinco centavos), é superior aquele equivalente ao previsto no artigo 1o da Lei n. 9.441/97 e na Portaria n. 4.910/99 do Ministério da Previdência e Assistência Social, que consolidou a extinção do crédito para valores iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 [*sic*]” (BRASIL, 2013).

<sup>46</sup> “Aplicação do princípio da insignificância. O valor da contribuição previdenciária não recolhida, afastados juros de mora e multa, é inferior àquele previsto como o valor mínimo executável ou que permite o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, nos termos do artigo 20 da Lei n. 10.522/2002 e da na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, a qual elevou o referido montante para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)” (BRASIL, 2013a).

para agravar o quadro da já combalida da previdência social brasileira” (BRASIL, 2010, p. 527-528).

Tomando em consideração o que foi anotado nestas breves linhas, não é possível concordar com a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, é de se anotar que o verdadeiro grau de reprovabilidade de uma conduta se dá na medida da ofensividade ao bem jurídico-penal tutelado; configurando-se, assim, a tipicidade objetiva no caso concreto ou não.

Ademais, a situação atuarial da Previdência Social é totalmente indiferente à conduta do agente. Ora, não é ao empresário (substituto tributário) que a Constituição atribui o dever de equilíbrio financeiro e atuarial, mas ao Poder Público, em suas esferas competentes para tanto.<sup>47</sup> Se este, por sua vez, não conseguiu impedir uma situação de desequilíbrio, não pode este fator ser invocado na imputação do agente que, formalmente, perpetrou a conduta penalmente proibida pelo art. 168-A, CP.

Por fim, a supraindividualidade do bem jurídico-penal, como visto, não é particularidade dos bens da Seguridade Social; pelo contrário, uma série de crimes abarcados pelo direito penal econômico tutela bens supraindividuais, e mesmo o direito penal clássico o faz. Do mesmo modo, os crimes tributários de um modo geral também lidam com bens com essas mesmas características, sem contar que os demais tributos também podem ser destinados ao custeio da Seguridade Social.

Nesse sentido, conclui-se que não é possível atribuir aos crimes contra a Seguridade Social tratamento diverso daquele dado aos crimes tributários em geral.

## **5 CONCLUSÃO**

1. O direito penal econômico constitui disciplina autônoma, possuindo objeto, método e princípios próprios, e que se encontra ligado ao direito penal tradicional, constituindo com ele uma unidade. Além disso, ele tutela bens jurídicos supraindividuais, cujo fundamento se encontra na pessoa humana. Um de seus

---

<sup>47</sup> “Art. 195, § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

ramos é o direito penal tributário, onde se localizam os principais crimes contra a Seguridade Social (arts. 168-A e 337-A, ambos do CP).

2. Pode-se falar tanto em direito penal da Seguridade Social quanto em direito penal previdenciário, desde que em contextos bem delimitados.

2.1 Nesse sentido, deve-se diferenciar Seguridade Social e Previdência Social: este último é um dos pilares daquele, sendo mais restrito no que tange aos seus benefícios, que visam a cobertura do indivíduo que estiver provisória ou definitivamente desprovido de sua capacidade laboral (ex. velhice, doença, desemprego etc.).

2.2 A terminologia mais correta é “direito penal da Seguridade Social”, pois é ela a titular dos bens jurídico-penais atingidos por esse tipo de criminalidade: a receita e a verdade fiscal. Contudo, pode-se falar em direito penal previdenciário, desde que em contextos limitados pela dinâmica de recolhimento dos tributos ligados estritamente ao ramo da Previdência Social, como a contribuição previdenciária que é o objeto material dos crimes tributários de não-recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 168-A, CP) e sonegação de contribuições previdenciárias (art. 337-A, CP).

2.3 Os demais crimes praticados em âmbito previdenciário, como o de estelionato previdenciário (art. 171, §3º CP) e a falsificação na CTPS (art. 297, § 3º e incisos) possuem maior abrangência, e podem ser cometidos contra outras entidades estatais ou em contextos específicos das relações de trabalho (v. CTPS), de modo que o prejuízo da Seguridade Social ou da Previdência é apenas incidental. Logo, pode-se mencioná-los como crimes contra a Seguridade Social, mas essa delimitação é incidental; tampouco se pode associá-los, necessariamente, à disciplina do direito penal econômico, pois essas figuras são antigas e analisadas desde o direito penal tradicional.

3. Não se pode falar em uma disciplina do direito penal da Seguridade Social, sendo este um seguimento do direito penal econômico, no que tange aos crimes tributários. Por esse motivo, não deve haver uma diferença de tratamento entre esses crimes e os demais crimes tributários; a Jurisprudência do STF, nesse sentido, é oscilante.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.389.169/MG**. Penal e processo penal. Agravo regimental no recurso especial. Contrariedade ao art. 168-A do CP. Apropriação indébita previdenciária. Resp repetitivo nº 1.112.<sup>748</sup>/to. Débito não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Princípio da insignificância. Aplicação. Dívida ativa da União. Lei 11.<sup>457</sup>/<sub>07</sub>. Acórdão em conformidade com a Jurisprudência desta corte. Súmula<sup>88</sup>/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 24 de outubro de 2013. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24658436/agravo-regimental-no-recurso-e-special-agrg-no-resp-1389169-mg-2013-0204134-4-stj>. Acesso em: 07 out. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.974/DF**. Ementa. Constitucional. Controle de constitucionalidade. Alegação de inconstitucionalidade material do artigo 337-A, caput, do Código Penal – crime de sonegação de contribuição previdenciária -, por violação dos artigos 3º; 5º, caput e inciso I; 194, caput e inciso V; E 195 da constituição Federal, bem como do princípio da proporcionalidade. Improcedência. Relatora: Min. Rosa Weber, 18 de outubro de 2019. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861996417/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4974-df-distrito-federal-9989374-0320131000000>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 76.978/RS**. Habeas-corpus. Crime contra a ordem tributária praticado em continuidade delitiva: não recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados. Alegações de: exclusão da ilicitude por inexistência de dolo; extinção da punibilidade pelo parcelamento do débito; inexistência de mora por vício na notificação administrativa, porque dirigida à pessoa jurídica; atipicidade do crime de apropriação indébita; e de aplicação da *lex gravior* em detrimento da *lex mitior*: ultra-atividade da lei penal quando, após o início de crime continuado, sobrevem lei mais severa. Relator: Min. Maurício Corrêa, 29 de setembro de 1998. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77011>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 98.021/SC**. Penal. Habeas Corpus. Art. 168-A do Código Penal. Apropriação indébita previdenciária. Bem jurídico tutelado. Patrimônio da Previdência Social. Caráter supraindividual. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reprovabilidade do comportamento. Ordem Denegada. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 jun. 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15667876/habeas-corpus-hc-98021-sc/inteiro-teor-103284958>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 560.626/RS**. Prescrição e decadência tributárias. Matérias reservadas a lei complementar. Disciplina no código tributário nacional. Natureza tributária das contribuições para a seguridade social. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da lei 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do decreto-lei 1.569/77. Recurso extraordinário não provido. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Relator: Min. Gilmar Mendes, 12 de junho 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=567931>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 5004397-05.2014.4.04.7008. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 03 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da 4ª Região. Apelação Criminal n. 0001805-16.2001.4.03.6181. Relator: des. Vesna Kolmar, 09 de abril de 2013.

CAMARGO, Beatriz Corrêa; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autodenúncia ao invés de pagamento do tributo como condição para extinção da punibilidade nos crimes tributários. Análise a partir do bem jurídico protegido. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 7-22, jul./dez. 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito tributário**: direito financeiro, direito orçamentário e lei de responsabilidade fiscal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COSTA, José de Faria. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

D'AVILA, Fabio Roberto; BACH, Marion. O ilícito-típico de sonegação. Incompreensões sobre o ilícito penal em âmbito tributário. *In*: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (org.). **Tributação do Ilícito**: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET. São Paulo: Malheiros. 2018, p. 265-286.

DELIGNE, Maysa de Sá Pittondo; MATANZAZ, Sara Carvalho. Da tipificação dos crimes previdenciários: Compatibilidade e proporcionalidade prática. *In*: RUIVO, Marcelo Almeida; BOSSA, Gisele Barra (org..). **Crimes contra ordem tributária**: do direito tributário ao direito penal. São Paulo: Almedina, 2019, p. 681-706.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *In*: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 11-63.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções). **Revista brasileira de Ciências Criminais**, ano 4, v. 13. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996, p. 54-78.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Corso di diritto penale 1: le fonti, il reato: nozione, struttura e sistemática**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Costituzione e politica dei beni giuridici. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 37, p. 333-373, 1994.

ESTELLITA, Heloisa. O princípio constitucional da isonomia e o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 168-A, § 1º, I, Código Penal). *In*: ESTELLITA, Heloisa (coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 95-105.

ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

FERNANDES, Petra Monteiro. Breves considerações sobre o crime de abuso de confiança em relação à segurança social e o seu paradigma na legislação brasileira – o crime de apropriação indébita previdenciária. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais** – visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, p. 1126-1147, 2006.

FIANDACA, Giovanni. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 25, p. 42-81, 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Novo direito penal tributário e econômico. **A Justiça Penal e a Revolução**. Rio de Janeiro, 1965, p. 1-24. Disponível em: <https://bit.ly/3dUx0qS>. Acesso em: 25 fev. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; BORSIO, Marcelo Fernando. **Crimes previdenciários**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis. Nuevas perspectivas del derecho penal tributario: las funciones del tributo como bien jurídico. **Actualidad penal**, Madrid, v. 1, n. 1/26, p. 183-217, 1994.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York; London: W. W. Norton & Company, 1999.

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

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940): v. VII, arts. 155 a 196. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n. 80**. Reati e pene - Omesso versamento dell'IVA - Fatti commessi sino al 17 settembre 2011 - Trattamento deteriore per il contribuente che dopo aver presentato la dichiarazione omette di versare l'imposta da lui stesso autoliquidata, rispetto al contribuente che, al fine di evadere l'IVA, presenta una dichiarazione infedele o non presenta affatto la dichiarazione - Omessa descrizione della fattispecie a quo - Manifesta inammissibilità della questione. Relatore: Giuseppe Frigo, 07 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=80>. Acesso em: 08 out. 2021.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza n. 37424. Relatore: Arturo Cortese, 28 de março de 2013.

JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. **O custeio da seguridade social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEMES, Alexandre Barbosa. **Tutela penal da previdência social**. Curitiba: Juruá, 2009.

LO MONTE, Elio. **L'illecito penale tributário tra tecniche di tutela ed esigenze di riforma**. Padova: CEDAM, 1996.

LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes tributários**: aspectos criminais e processuais. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

MACIEL FILHO, Euro Bento. **Crimes previdenciários**: análise crítica dos delitos clássicos contra a previdência social, à luz da Lei n. 9.983, de 14.7.2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de Constituição econômica. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1979.

PAULSEN, Leandro. **Crimes federais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Apropriação indébita por mera semelhança: os crimes de apropriação indébita, previstos na legislação previdenciária. **Revista dos Tribunais**, ano 62, v. 451, p. 321-329, 1973.

RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário**: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre, Núria Fabris, 2013.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Os crimes de sonegação fiscal* (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). *In*: RUIVO, Marcelo Almeida; BOSSA, Gisele Barra (org.). **Crimes contra ordem tributária**: do direito tributário ao direito penal. São Paulo: Almedina, 2019, p. 429-452.

RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientador dos interesses político-criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 26, n. 147, p. 587-614, 2018.

SALCUNI, Giandomenico. Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario. **Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia**, Padova, v. 14, p. 131-185, jan/jun. 2001.

SALTIEL, Ramiro Gomes von. Crimes previdenciários e tecnologia: análise do discurso legislativo dos arts. 313-A e 313-B do Código Penal. *In*: VEIGA, Fábio da Silva; LEVATE, Luiz Gustavo; GOMES, Marcelo Kokke (dir.). **Novos Métodos Disruptivos no Direito**. Porto; Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Hélder, 2020, p. 76-85.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOUSA, Susana Aires de. **Os crimes fiscais**: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra, 2006.

STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TORRES CADAVID, Natalia. **Problemas de los delitos contra la Hacienda Pública**. En particular, la responsabilidad penal del asesor fiscal. 2007. Tese (doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad de León, León, 2007.

ZECCA, Mattia. **Il diritto penale tributario tra questioni problematiche e prospettive di riforma**. 2016. Tese (dottorato di ricerca in diritto ed impresa) – Dipartimento di Giurisprudenza, Libera università degli studi sociali "Guido Carli", Roma, 2016.

## **UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL NO DIREITO BRASILEIRO**

### **A CRITICAL ANALYSIS ON THE POSSIBILITY OF REDUCTION OF CRIMINAL IMPUTABILITY IN BRAZILIAN LAW**

Bianca Tito<sup>1</sup>  
Bibiana Terra<sup>2</sup>

**Resumo:** A pesquisa propõe, a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988 e de legislação pertinente, uma análise da legitimidade na redução da imputabilidade penal, hoje fixada aos 18 anos. Para tanto, analisa princípios e normas, dentre os quais a proteção integral de crianças e adolescentes, a prioridade absoluta, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição brasileira, o Código Penal, e outros. Da mesma forma, em perspectiva teórica, procura apontar e analisar alguns dos principais argumentos que surgem dentro das discussões sobre a redução da imputabilidade penal no Brasil. O objetivo geral do trabalho é verificar se a redução da imputabilidade penal violaria os mencionados princípios e, igualmente, seria uma violação do sistema constitucional que atualmente vigora no Brasil. Essa se constitui em uma pesquisa de grande relevância e que é sempre atual no cenário brasileiro, dadas as influências políticas e sociais que a temática envolve, podendo, portanto, contribuir tanto para os estudos em Direito, notadamente em Direito Penal e Constitucional, mas, também, em um viés social, que levanta discussões dentro da sociedade brasileira. Para realizá-la, adota como metodologia a de revisão bibliográfica, utilizando de fontes consideradas necessárias ao desenvolvimento da pesquisa proposta, a qual tem caráter descritivo e explicativo. Diante de tal análise, conclui-se que a redução da imputabilidade penal caminha em sentido contrário ao que hoje prevê a legislação brasileira, segundo a qual deve prevalecer a proteção de crianças e adolescentes, pois que os direitos garantidos a esses sujeitos não poderão ser alterados de forma a prejudicá-los.

**Palavras-chave:** Imputabilidade Penal. Maioridade Penal. Melhor interesse da criança e do adolescente. Direito Constitucional. Democracia.

**Abstract:** Based on the Brazilian Federal Constitution of 1988, and in relevant legislation, this research proposes an analysis of the legitimacy of reducing criminal liability, currently set at 18 years of age. For that, it analyzes principles and norms, among which the integral protection of children and adolescents, the absolute priority, the Statute of the Child and the Adolescent, the Brazilian Constitution, the

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, na Linha de Pesquisa Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Autora da obra "O direito à liberdade de expressão: o humor no Estado Democrático de Direito" e organizadora da obra "Direito e Democracia: a liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro", no qual também é co-autora de um dos capítulos. Especialista em Direito de Família e das Sucessões pela Universidade Anhuera-Uniderp.

<sup>2</sup> Mestra em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, na Linha de Pesquisa Relações Sociais e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Especialista em Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI.

Penal Code, and others. From a theoretical perspective, it seeks to point out and analyze some of the main arguments that arise within the discussions on the reduction of criminal liability in Brazil. The general objective of the work is to verify whether the reduction of criminal liability would violate the aforementioned principles and so would be a violation of the constitutional system currently in force in Brazil. This constitutes a research of great relevance and is always current in the Brazilian scenario, given the political and social influences that the theme involves, and can therefore contribute so much to studies in Law, notably in criminal and constitutional law, but, also, in a social perspective, which raises discussions within Brazilian society. To carry it out, it adopts the methodology of literature review, using sources considered necessary for the development of the proposed research, which has a descriptive and explanatory character. In view of this analysis, it is concluded that the reduction of criminal liability goes in the opposite direction to what is currently provided by Brazilian legislation, according to which the protection of children and adolescents must prevail, since the rights guaranteed to these subjects cannot be changed in order to harm them.

**Keywords:** Criminal liability. Criminal majority. Best interests of children and adolescents. Constitutional Law. Democracy.

Recebido em: 30/07/2021

Aceito para publicação em: 07/10/2021

## **1 INTRODUÇÃO**

O objetivo geral desta pesquisa é verificar se a redução da imputabilidade penal viola o texto constitucional brasileiro e demais legislações nacionais, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), que prevê princípios como o do melhor interesse da criança e do adolescente, que não pode ser ignorado em uma discussão como essa. Para isso, traz um problema de pesquisa que foi estruturado com a finalidade de questionar se no contexto brasileiro, e em observância do sistema constitucional atualmente vigente no país, eventual redução da imputabilidade penal se constituiria em uma prática revestida de legitimidade.

Dessa forma, aborda a possibilidade de que a imputabilidade penal venha a ser reduzida no Brasil, fazendo, especialmente, uma leitura dessa questão à luz da Constituição Federal de 1988. Não obstante, para não ficarmos tão somente em uma análise legislativa, ainda que essa seja muito importante e por si só nos possibilite um trabalho de grande relevância, o presente artigo se preocupa também em apresentar uma contextualização teórica do tema. Com isso, nos propomos a descrever e analisar alguns dos principais argumentos levantados pelas discussões sobre essa temática no cenário brasileiro. De maneira que a partir deles possamos testar as nossas hipóteses e alcançarmos uma resposta para o problema de pesquisa que norteia a presente investigação.

Em relação a isso, vale destacar que essa é uma discussão de bastante divergência entre os autores brasileiros, bem como em cenário internacional, embora esse não seja o âmbito de nossa pesquisa, que faz um recorte no contexto nacional, mostra-se que um dos principais pontos dentro dessa temática é o de buscar compreender se a imputabilidade penal se constitui ou não em uma cláusula pétrea. Isso é importante para a nossa pesquisa porque refere-se justamente a um desdobramento da legitimidade de tal redução, que é o foco desta. E, sendo assim, as hipóteses aqui apresentadas e testadas são duas: I) a imputabilidade penal não se constitui em uma cláusula pétrea e, portanto, é legitimamente possível a sua alteração; II) medida nesse sentido coloca em risco a proteção garantida aos

adolescentes, proteção essa que possui fulcro constitucional e, assim, violaria preceitos constitucionais.

Para testá-las é realizada uma pesquisa que possui caráter tanto descritivo, como também explicativo. Isso porque a nossa pretensão é não só de apresentarmos uma contextualização, legislativa e teórica, da presente temática, apontando os principais pontos que a envolvem, mas igualmente de, a partir disso, construirmos uma explicação que nos auxilie a trazeremos alguma resposta para o problema de pesquisa que foi levantado. Dessa maneira, a pesquisa descritiva e explicativa se faz a mais pertinente. Ainda, quanto aos procedimentos técnicos utilizados, adota-se a metodologia bibliográfica, utilizando-nos, enquanto fontes de pesquisa, de materiais que já se encontram previamente elaborados, como livros e artigos científicos de publicação periódica. Além disso, fazemos uso de legislações compreendidas como relevantes, com uma análise documental delas.

Tendo em vista o nosso objetivo geral, tem-se como objetivo específico explicar o contexto da imputabilidade penal na história brasileira, de forma a demonstrar a atual realidade que envolve o debate acerca da sua potencial redução, além de demais conceitos e outros aspectos que lhe dizem respeito. Por essa razão, encontra-se estruturada em 3 seções: I) na primeira é feita uma análise da culpabilidade, dado que essa traz dentre os seus elementos a imputabilidade e, logo, o seu estudo nos auxilia a alcançarmos uma melhor compreensão do tema; II) em um segundo momento, há uma abordagem histórica da imputabilidade penal desde o seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, com a descrição de seu conceito e análise de suas características e principais princípios que a envolvem; III) Por fim, na última seção, são descritos e analisados os diferentes argumentos sobre uma possível redução da imputabilidade penal, buscando uma compreensão de qual delas melhor responde o nosso problema de pesquisa.

Esse se constitui em um estudo de grande relevância para as áreas do Direito Penal e, de igual modo, do Processo Penal brasileiro, pois refere-se a um tema que causa bastante divergência dentro de nossa doutrina nacional. Além disso, é uma questão que gera profundas discussões e polêmicas na sociedade de modo geral, posto que os cidadãos igualmente se veem desejosos de participarem do debate e

apresentarem as suas próprias noções sobre o assunto. Dessa maneira, o espaço democrático do ambiente acadêmico, com pesquisas responsabilmente realizadas, tem muito a contribuir em tais debates, apresentando considerações que possuem um embasamento teórico e legislativo, afastadas de particularismos e opiniões pessoais, mas de cunho científico.

## **2 A CULPABILIDADE COMO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME**

A culpabilidade é um elemento integrante do conceito de crime, tendo como intuito analisar se o agente da conduta ilícita é penalmente culpável, ou seja, se ele agiu com dolo ou com negligência, imprudência ou imperícia, em qualquer uma dessas modalidades<sup>3</sup>. Ela destaca-se como um dos pontos centrais da ciência jurídico-penal, pois serve como forma de fundamentar o castigo estatal. Um dos sentidos de seu conceito a determina como fundamento da pena, porquanto parte da análise de ser ou não possível a aplicação da pena àquele que pratica um fato típico e antijurídico, ou seja, que é proibido pela lei penal.

No entanto, para tanto, alguns requisitos são exigidos, como a capacidade de culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, os quais são elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. De modo que a ausência de qualquer um deles basta para impedir a aplicação da sanção penal, isto é, há uma excludente de culpabilidade (BITENCOURT, 2007). Assim, o conceito normativo da culpabilidade tem como fundamento a capacidade do agente em saber controlar suas ações perante seu conhecimento

---

<sup>3</sup> O dolo trata-se da intenção, a vontade livre e consciente do agente em praticar a conduta antijurídica para obter o resultado. Já na negligência, a pessoa deixa de tomar uma atitude ou apresentar conduta que era esperada para a situação. Age com descuido, indiferença ou desatenção, não tomando as devidas precauções. Implica em o agente deixar de fazer algo que sabidamente deveria ter feito, dando causa ao resultado danoso. A imprudência, por sua vez, pressupõe uma ação precipitada e sem cautela. A pessoa não deixa de fazer algo, não é uma conduta omissiva como a negligência. Nesta ela age, mas toma uma atitude diversa da esperada. Para que seja configurada a imperícia é necessário constatar a inaptidão, ignorância, falta de qualificação técnica, teórica ou prática, ou ausência de conhecimentos elementares e básicos da profissão.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 36-61, jul./out. 2021

concreto de saber o que realmente faz e na exigibilidade de conduta diversa<sup>4</sup> (SANTOS, 2012).

Tais elementos se justificam no entendimento de ser o Direito Penal possuidor de função ético-social à proteção dos bens jurídicos considerados essenciais à vida em comum no meio social. Por isso, cabe a esse a tarefa exclusiva de proteger os bens jurídicos frente às condutas que os lesionem e os coloquem em perigo. Para cumprir esse papel são impostas à coletividade, por meio do legislador, normas penais incriminadoras, as quais podem ser proibitivas ou mandamentais. Acerca da culpabilidade, historicamente, essa sempre esteve conectada ao dolo e à culpa. Porém, com o advento de seu conceito normativo, de modo majoritário, a doutrina não mais entende que tais elementos sejam os que a compõem (COSTA, 2016).

Sobre isso, primeiramente, deve ser destacado que havia uma concepção clássica para a culpabilidade, a qual já foi superada, e que tratava da relação entre a vontade do autor e de seu ato, o que significa dizer que para que o agente fosse reconhecido como culpado precisaria ter cometido uma falta e, então, merecer reprovação. No entanto, em uma concepção como essa, há a ideia da culpabilidade moral, que não mais se relaciona com a Justiça Penal, já que esta, agora, diz respeito apenas à própria pessoa (BONCHRISTIANO, 2002). Criticada tal interpretação, acabou por surgir posteriormente uma nova, a qual se constitui como puramente normativa do finalismo e, assim, os elementos subjetivos da culpabilidade (o dolo e o dever objetivo de cuidado) foram superados<sup>5</sup> e passaram a integrar a ação e não mais a culpabilidade (OLIVEIRA, 2014). Ainda assim, salienta-se que não há na teoria do Direito Penal uma conceituação unânime acerca da culpabilidade.

---

<sup>4</sup> Isso significa que são elementos da culpabilidade: a *imputabilidade* - capacidade de responder penalmente pelos atos ilícitos que pratica -; a *exigibilidade de conduta diversa* - é a razoável possibilidade de se comportar em conformidade ao direito -; e, ainda, a *potencial consciência de ilicitude* - possibilidade de obter conhecimento e informação de que a ação ou omissão de determinado fato é ilícito e, portanto, contrário ao direito (SANTOS, 2012, p. 275).

<sup>5</sup> No direito penal, atualmente, a culpabilidade é admitida desde que não esteja relacionada à consciência da pessoa, mas sim com a pena. O que se reprova, portanto, é o ato realizado e não a atitude interna, assim, o que é penalmente culpável é o atentado praticado contra os valores que são protegidos por lei e sob os quais descansa a sociedade. Neste sentido, não é possível falar na existência da culpabilidade em si mesma, mas tão somente em uma culpabilidade em decorrência do fato antijurídico, devendo o exame da culpabilidade do agente apenas ser realizado após a comprovação da ocorrência de um fato que seja estabelecido como antijurídico (BONCHRISTIANO, 2002).

O conceito normativo de culpabilidade está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde 1984, quando houve a reforma do Código Penal. Um dos seus elementos a ser analisado é a capacidade de culpabilidade ou imputabilidade, considerada um atributo que se faz necessário para a compreensão da natureza proibitiva de algumas ações e como forma de orientar o comportamento mediante esse entendimento, é, então, um atributo jurídico dos indivíduos que possuem determinados níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica (COSTA, 2016).

Logo, a culpabilidade é entendida como um elemento central para a imputação, sendo, por este motivo, indispensável. Desta forma, não há como falarmos em Direito Penal separado da culpabilidade (OLIVEIRA, 2014). O poder punitivo do Estado está diretamente relacionado à culpabilidade, sendo esta, inclusive, uma de suas limitadoras, juntamente ao princípio da legalidade ou reserva legal e ao princípio da intervenção mínima. Se na realização do exame dos fatos não conseguir ser constatado que a ação é típica, será desnecessário verificar se ela é antijurídica e culpável. Isso porque cada uma dessas características possui critérios valorativos próprios, os quais também possuem efeitos teóricos e práticos próprios (BITENCOURT, 2007).

Abordado, ainda que brevemente, o conceito de culpabilidade, somos agora capazes de nos debruçarmos sobre um de seus elementos, que é o que interessa a presente pesquisa: a imputabilidade penal<sup>6</sup>. Em relação a isso, como vimos, os elementos da culpabilidade são exigidos no preenchimento da conduta, pois compõem os seus elementos positivos específicos. Se constituindo no terceiro elemento da culpabilidade e sendo, também, fundamento do castigo estatal, a imputabilidade penal é um requisito para a aplicação da sanção penal, de maneira que aquele que não a possuir não poderá ser declarado culpado, isto é, não sendo responsabilizado pelos seus atos, ainda que eles sejam típicos e antijurídicos (MINAHIM, 2004).

---

<sup>6</sup> Embora a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa também façam parte dos elementos que compõe a culpabilidade, tendo em vista o objetivo da pesquisa, optamos por abordar especificamente o seu terceiro elemento, referente a imputabilidade penal, objeto de nossa análise. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 36-61, jul./out. 2021

A imputação provém do termo imputabilidade, significando a aptidão de ser culpável, de acordo com a teoria da imputabilidade moral (livre arbítrio) (BARBATO JÚNIOR, 2004). Em sentido bastante amplo, a imputabilidade é a possibilidade de ser um ato culpável atribuído a alguém, é a capacidade de obrar criminosamente. De maneira que aqueles que não possuem tal capacidade não poderão ser declarados culpados, o que acarreta em não poderem ser penalmente responsabilizados por seus atos. Essa não se confunde com a responsabilidade, a qual é um princípio pelo qual o imputável (pessoa dotada da capacidade de culpabilidade) deve responder por suas ações (BITENCOURT, 2007). O Código Penal brasileiro não traz em seu texto uma definição para a imputabilidade penal, a não ser através da exclusão, quando estabelece as causas que a afastam.

No ordenamento jurídico brasileiro a imputabilidade é expressamente excluída em determinadas hipóteses, quais sejam: em caso de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, conforme previsão do art. 26 do Código Penal; na embriaguez acidental completa, conforme §1º do art. 28; e a menoridade, prevista pelo art. 27. Em relação a essa última, entende-se que são adultos dotados de culpabilidade os maiores de 18 anos, estando, portanto, sujeitos às sanções definidas pelo Direito Penal.

Ao passo que crianças e adolescentes, menores de 18 anos, são submetidos a normas específicas, tendo em vista sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento<sup>7</sup>. Isso significa que, para os menores, é adotado um sistema de responsabilização voltado a essa classe específica. Acerca dessa menoridade, portanto, a imputabilidade, por presunção legal, inicia-se aos 18 anos. O que se dá porque a legislação brasileira optou por seguir o sistema biológico<sup>8</sup> na definição da chamada "maioridade penal". Considerada então como inimputável o menor que essa idade, de forma a ignorar o seu desenvolvimento mental, ainda que já possua plena capacidade de compreender a ilicitude do fato (BITENCOURT, 2007).

---

<sup>7</sup> De acordo com o que dispõe o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), são considerados crianças aqueles com até doze anos de idade incompletos, e como adolescentes as pessoas entre doze e dezoito anos de idade.

<sup>8</sup> Com base neste, é observada exclusivamente a característica física do agente, independentemente de sua capacidade psicológica, sendo observada tão somente a idade cronológica, exclusivamente contada em anos, independentemente da capacidade mental.

Cumprir destacar, acerca disso, que foram razões de política criminal que levaram o legislador brasileiro a optar pela presunção absoluta de imputabilidade do menor de 18 anos, fato esse que a própria exposição de motivos do Código Penal de 1940 justifica. Não obstante, essa escolha continua até hoje gerando inúmeras discussões, como, por exemplo, a possibilidade de redução da imputabilidade penal, e se seria essa uma medida legítima ou não. Residindo sobre essa o objetivo de nossa pesquisa, na sequência é abordada a história da imputabilidade penal na legislação brasileira e os princípios que a norteiam, de modo que isso possa nos fornecer o embasamento teórico necessário para encontrarmos alguma resposta ao problema de pesquisa.

### **3 A IMPUTABILIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

A imputabilidade penal está prevista na Constituição Federal de 1988 através de seu art. 228, segundo o qual os menores de 18 anos são considerados penalmente imputáveis, estando, portanto, sujeitos a legislação especial. Em mesmo sentido, há previsão no art. 27 do Código Penal, que já determina sobre a questão, tendo o texto constitucional de 88 confirmado tal garantia através de seu Capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Isso significa que ela é uma garantia dada a esses indivíduos de que enquanto não completarem a maioridade não responderão criminalmente como adultos e não serão, então, responsabilizados com base no que estabelece o Código Penal brasileiro.

Ainda no que se refere a Constituição brasileira, o art. 227 estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado, conjuntamente, assegurarem com absoluta prioridade o direito à vida, saúde, alimentação, educação, dignidade, entre outros direitos, as crianças, adolescentes e jovens, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, violência ou crueldade que possam vir a ser submetidos. Assim, de um ponto de vista histórico, nota-se que na legislação brasileira a idade é grande influenciadora no elemento jurídico do crime, a culpabilidade. De forma que se o agente do fato típico e ilícito for menor de 18 anos, então essa não estará

presente, pois falta um dos elementos necessários para sua configuração, qual seja, a imputabilidade.

No entanto, a adoção do critério biológico na fixação da idade mínima não foi um entendimento pacífico na evolução das leis penais brasileiras. Quanto a isso, em 1831, com o advento do Código Criminal do Império, sancionado por Dom Pedro I, teve início a fase nacional de aplicação de leis criminais no Brasil-Império. Esse código estabelecia através de seu art. 10º que não seriam julgados criminosos os menores de 14 anos, mas sim considerados inimputáveis, adotando, portanto, o critério biológico na fixação da idade-limite da capacidade penal. O legislador do Império ainda se manifestou quanto aos menores de 14 anos que agissem com discernimento, estabelecendo medidas que seriam aplicadas a eles e demonstrando, nesses casos, adotar um critério duplo, biopsicológico.

Neste, são observadas tanto as características físicas do agente, como a sua capacidade de entender. Ou seja, observam-se condições puramente físicas do agente, mas também as suas características psicológicas de discernimento sobre os atos cometidos. O seu art. 13 previa que se houvesse o menor obrado com discernimento, então poderia vir a ser recolhido em casas de correção até os seus 17 anos. Porém, cumpre destacar que interpretação nesse sentido se revela, para alguns autores, bastante problemática, pois a referida “capacidade de discernimento” presente no art. 13 viria a abrir caminho para a ocorrência de muitos abusos, dando lugar a mais um doloroso espetáculo, pois no que se refere ao discernimento apenas, é possível que esse seja notado até mesmo em uma criança de cinco anos (BARRETO, 1926).

Ocorrida a proclamação da República em 1889, foi criada uma comissão para elaborar o novo código criminal, o qual entrou em vigência em outubro de 1890 e que, em seu texto, optou por continuar a adotar a Teoria do Discernimento. Esse determinava como inimputáveis os menores de 9 anos e os que, maiores de 9 e menores de 14 anos, agissem sem discernimento. Aqueles que a demonstrassem em suas ações poderia ser aplicada uma sanção de recolhimento em estabelecimentos disciplinares industriais, por tempo fixado pelo juiz e que não ultrapassasse os 17 anos do agente (MARANHÃO; GOMES, 2007).

Isso significa que apenas os menores de 9 anos estavam totalmente livres das sanções penais, enquanto os de 9 anos completos aos 14 possuíam uma inimputabilidade condicionada, só não sendo considerado criminoso se deixasse claro ter agido sem discernimento (MASSA, 1993). Com isso, a consolidação das leis penais em 1932 pode ser considerada como o pontapé inicial da fixação da idade da imputabilidade penal em 18 anos, pois embora tenha mantido a inimputabilidade do menor em 14 anos, dispôs em seu art. 69 que o menor com idade compreendida entre 14 e 18 anos seria submetido a processo especial, podendo ser internado em escola de reforma pelo prazo mínimo de 3 anos e máximo de 7. Ainda, o art. 71 determinava que em relação àqueles com idade entre 16 e 18 anos, se praticassem crimes graves, poderiam ser punidos desde que sua pena jamais fosse cumprida na companhia de adultos (LOBO, 2008).

Já na atual legislação brasileira, o Código Penal de 1940 teve a sua Parte Geral reformada em 1984 (Lei 7.209/84). Com base nesse, conforme previsto pelo art. 27, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas em legislação especial. Em igual sentido, com o advento da Constituição Federal de 88, foi pela primeira vez inserido em um texto constitucional brasileiro a idade como um fator determinante da imputabilidade penal. O que serviu para inviabilizar a realização de qualquer modificação desse critério sem que isso ocorresse por meio de Emenda Constitucional. Isso porque, caracterizada como um preceito constitucional, traz como consequência que a sua alteração só pode se dar através de um procedimento que seja também capaz de alterar o texto da Constituição, dada a necessidade de observância ao princípio da hierarquia das leis (LOBO, 2008).

Deste modo, tão somente a utilização de lei ordinária como forma de alterar o que prevê o art. 27 do Código Penal não terá efeito, vez que é também imprescindível a modificação constitucional. O que demonstra a preocupação que teve a Subcomissão da Família, da Criança, do Jovem, do Adolescente e do Idoso, do legislador constituinte em geral, com uma possível diminuição neste limite de idade. Visaram, assim, dar maior proteção às crianças e adolescentes. De maneira que pela primeira vez na história das constituições brasileiras o problema da

responsabilização dos menores foi tratado como uma questão pública. O que se revela bastante importante, dado que se passou a considerá-los como pessoas em desenvolvimento, sendo vistos como sujeitos de direitos. Por isso, os atos cometidos por menores são caracterizados como "ato infracional", em que após procedimento que dê a esses a oportunidade de defesa, poderão ser submetidos às medidas previstas pelo ECA.

Ainda, em relação aos princípios norteadores da imputabilidade, podemos destacar o da proteção integral de crianças e adolescentes, previsto tanto na Constituição Federal, como no Estatuto da Criança e do adolescente, em que, no caso desse último dispositivo, se localiza logo no art. 1º, de acordo com o qual a lei disporá a respeito de tal proteção, ensejando a segurança dos menores em todas as esferas de sua existência, seja física, intelectual, psicológica ou social. Bem como a sua promoção, sem realizar quaisquer distinções de classe social, origem, raça ou sexo. Esse princípio abarca uma corresponsabilidade, pois tanto a família, a comunidade, a sociedade e o Estado possuem parcela de responsabilidade em garantir para esses indivíduos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Igualmente, há o princípio da prioridade absoluta, que previsto pelo parágrafo único do art. 4º do ECA, determina que essa deve compreender a preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos para áreas que sejam relacionadas à proteção da infância e da juventude. Outro notável princípio é o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, segundo o qual devem alguns critérios ser observados no momento de aplicar punição ao menor, não podendo deixar de observar também as características particulares desses sujeitos que ainda estão em seu desenvolvimento físico e mental. Esse princípio é responsável por reconhecer o adolescente como uma pessoa em desenvolvimento, motivo pelo qual o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas socioeducativas, além das de proteção.

Há também que se falar no melhor interesse da criança e do adolescente, pois havendo conflito de interesses, a preferência será dada aquilo que mais os beneficia, devendo os seus interesses prevalecerem. Interpretação essa que deriva

de documentos internacionais que motivaram sua incorporação ao texto constitucional e ao Estatuto. O que vale não só para a questão específica da imputabilidade, mas em outros setores, como o divórcio e a adoção, por exemplo, dentre outras situações que envolvam o bem-estar infantojuvenil.

Os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos, pois com base em ordem constitucional estes são especiais e específicos, considerando-os pessoas em desenvolvimento e sendo essa uma condição peculiar que possuem (LIBERATI, 2006). Sobre isso, de modo breve, importa salientar que foi com a Declaração de Genebra, em 26 de março de 1924, que houve um “pontapé” inicial rumo à proteção especial, vez que essa previa a necessidade de ser proporcionada para crianças e adolescentes uma proteção especial, o que posteriormente veio a ser acolhido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

Portanto, o Estado brasileiro reconhece que no tocante ao adolescente em conflito com a lei, será o ECA aplicado de forma a atribuir-lhe responsabilidade própria de sua condição, não deixando que a inimputabilidade penal seja confundida com impunidade. Nesse quesito, o Estatuto se baseia em um sistema de responsabilidade, com fundamentação em princípios garantistas e um sistema de direito penal juvenil, sob os fundamentos do direito penal mínimo, não se rendendo ao direito penal máximo e nem ao abolicionismo penal (SARAIVA, 2002).

#### **4 REDUÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL NO BRASIL: PODEMOS FALAR EM LEGITIMIDADE?**

Uma parcela da doutrina brasileira acredita que deve ser encontrada uma solução diferente para o problema dos jovens infratores, uma vez que a possibilidade de redução da imputabilidade penal, fixando-a abaixo dos dezoito anos, coloca em risco o princípio da proteção de crianças e adolescentes, garantido constitucionalmente. Buscam demonstrar que o princípio da proteção da criança e adolescente impõe limites materiais à redução da imputabilidade penal. Isso porque a norma constitucional reforçou o que já era estabelecido no art. 27 do Código Penal, sendo os direitos a inimputabilidade penal e da brevidade na privação de liberdade direitos individuais e, conseqüentemente, cláusulas pétreas<sup>9</sup>.

É necessário considerar o fato de que por meio de seu capítulo VII a Constituição brasileira tratou dos direitos da criança e do adolescente não apenas no que se refere ao âmbito penal, mas também em demais setores de suas vidas. O que demonstra a compreensão do legislador de que esses são sujeitos em desenvolvimento e, logo, detentores de uma proteção especial. Nesse contexto, a constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente revela-se uma barreira às propostas de alteração do texto constitucional, posto que atitude nesse sentido coloca não só a imputabilidade penal em risco, mas também toda a ordem constitucional do país. Ou seja, segundo uma interpretação nesse sentido, existiria uma incompatibilidade sistêmica no rebaixamento da imputabilidade penal em face da Constituição de 88 (SPOSATO; MATOS, 2013).

Sendo um direito fundamental dos menores de 18 anos que sejam processados, julgados e sentenciados com base em legislação especial, diferenciada da que é aplicada aos adultos e que tem fundamentação no Código

---

<sup>9</sup> Essas são definidas como dispositivos constitucionais imutáveis, não podendo ser modificadas e nem excluídas. Também não poderá haver proposta de emenda constitucional ou medida provisória que de qualquer maneira as altere, independentemente de ter essa proposta origem no executivo ou no legislativo. Seu objetivo é impedir alterações nos direitos fundamentais dos cidadãos e que garantam a soberania da nação e seu regime democrático. Assim, para que esses aspectos sejam modificados será necessária uma nova constituição. São estabelecidas hoje como cláusulas pétreas aquelas previstas no art. 60, §4º, incisos I a IV, da Constituição Federal, quais sejam: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Penal. Não sendo indispensável que esteja expressamente previsto no rol do art. 5º do texto constitucional para que seja considerado um direito ou garantia individual. Bastando estar neste previsto como um direito ou garantia que trate diretamente do respeito à vida, liberdade ou igualdade, sendo, portanto, inviolável (SPOSATO; MATOS, 2013).

Em mesmo sentido, um outro argumento a adentrar nesta discussão é o de que tendo a Constituição fixado a imputabilidade penal (art. 228), essa é então uma garantia individual à disposição dos jovens. Consequentemente, referindo-se a uma cláusula pétrea, o que significa que, conforme estabelecido no art. 60, IV, ela não poderá ser objeto de deliberação para Proposta de Emenda Constitucional – PEC. Isso demonstra que há uma compreensão segundo a qual o legislador constituinte, ao colocar a imputabilidade no texto constitucional sem se importar em localizá-la em lugar específico (como seria, por exemplo, no rol do art. 5ª), mas apenas em defini-la como uma garantia individual, já a teria tomado como insuscetível de sofrer alteração através de Emenda Constitucional. Pois se assim não a compreendesse então teria deixado a questão apenas a cargo de legislação infraconstitucional, sem se preocupar em trazê-la para o texto constitucional (MARANHÃO; GOMES, 2007).

Ainda, em termos dos alegados benefícios sociais que poderiam ser trazidos pela redução da imputabilidade penal (há aqueles que alegam que os menores se beneficiam dessa para a prática de atos ilícitos e que a redução diminuiria tais ocorrências<sup>10</sup>), há quem critique tal interpretação, pois entenderam que essa na verdade representaria um ataque ao Estado Democrático de Direito, sendo inconstitucional. Isso porque faria com que jovens fossem deixados a mercê de criminosos adultos, submetidos a tratamento desumano, sem levar em

---

<sup>10</sup> Parcela da sociedade brasileira é levada a acreditar que a redução da idade hoje fixada para a imputabilidade penal trará muito mais benefícios do que prejuízos, significando uma solução para o combate à criminalidade. Além disso, um dos argumentos mais utilizados pelos defensores da redução da imputabilidade penal é o de que estes menores são inseridos na prática de crimes por aqueles que já possuem idade suficiente para serem responsabilizados como adultos, pois acreditam que o menor sairá impune ou, tendo alguma punição, essa será branda demais se comparada a que é aplicada aos maiores. No entanto, faz-se necessário entender que a imputabilidade penal não é sinônimo de impunidade, pois aos menores será aplicada medida socioeducativa, podendo essa incluir até mesmo a privação de sua liberdade. Ou seja, eles não se encontram livres de toda e qualquer punição (SARAIVA, 1997).

consideração as suas características individuais, em que se encontram em fase de desenvolvimento físico e mental (GRAU; TELLES JÚNIOR, 2001).

Um argumento a compor as discussões sobre a possibilidade de ter a imputabilidade penal reduzida é aquele que diz respeito ao direito ao voto. Isso se dá porque no Brasil esse é um direito que passa a poder ser exercido a partir dos 16 anos, em que entre os 16 e 18 se dá de modo facultativo e não obrigatório. Porém, para alguns autores, um argumento nesse sentido deve ser considerado irrelevante, dado que, primeiramente, é facultativo, e, segundo, porque votar em pleitos eleitorais é bastante diferente de ter uma sanção penal lhe sendo aplicada, com a possibilidade de restrição da sua liberdade. A imputabilidade penal é compulsória e não facultativa (SARAIVA, 1997).

A prática de um crime é ato jurídico completamente diverso, possuindo maior particularidade entre os atos jurídicos que uma pessoa pode praticar. A capacidade para a vida social e suas responsabilidades é alcançada em diferentes fases da vida da pessoa. Evidente que muitos adolescentes de 16 e 17 anos já possuem capacidade de discernimento, no entanto isso não poderia por si só constituir-se em uma justificativa suficiente. Até mesmo porque, segundo alguns estudiosos, as medidas previstas pelo ECA para coibir a criminalidade praticada por menores seria suficiente, não sendo necessária a redução da imputabilidade penal.

A equiparação que muitas vezes é realizada entre o Brasil e outros países ignora especificidades sociais, culturais, políticas, econômicas e, de modo geral, o contexto do país no qual o adolescente está inserido. O que faz com que em um país como o Brasil, marcado pela desigualdade social, seja incabível que se cobre dos mais vulneráveis os ônus pelas mazelas sociais. Não pode deixar de ser apontado que é evidente que a fixação em 18 anos não se trata de algo exato, isto é, um momento específico e determinante no qual os jovens adquirem a capacidade e, a partir de então, saberão discernir o "certo" do "errado", mas sim se constituindo em um limite que compreendeu o legislador brasileiro como sendo razoável.

Nesse sentido, a aplicação de uma pena privativa de liberdade aos menores de 18 anos traz consequências para o encarceramento no Brasil, notadamente no

que se refere a colocação de jovens juntos aos adultos, permitindo que compartilhem celas e recebam um igual tratamento da parte do Estado, vivenciando experiências semelhantes dentro do ambiente prisional. O que pode acarretar grandes prejuízos para os jovens, uma vez que mais do que reintegrá-los socialmente, poderia acabar por corrompê-los, tendo em vista que, infelizmente, são péssimas as condições de vida existentes em muitos presídios brasileiros (SANTOS, 2011).

Não obstante, nota-se na sociedade brasileira um constante clamor pela redução da imputabilidade penal. Isso se dá porque muitos de seus membros enxergam nessa medida uma solução mais rápida e conveniente para lidar com o problema dos menores infratores. Ao invés de uma aplicação mais efetiva de políticas públicas que possam auxiliar na questão e que se apresentam como um caminho possível na finalidade de resgatar da marginalidade social as crianças e adolescentes que nela se encontram inseridos, sendo benéficas e dignas para essa categoria especial de nossa sociedade (SANTOS, 2011).

Ainda sobre esse clamor social, embora não se refira a um dado jurídico, destaca-se em uma discussão como essa o papel dos meios de comunicação e dos discursos repressivos, uma vez que esses acabam por influenciar na maneira como a sociedade enxerga a imputabilidade penal. Como *slogans* e discursos de senso comum que levantam discursos de que a inimputabilidade é a porta para a impunidade ou de que os direitos humanos só deveriam ser aplicados para os "humanos direitos". Com isso, repercute entre muitos dos meios de comunicação brasileiros a ideia de que a nossa legislação precisa urgentemente ser modificada, com um reforço (endurecimento) na aplicação de sanções, de modo a intensificar as medidas punitivas (OLIVEIRA; SANTIBAÑEZ, 2017).

Em contrapartida, há aqueles que compreendem a redução da imputabilidade penal como uma medida legítima, sendo constitucionalmente possível, pois não se configuraria em uma cláusula pétreia. Além disso, apontam essa como uma medida necessária frente a atual situação dos menores no país. Nessa interpretação, os direitos e garantias individuais, contemplados no rol do art. 5º, não trazem dentre eles qualquer dispositivo que trate acerca da imputabilidade penal, portanto, não

podendo ser ela entendida enquanto cláusula pétrea, mas sim perfeitamente passível de Emenda Constitucional (CAVALCANTI, 2013).

Logo, a previsão do art. 228 da Constituição Federal seria apenas uma reprodução daquilo que o art. 27 do Código Penal já previa, reproduzindo um princípio válido no passado, mas que na realidade de hoje não mais se justificaria. Fazendo com que tal patamar, estabelecido aos 18 anos, seja referente a um outro contexto histórico-cultural vivido pelo país, bastante diferente do de hoje. Em que na nova realidade na qual nos encontramos inseridos o amadurecimento das crianças e adolescentes ocorre de forma mais rápida, dadas as diversas transformações sofridas nos últimos tempos (como o acesso à *internet* e os meios eletrônicos de comunicação e difusão de informações) (LINS; FIGUEIREDO FILHO; SILVA, 2016).

Até mesmo porque o próprio texto constitucional daria aos adolescentes uma responsabilidade muito grande e que comprovaria que aqueles que possuem tal idade são plenamente capazes de discernir acerca dos seus atos. Essa responsabilidade seria o direito ao voto, de maneira que o menor é visto como alguém que consegue influenciar na decisão sobre quem conduz a nação e ocupa o mais alto cargo do Poder Executivo brasileiro (voto nas eleições presidenciais), dentre outros cargos também muito importantes na democracia brasileira (CAVALCANTI, 2013).

Por isso, não seria coerente dar a eles tamanha responsabilidade, que claramente requer que tenham consciência sobre os seus atos, e, ao mesmo tempo, continuar a tratá-los como inimputáveis do ponto de vista criminal (CAVALCANTI, 2013). Assim, partindo-se do pressuposto de que é possível verificar a consciência política nos jovens é também possível que se verifique a sua consciência penal. Pois, se o próprio legislador-constituente reconheceu lucidez e discernimento aos maiores de 16 anos neste tocante, esta deve ser aplicada para as suas condutas em desacordo à legislação penal, uma vez que a responsabilidade de voto é atribuída aqueles que possuem elevado grau de maturidade (BARBATO JÚNIOR, 2004).

De maneira que a conclusão lógica seria que tal responsabilidade fosse

estendida à área penal, pois a maturidade reconhecida deveria alcançar todos os setores de suas vidas, sendo um contrassenso atitude diversa disso (CAVALCANTI, 2013). Nota-se, portanto, que há nisso uma analogia entre a maioria política e a maioria penal, em que a primeira é utilizada como forma de justificativa para a redução da segunda e aplicação de um tratamento igualitário para adultos e adolescentes (SARAIVA, 2002).

Ainda, no que se refere a questão da constitucionalidade da medida, caso a imputabilidade penal venha a ser reduzida, isso significa apenas uma mudança em seus termos, ou seja, naqueles que são por ela abrangidos, mas não em sua supressão, posto que ela ainda continuará a existir. Isso seria importante porque há uma compreensão segundo a qual a proibição trazida pelo texto constitucional se refere tão somente a essa questão. Sendo negada a tese que afirma existirem direitos e garantias individuais soltos em outros trechos da Constituição Federal, fazendo com que eles sejam também cláusulas pétreas e, assim, impossibilitados de ser objeto de emenda constitucional.

Embora o texto constitucional tenha expressamente adotado a doutrina da proteção integral, elevando o *status* constitucional que já era estabelecido pelo Código Penal, a inimputabilidade penal não poderia ser vista com a característica de uma cláusula pétrea, pois não se refere a um direito fundamental, haja vista não estar localizada no rol do art. 5º. Acerca disso, as cláusulas pétreas representam uma construção que tem origem no direito alemão, sendo consequência de uma resposta ao formalismo sem conteúdo ético que possibilitou abusos de direitos protetores da pessoa humana, sem freios materiais aos atos abusivos de constituintes derivados (CAVALCANTI, 2013).

No Brasil, a teoria das cláusulas pétreas é marcada por uma imutabilidade sem ressalvas, não existindo qualquer mecanismo que possibilite a realização de mudanças a seu respeito, ainda que estas se dêem de forma extraordinária e que estejam amparadas por aceitação popular (como uma mudança muito desejada pela sociedade, exemplo do clamor social que envolve o debate da redução da imputabilidade penal<sup>11</sup>). Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao qual

---

<sup>11</sup> Notável que a deliberação acerca da redução da imputabilidade penal geralmente se torna mais Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 36-61, jul./out. 2021

foi atribuída a função de “guardião da Constituição”, já reconheceu posteriormente a existência de direitos que, ainda que não contemplados no art. 5º, seriam fundamentais, desde que possuam o mesmo perfil daqueles que lá se encontram<sup>12</sup> (CAVALCANTI, 2013).

É válido destacar que em 1999 duas propostas de emenda constitucional para ter a imputabilidade penal reduzida receberam parecer favorável no intuito de alterar a previsão do art. 228 do texto constitucional e tornar possível a redução desta dos 18 para os 16 anos. Essas PECs de números 18 e 19, são, respectivamente, de autoria dos ex-senadores Romero Jucá e José Roberto Arruda. A primeira delas objetivava introduzir no país a aplicação de pena para os menores de 18 e maiores de 16 anos em determinados casos, como de crimes contra o patrimônio ou contra a vida que fossem praticados com violência ou grave ameaça à pessoa física, cessando a inimputabilidade nesses casos. Na segunda proposta, passaria a ser adotado o sistema tradicional do discernimento, aplicando a pena ao menor que apresentasse ter com esse agido (MINAHIM, 2004).

Como vimos, o ECA e o seu objetivo de garantir maior proteção para as crianças e adolescentes, amparando-os de quaisquer violações de direitos a que possam vir a ser submetidos, é utilizado como um norte para aqueles que se posicionam contrariamente à redução da imputabilidade penal. Não obstante, ao mesmo tempo, ele também acaba por servir de justificativa aos que adotam posicionamento diverso. Para esses, o Estatuto seria um código normativo ornamental, com metas que não seriam passíveis de realização, pois não correspondem à realidade brasileira, notadamente no que diz respeito a nossa realidade socioeconômica. Com isso, questiona-se a sua aplicabilidade diante da realidade dos menores no Brasil (BARBATO JÚNIOR, 2004).

---

forte quando um ato infracional grave é repercutido na mídia. Casos esses que colaboram para que a população brasileira discuta cada vez mais o assunto dentro de seu convívio pessoal, ganhando maior espaço nas discussões, sejam essas de modo formal ou informal, atingindo, inclusive, os meios de comunicação em massa.

<sup>12</sup> Importante destacar que o problema aqui não se trata apenas do reconhecimento de que outros direitos, que não somente os do art. 5º, sejam compreendidos como garantias fundamentais, mas sim o debate se a inimputabilidade penal seria ou não um deles.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esse artigo científico se propôs a verificar se a redução da imputabilidade penal violaria a Constituição Federal brasileira de 1988, bem como demais legislações nacionais, dentre as quais o Estatuto da Criança e do Adolescente, que comporta princípios como o do melhor interesse de crianças e adolescentes. Tendo isso em vista, foi levantado um problema de pesquisa a servir de guia para o desenvolvimento de toda a investigação, sendo esse o de questionar se no contexto brasileiro, e em observância do sistema constitucional que é vigente no país atualmente, uma eventual redução da imputabilidade penal seria possível, constituindo-se em uma prática revestida de legitimidade.

Procurando respondê-lo, foram traçados três objetivos específicos, os quais se concretizaram a cada sessão apresentada pela pesquisa (itens 1 ao 3) e nos permitiram adquirir o embasamento teórico (especialmente na teoria penal brasileira e na legislação nacional) julgado como necessário para tanto. Com isso, foi abordada a possibilidade de que seja a idade fixada para a imputabilidade penal no Brasil alterada, com uma leitura a seu respeito especialmente à luz do nosso texto constitucional. Ainda, foram descritos e analisados alguns dos principais argumentos que envolvem a discussão desse tema no cenário brasileiro, para que, a partir desses, pudéssemos verificar qual deles melhor responde a nossa problemática de pesquisa.

Dessa maneira, no transcorrer do desenvolvimento desta pesquisa foi possível analisarmos o surgimento da imputabilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro, percorrendo-a desde a sua origem até alcançar a fixação hoje prevista em 18 anos. Isso nos permitiu compreendermos porque a possibilidade de que venha a ser reduzida causa tamanha repercussão dentre os teóricos brasileiros e, também, em nossa sociedade, ainda que no caso dessa última ela não se revista de um entendimento jurídico, que seja pautado em bases científicas.

Em um primeiro momento, analisamos a culpabilidade. Isso foi feito tendo em vista que dentre os elementos que a compõem encontra-se a imputabilidade, podendo, portanto, delinear-mos melhor acerca desse conceito que é fundamental

para a compreensão do tema abordado. Afinal, seria incompleta a pesquisa caso a realizássemos ignorando que a imputabilidade possui um conceito teórico e legislativo, pois compreender a seu respeito é essencial para podermos discutir a possibilidade de sua redução diante do ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, na segunda parte deste artigo, foi realizada uma abordagem histórica da imputabilidade penal no Brasil. Partindo da primeira vez em que foi consolidada a sua previsão na legislação brasileira, até a atualidade, que proporciona tantos debates a seu respeito. Igualmente, com uma melhor explicitação do seu conceito, foram analisadas as suas características e os principais princípios com os quais ela se relaciona, dado que estes adentram a seara das discussões, servindo ora como justificativa para a sua redução, ora como motivação pela qual não poderia ser reduzida.

No último tópico desenvolvido pelo trabalho, foram descritos e analisados alguns dos argumentos que compõem os debates envolvendo a redução da imputabilidade penal, o que se realizou em dois sentidos: tanto os argumentos favoráveis, como os contrários a essa prática. De maneira que analisando cada um deles pudéssemos construir uma explicação para o nosso problema de pesquisa. Nesse momento, viu-se que um mesmo argumento pode ser utilizado por autores que adotam posições distintas. Exemplo do direito ao voto que é garantido para os cidadãos brasileiros a partir dos 16 anos, que tanto justifica que esses jovens já tenha adquirido a maturidade necessária para responder pelos atos ilícitos que eventualmente pratiquem, como para apontar que são em diferentes momentos da vida que se adquire as responsabilidades, posto que elas, inclusive, são de naturezas diferentes.

Diante de tudo isso, restou compreendido que essa é claramente uma discussão bastante polêmica, proporcionando debates os mais diversos, com distintos argumentos para a adoção de um posicionamento ou outro. Mas que, fundamentados por tudo aquilo que foi apresentado no seu desenvolvimento, nos posicionamos juntamente aqueles que entendem ser ilegítima uma medida nesse sentido, pois que a redução da imputabilidade penal implicaria em atitude inconstitucional, vez que tal garantia, para a presente pesquisa, revela-se uma

garantia individual assegurada às crianças e adolescentes, aos quais deve sim ser dado um tratamento especial, de acordo com a sua condição específica de sujeitos em fase de desenvolvimento.

Com base em uma interpretação como essa, guiada por fundamentos teóricos, cumpre destacar que se acredita que o trabalho elaborado é importante para o enriquecimento do ambiente acadêmico, porque questões que geram controvérsias, como no caso do tema aqui apresentado, devem ser cada vez mais abordadas, buscando com isso respostas que ajudem a melhorar a sua compreensão e, igualmente, trazer soluções democráticas para as questões que ela envolve. Em relação a isso, entendemos que quanto a futuras pesquisas a serem realizadas sobre o tema, seria interessante que essas buscassem realizar uma leitura do tema em observância a realidade brasileira e de ser a fixação da imputabilidade penal aos 18 anos o resultado de toda evolução que o Brasil, e o mundo (conforme demonstram os tratados internacionais), passaram.

Ainda quanto ao problema que se buscou responder ao longo desta pesquisa, entende-se que não deve ser a imputabilidade penal reduzida, pois esta é um direito individual dos menores, não podendo lhes ser retirada. São, assim, pessoas que ainda estão no início da formação de sua personalidade, que independentemente do discernimento que possam possuir, do desenvolvimento intelectual, escolaridade ou personalidade que possuam, não podem ser tratados como adultos, afinal, não o são. Por isso, se tem como compreensão que enxergar na redução da imputabilidade penal uma resposta aos problemas que o Brasil sofre com a criminalidade envolvendo jovens não é a solução mais adequada, tanto em termos democráticos (à luz da Constituição), nem em termos sociais.

O encarceramento, que em nosso país se dá em números cada vez maiores, não é a melhor medida a ser tomada. Para tanto, enxergamos nas políticas públicas um caminho muito mais eficaz, da mesma maneira que na educação e cuidado com os menores, colocando efetivamente em práticas as garantias que lhes são asseguradas pelo texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

BARBATO JÚNIOR, Roberto. Redução da maioria penal: entre o direito e a opinião pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 822, p. 429-443, abr. 2004. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35266>. Acesso em: 19 out. 2021.

BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos e fundamento do direito de punir**. 2 ed. Rio de Janeiro: Paulo, Pongetti & C., 1926. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/776>. Acesso em: 19 out. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONCHRISTIANO, Ana Cristina Ribeiro. A culpabilidade jurídico-penal. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 19, n. 58, p. 13-23, jul./ago. 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 27 jul. 2021.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações acerca da redução da maioria penal. **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 117-134, nov./dez. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/83526>. Acesso em: 14 out. 2021.

COSTA, Pedro Jorge. Culpabilidade na dosimetria da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 126, p. 109-132, dez. 2016. Disponível em:

*Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 36-61, jul./out. 2021

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.126.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.126.04.PDF). Acesso em: 18 out. 2021.

GRAU, Eros Roberto; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. A desnecessária e inconstitucional redução da maioria penal. *In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et al (Org.). **A razão da idade:** Mitos e Verdades. Coleção Garantia de Direitos. Série Subsídios. Tomo VII. Brasília: MJ; SEDH; DCA, 2001.*

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil:** a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006.

LINS, Rodrigo; FIGUEIREDO FILHO, Dalson; SILVA, Lucas. A redução da maioria penal diminui a violência? Evidências de um estudo comparado. **Opinião Pública**, Campinas, v. 22, n. 1, p. 118-139, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1807-0191201622118>. Acesso em: 28 jul. 2021.

LOBO, Silvana Lourenço. **A idade no Direito Penal Brasileiro:** Da menoridade. Belo Horizonte: Mandamentos; Universidade FUMEC; FHC, 2008.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi; GOMES, Luís Roberto. Menoridade Penal. **Revista de Ciências Penais:** Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 146-181, jul./dez. 2007. Disponível em: [http://dbmadvocacia.com.br/media/uploads/artigos/ABPCP\\_V.\\_7.pdf](http://dbmadvocacia.com.br/media/uploads/artigos/ABPCP_V._7.pdf). Acesso em: 28 jul. 2021.

MASSA, Patrícia Helena. A menoridade penal no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 126-132, out./dez. 1993.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Novos limites para a maioria penal: um tema recorrente. **Revista de Ciências Penais:** Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 1, 2004.

OLIVEIRA, Arlindo Severino Teixeira de. Culpabilidade como limite da pena: requisito do sistema político-criminal garantista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 944, p. 187-201, jun. 2014. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21621>. Acesso em: 18 out. 2021.

OLIVEIRA, Dijaci David de; SANTIBAÑEZ, Dione Antônio Carvalho de Souza. Segurança ou criminalização dos adolescentes: confrontando o discurso da redução da maioria penal no Brasil. **Revista Espacio Abierto:** Cuaderno Venezolano de Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 36-61, jul./out. 2021

Sociología. Caracas, v. 26, n. 1, p. 109-120, enero/marzo 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5910478>. Acesso em: 19 out. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, Richardy Videnov Alves dos. A Inoportuna redução da maioria penal: uma análise de fatos, valores e normas. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 2, n. 1, p. 214-234, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/72/77>. Acesso em: 28 jul. 2021.

SARAIVA, João Batista Costa. A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: Cidade**. v. 18, n.4, p. 98-107, 1997. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/SRC%2004\\_98.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_98.pdf). Acesso em: 18 out. 2021.

\_\_\_\_\_, João Batista Costa. **Direito Penal Juvenil - Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. 2. ed. rev. e ampl. com a íntegra da proposta de Lei de diretrizes socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista; MATOS, Êmille Laís de Oliveira. Impedimentos constitucionais à redução da maioria penal no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 33-52, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/6396>. Acesso em: 18 out. 2021.

## **DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS AVANÇOS JURÍDICOS E SOCIAIS**

### **RIGHTS OF THE DISABLED PERSON AND THEIR LEGAL AND SOCIAL ADVANCES**

Maurício Ferreira da Cruz Junior<sup>1</sup>  
Joelma Coimbra dos Santos<sup>2</sup>  
Romulo Renato Cruz Santana<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo apresentar um estudo sobre os direitos da pessoa com deficiência e seus avanços jurídicos e sociais, sob uma aparente evolução dos direitos humanos na perspectiva da pessoa com deficiência. A indagação norteadora do texto parte de como são desenvolvidas as bases protetivas jurídicas e sociais em favor das pessoas com deficiência no Brasil. Para isso, mostra-se como objetivo geral, analisar o contexto da evolução dos direitos humanos e se tal evolução abrange ou dá subsídios para a delimitação da normatividade da inclusão para a pessoa com deficiência. Como objetivos específicos, faz-se necessário esmiuçar o conceito de pessoa com deficiência dentro dos direitos humanos e sua finalidade, assim como estudar os princípios correlatos, bem como evidenciar quais as necessidades de serem aplicadas adequadamente. Ainda como objetivos específicos, precisa-se mostrar também o quão são importantes os movimentos para que haja uma conquista de garantias, demonstrando quais foram os procedimentos tomados para que as evoluções obtivessem sucesso e alcançaram o devido reconhecimento pelas autoridades e toda a sociedade, com base também nas alterações promovidas pela Lei 13.146/2015, que intitula o Estatuto da Pessoa com Deficiência que é a lei que tem uma grande relevância para todos com algum tipo de deficiência. A pesquisa, ora desenvolvida, baseou-se no método hipotético dedutivo, na revisão documental e bibliográfica, a exemplo das normativas expostas ao longo do texto em breves linhas, apoiada em referenciais como Ihering (1979), Lanna Júnior (2010), Piovesan (2018), Madruga (2016), dentre outros não menos

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito, com sub-área em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-FADIR. Professor da Famp - Faculdade Morgana Potrich. Coordenador da Comissão Própria de Avaliação - FAMP. Líder do Grupo de Estudo "Núcleo de Estudos Jurídicos" NEJ-FAMP. Foi Bolsista de Pós-Graduação CAPES. Membro do grupo de pesquisa "Laboratório de Estudos e Pesquisa em Direitos Difusos-LEDD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-FADIR. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-CPTL. . Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e minorias, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos Fundamentais, Direitos Humanos, Direito Educacional, Pessoas Idosas, Políticas Públicas e Qualidade de vida.

<sup>2</sup> Possui graduação em Pedagogia pela UNIVERSIDADE ESTADUAL DO TOCANTINS(2011). Atualmente é Diretora da Associação Pestalozzi de Alto Taquari. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Dirigente.

<sup>3</sup> Mestre em Educação pela Universidade Federal de Goiás - Regional Jataí. Especialista em Gestão de Sala de Aula no Ensino Superior, pelo Centro Universitário de Mineiros- UNIFIMES. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - UNIDERP - Rede LFG. Graduado em direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências de Salvador (2006).

relevantes. Por meio dessa produção, foi possível ainda refletir que é necessário oportunizar subsídios para a iniciativa pública e privada assegurar não só os direitos humanos como também uma sociedade pautada na acessibilidade da pessoa com deficiência, sob todos os aspectos preconizados na Lei nº 13.146, e o passo importante pode ser dado através da difusão do conhecimento, bem como de qualquer experiência exitosa alcançada onde a pessoa com deficiência é a beneficiada.

**Palavras-chave:** Pessoa com Deficiência. Importância dos Primeiros Movimentos em favor da pessoa com deficiência. Lei nº 13.146/2015.

**Abstract:** This paper aims to present a study on the rights of people with disabilities and their legal and social advances, under an apparent evolution of human rights from the perspective of people with disabilities. The text's guiding question is how the legal and social protective bases are developed in favor of people with disabilities in Brazil. For this, the general objective is to analyze the context of the evolution of human rights and whether such evolution covers or supports the delimitation of the normativity of inclusion for people with disabilities. As a specific objective, it is necessary to scrutinize the concept of people with disabilities within human rights and its purpose, as well as to study the related principles, as well as highlighting the needs to be properly applied. Still as specific objectives, it is also necessary to show how important the movements are for the achievement of guarantees, demonstrating what were the procedures taken so that the evolutions were successful and achieved due recognition by the authorities and the whole society, based on also in the changes promoted by Law 13,146/2015, which entitles the Statute of Persons with Disabilities, which is the law that has great relevance for everyone with some type of disability. The research, now developed, was based on the hypothetical deductive method, on document and bibliographic review, such as the regulations set out in brief lines throughout the text, supported by references such as Ihering (1979), Lanna Júnior (2010), Piovesan (2018), Madruga (2016), among others no less relevant. Through this production, it was also possible to reflect that it is necessary to provide subsidies for the public and private initiative to ensure not only human rights but also a society based on the accessibility of people with disabilities, in all aspects recommended in Law No. 13,146, and the An important step can be taken through the dissemination of knowledge, as well as any successful experience achieved where the person with a disability is the beneficiary.

**Keywords:** Person with Disabilities. Importance of First Movements in favor of people with disabilities. Law 13.146/2015.

Recebido em: 16/07/2021  
Aceito para publicação em: 25/10/2021

## **1 INTRODUÇÃO**

No que tange às pessoas com deficiência, os primeiros movimentos relacionados ao atendimento deste grupo, datam a partir do século XIX, no continente Europeu. França, Alemanha e Inglaterra iniciaram este movimento por meio de ações relacionadas à assistência na área da saúde. O atendimento acontecia em hospitais psiquiátricos ou como eram denominados na época, hospícios. Mais tarde esses, difundiram-se para outros países (MADRUGA, 2019).

No Brasil, começou-se a pautar as necessidades da pessoa com deficiência somente após a década de 70. Estas ações contaram com o apoio de representantes das diversas esferas públicas, bem como, das pessoas com deficiência, que apoiaram o movimento na busca por melhor qualidade de vida, ansiando terem os seus direitos resguardados de acordo com suas necessidades e amparados no âmbito legal (LANNA JÚNIOR, 2010).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ficou estabelecida uma base consolidada de direitos fundamentais, possibilitando que debates específicos direcionados às pessoas com deficiência viessem a acontecer futuramente, como no caso da obrigatoriedade de acessibilidade, que tem por premissa, favorecer a locomoção desses indivíduos (BRASIL, 1988).

Oriunda de desdobramentos internacionais, em 2015 entrou em vigor a Lei 13.146, que intitula o Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, na qual, destacam-se uma gama de direitos fundamentais, além de prever garantias às pessoas com deficiência, também estabeleceu a responsabilidade do Poder Público em assegurar uma vida digna ao grupo em questão (BRASIL, 2015).

Desta forma, o presente trabalho visa analisar por meio de pesquisa, o seguinte problema: como são desenvolvidas as bases protetivas jurídicas e sociais em favor das pessoas com deficiência no Brasil? Consoante, foram analisados os caminhos dos direitos da pessoa com deficiência desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pela qual se identificou em virtude do âmbito internacional, a necessidade de previsões legais na esfera nacional, criando-se assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil.

Para desenvolver a pesquisa e buscar respostas para a problemática acima mencionada, alguns objetivos foram elaborados. O objetivo geral teve como meta apresentar o caminho do desenvolvimento das bases protetivas, direcionadas às pessoas com deficiência no Brasil, e como objetivos específicos, faz-se necessário esmiuçar o conceito de pessoa com deficiência dentro dos direitos humanos e sua finalidade, assim como estudar os princípios correlatos, bem como evidenciar quais as necessidades de serem aplicadas adequadamente.

Ainda como objetivos específicos, precisa-se mostrar também o quanto são importantes os movimentos para que haja uma conquista de garantias, demonstrando quais foram os procedimentos tomados para que as evoluções obtivessem sucesso e alcançaram o devido reconhecimento pelas autoridades e toda a sociedade, com base também nas alterações promovidas pela Lei 13.146/2015, que intitula o Estatuto da Pessoa com Deficiência que é a lei que tem uma grande relevância para todos com algum tipo de deficiência (BRASIL, 2015).

No tocante à metodologia, a pesquisa foi desenvolvida por meio de uma análise qualitativa, utilizando fontes indiretas, dentre elas: bibliográficas e documentais (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 69). Optou-se pela qualitativa, pois buscou desenvolver um raciocínio para apresentar o desenvolvimento dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. Conseqüentemente desenvolveu-se o método científico dedutivo, que por sua vez, mediante estudo e análise aprimorou a coleta de dados referentes ao tema: Pessoa com Deficiência e seus avanços conquistados (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019).

Sobre as fontes indiretas bibliográficas e documentais, foram utilizadas as bases Minha Biblioteca, Bases de teses e dissertações da CAPES Scielo, que ajudaram a desenvolver esta pesquisa, no tocante ao tema proposto por este trabalho.

Desta forma, verificou-se, quantitativamente (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019) que a popularização do termo Pessoas com Deficiência, tal como, a evolução constante dos recursos voltados às suas garantias, podem ser consideradas como grandes avanços para melhoria na qualidade de vida deste público.

Na Carta de São José da Costa Rica trás que o verdadeiro intuito da evolução dos direitos das Pessoas com Deficiência é assegurar que, os mesmos não sejam

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 62-80, jul./out. 2021

violados, nem omitidos pelas autoridades, assim como, pela sociedade em geral. Desse modo, verifica-se a importância de além de normatizar os direitos para as pessoas com deficiência no Brasil, mostra-se crucial sua efetividade, que resvalará no conhecimento social, a fim de que haja uma espiral propositiva acerca da condição legal, social e humana desses indivíduos

É de grande valia ressaltar que, dentro do direito há uma face oculta do estatuto constitucional quando se trata de indivíduos em geral, portanto, também está relacionado aos direitos da Pessoa com Deficiência. Segundo Nabais (2002), esta situação pode ser comparada a face oculta da lua, que é aquela parte que não é possível de ser vista, sendo necessário que este direito seja inserido no devido lugar onde o indivíduo está e, por conseguinte, o beneficiando em sede dos direitos fundamentais ou direitos humanos.

É de suma importância jogar luz sobre o tema por intermédio de: conferências, seminários, congressos, encontros, etc. Referente aos direitos fundamentais, deve ser tratado também o lado oculto, que por vezes, o mesmo passa despercebido pela sociedade e autoridades responsáveis.

Conclui-se por ora, que o Estado e naturalmente a soberania do povo que suporta a sua organização política, tendo por base a dignidade da pessoa humana, tem o direito de reivindicar os direitos de acordo com a necessidade e realidade atual.

## **2 CONCEITO E OS PRIMEIROS MOVIMENTOS**

O início da caminhada em favor da pessoa com deficiência, teve como premissa possibilitar melhor qualidade de vida às pessoas com restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que na sua maioria, afetam esses indivíduos nas capacidades de exercerem uma ou mais atividades essenciais da vida diária, assim deu-se a largada na pavimentação do caminhar do tema, pessoa com deficiência.

Ao referir-se sobre os primeiros movimentos, segundo Madruga (2016), pode ser considerado como um momento especial da luta em favor da pessoa com

deficiência, a convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York em 30 de março de 2007. Esta que respalda a evolução que vem ocorrendo no campo do Direito a partir da década de 1980, por corroborar com um modelo social e moderno que eleva a uma nova conceituação de deficiência:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (MADRUGA, 2016, p. 121).

Para Piovesan (2018), os Direitos Humanos foram criados e têm como objetivo defender e executar os direitos direcionados a toda e qualquer pessoa. É importante destacar que o direito é a proteção daqueles que são resguardados de acordo com suas necessidades. Vale ressaltar que os Direitos Humanos vêm obtendo avanços fundamentais em favor de toda sociedade ao longo da história, isso advém do maior interesse social e suas respectivas mobilizações. Leis, decretos, e outros meios legais para defesa da pessoa com deficiência, são exemplos desses avanços inseridos na sociedade.

Para Lanna Júnior (2010), os Movimentos das Pessoas com Deficiência passaram por grandes avanços nos últimos tempos. Nele, a interação entre a deficiência e o modo como a sociedade está organizada é que condiciona a funcionalidade, as dificuldades, as limitações e a exclusão das pessoas. Sobre tal, a sociedade quando desconhecadora cria barreiras, sejam elas com relação a atitudes por medo, desconhecimento, falta de expectativas, estigma e preconceito. No ambiente físico com barreiras arquitetônicas, bem como, as institucionais que se pautam em discriminações de caráter legal, todas essas impedem a plena participação das pessoas com deficiência. O principal fundamento, em termos paradigmáticos e estratégicos, é registrar que foi deslocada a luta pelos direitos das pessoas com deficiência do campo da assistência social para o campo dos Direitos Humanos, esse foi o maior objetivo conquistado, que visa derrubar as barreiras "atitudinais", arquitetônicas e institucionais.

Segundo Piovesan (2018), as organizações internacionais estimam que haja no mundo aproximadamente 650 milhões de pessoas com deficiência, número que

corresponde a 10% da população mundial. Isso mostra o quanto é importante os movimentos em favor dessas pessoas, e como as normas e leis podem ser favoráveis para a melhoria na qualidade de vida das pessoas com deficiência, quando aplicadas devidamente.

A Carta de São José da Costa Rica (OEA, 1969) veio a ratificar, que os direitos considerados essenciais para a pessoa humana, não derivam do fato de onde ela é, mas sim de ser humano, esta é a verdadeira razão para justificar a devida proteção. É perceptível que todos os princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, estes documentos respaldam ações no âmbito mundial, bem como nacional.

No tocante ao Brasil, houve um aumento na demanda com os crescentes conflitos armados. A Guerra dos Farrapos (Rio Grande do Sul 1835-1845), Canudos (Bahia 1896-1897). A participação do país na Segunda Guerra Mundial segundo Madruga (2019), contribuiu com os chamados "feridos de guerra", assim surgiram os serviços de assistência sociais institucionais, a educação especial, os benefícios de reabilitação médica e as cotas laborais.

As primeiras garantias só foram conquistadas tempos depois, em um processo lento pelo fato de que nem todos sentiam a importância de defender a pessoa com deficiência naquele momento. Em 1956, quando o Brasil estava passando por alguns outros acontecimentos históricos, destaca-se a construção da cidade de Brasília em 41 meses. Naquele momento, foram enviados vários ofícios e diversos contatos foram feitos às autoridades competentes, representantes governamentais e até mesmo contatos diretos com governadores. Os defensores das pessoas com deficiência vislumbravam com uma vida digna para essa parcela da sociedade, que padecia na vulnerabilidade naquele tempo (LANNA JÚNIOR, 2010).

Com a Constituição Federal de 1988, que tem por premissa estabelecer o Estado Democrático de Direito, nesta que foi intitulada de "constituição cidadã", a qual garantiu que os frutos de pesquisas adquiridas com a participação da sociedade brasileira, fossem levados em conta, com isso os debates acerca da igualdade surgiram, levando consigo as lutas da pessoa com deficiência, que tiveram sua voz ecoada no referido documento. Esse sentimento igualitário pode ser traduzido em Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 62-80, jul./out. 2021

diversos âmbitos, por meio de regras que o garantem, estando presente no art. 5º da Constituição. Com o mesmo já seria o bastante para garantir a igualdade formal, ou seja, a igualdade perante a lei (ROTHENBURG, 2003).

Desta forma, os movimentos constitucionalistas brasileiros, tiveram papel fundamental no desenvolvimento das bases protetivas para as pessoas com deficiência, direta ou indiretamente, principalmente após Constituição da República Federativa do Brasil, ao ratificar a importância da sociedade humanista, democrática e cidadã (DALLARI, 2013).

Graças a todos os movimentos, interesses das autoridades competentes e dos autodefensores das garantias, que os direitos conquistados, assim como os direitos fundamentais criados pela necessidade de amparar as pessoas, garantem um direito justo. A sua evolução também se dá com a precisão de avanços até mesmo tecnológicos ofertados pelo tempo (ARAÚJO; JÚNIOR, 2006).

No que se refere ao âmbito geral, Cunha (2014) entende que qualquer lugar deve ser apropriado para uma pessoa com deficiência, ou seja, desde espaços físicos até as garantias pessoais como auxílios financeiros, entre outros. Tais conquistas só foram garantidas através de vários movimentos como já destacados, um bom exemplo são as conferências, em que os indivíduos com deficiência são incluídos como membros e solicitantes de seus direitos, fazendo com que os mesmos se tornem leis.

Para Facion (2005), no campo educacional, os direitos garantidos foram conquistados em grande parte, pela parcela da sociedade ligada diretamente a pessoas com deficiência, impulsionados pela conscientização social. Esta conquista foi adquirida de forma vagarosa, mas originou uma lei denominada: Lei da Inclusão Social, que garante ao público em questão com até 18 anos, o ingresso no ensino regular, considerando que a inclusão é uma via de mão dupla, tão logo, os demais estudantes do ensino regular se beneficiam desta convivência. Para Maurício Godinho Delgado (2007, p. 49):

Definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexos lógico que os mantém integrados. Definição é, pois, a declaração da estrutura

essencial de determinado fenômeno, com seus integrantes e o vínculo que os preserva unidos. (DELGADO, 2007, p. 49).

Para Ihering (1979), toda e qualquer cultura, história ou acontecimento tem um valor, que pode servir para melhorar as condições comportamentais do homem. Os movimentos que acontecem em defesa do ser humano, como o da pessoa com deficiência, que obteve significância, pois deste modo, foi adquirido melhorias para que estes sejam atendidos com qualidade na educação, assistência social, garantias jurídicas na cultura, dentre outros.

Nota-se que os movimentos em favor da pessoa com deficiência tiveram o intuito de garantir a sua inclusão em todos os aspectos, ações estas que tiveram grandes avanços com o passar do tempo. Alguns valores vêm sendo atribuídos e implantados na sociedade, incluindo os direitos fundamentais que asseguram às pessoas com deficiência no Brasil uma vida digna.

Recentemente, segundo Madruga (2016), o mais importante avanço foi sedimentado pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Esta instituiu a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) que também traz em seu art. 28º o modelo social de como é o critério para analisar a deficiência ou até mesmo a pessoa com deficiência. A partir desses avanços, a legislação trouxe o respeito aos direitos humanos desses indivíduos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência sintetizou a concepção da política do estado Brasileiro dos últimos trinta anos. O movimento logrou êxito ao situar suas demandas no campo dos Direitos Humanos, às incluindo nos direitos de todos, sem distinção. (LANNA JÚNIOR , 2010).

Os avanços acerca dos direitos da pessoa com deficiência foram acontecendo de acordo com a necessidade de cada momento, os movimentos foram ganhando espaço na sociedade e conquistando seus objetivos cada vez que foram acontecendo. Os direitos fundamentais sem dúvida são considerados a maior conquista de garantia para proporcionar uma boa qualidade de vida para todos, em destaque aqui, pessoas com deficiência.

### **3 CAMINHOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os caminhos dos Direitos Humanos e Fundamentais tiveram um longo percurso, foram anos de insistência e perseverança até que foram obtidas conquistas, assegurando garantias que fizeram e fazem muito sentido para o bem estar do ser humano.

A Declaração Universal de 1948 (ONU, 1948) nos leva a reconhecer a dignidade humana, alcançando todos os membros da família humana e garantindo seus direitos iguais e inalienáveis, é o verdadeiro fundamento da liberdade, da justiça e da paz. O desrespeito pelos direitos humanos resultou em atos bárbaros, que ultrapassaram a consciência da humanidade. O advento de um mundo em que mulheres e homens gozem da liberdade de palavra, crença e liberdade de viverem a salvo dos temores, foi proclamado neste documento como a mais alta aspiração do ser humano.

Ainda sobre a Declaração Universal 1948 (ONU, 1948), a mesma ressalta a importância dos direitos humanos serem protegidos por lei, para que esses não tenham seus direitos lesados, considera ser essencial promover o desenvolvimento de acordo com as realidades entre as nações. Destaca que os povos das Nações Unidas alicerçam suas propostas nos direitos essenciais do ser humano, na dignidade, no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher.

Para Piovesan (2018), o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pode trazer propósitos específicos e especiais, o que o diferencia do Direito Internacional Público em geral. Enquanto o mesmo procura abraçar relações recíprocas e equilíbrio entre Estados, através de negociações e concessões que buscam interesses próprios Estados pactuantes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem o objetivo de garantir os direitos do ser humano.

Através do conceito de Mazzuoli (2018), os tratados internacionais de direitos humanos validados no Brasil, amparados em normas constitucionais, seja uma hierarquia somente material ou formal, não importa o número de aprovação do

acordo formal, o resultado disso, é que esses acordos que estão em vigor no país são considerados também, como na Constituição, modelo de controle de normas, o que se denomina característica de leis que podem ser usadas tanto na ação das normas como na exceção. Portanto, para que a via de ação seja seguida devem os tratados de direitos humanos serem aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição, já o de exceção basta que sejam esses tratados executados e estejam em vigor no plano interno, pois, por força do art. 5.º, § 2.º, da mesma Carta, já têm eles status de norma constitucional.

Diferente do que parece, ou do pensam alguns leigos, as garantias que os direitos fundamentais proporcionam são relativas, possuem limites e não são absolutos. Há algumas situações ou circunstâncias nas quais ela toma face de absoluta, em caso de tortura ou tratamento desumano contra alguém. (SAMPAIO, 2002).

Complementando toda a evolução, Assis e Kümpel (2011) entendem que a igualdade foi garantida pelo fato de serem percebidas as diferenças entre pessoas, se os seres humanos fossem iguais, o direito não teria tanto sentido nem tanta importância. A cidadania resulta do ter ou poder reivindicar os seus direitos, as ilegalidades ou injustiças acontecem pelo fato de muitos não saberem como garantir seus direitos.

Para Bulos (2015), são com todos esses desdobramentos que os direitos fundamentais trazem vida digna a uma pessoa com deficiência, seja amparos que a constituição garante, ou especificamente através de seu estatuto. A natureza dos direitos fundamentais originou-se de normas positivas e necessárias para o bem estar de todos, se pode afirmar que sem vida digna o homem não vive, não tem convivência e não sobrevive em algumas circunstâncias, são esses direitos fundamentais que trazem dignidade às pessoas. Os direitos fundamentais foram desenvolvidos por meio de períodos, esses foram responsáveis por demarcar a evolução de liberdades das pessoas.

Segundo Comparato (2004), o objetivo dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência é corrigir as desigualdades sociais, econômicas e de qualidade de vida dos mesmos:

[...] direitos fundamentais tem como terminologia pode ser rotulado em; direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas, entre outros. Com essas terminologias pode ser concluído que os direitos fundamentais são normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a boa convivência pacífica, digna livre e com igualdade, independente de credo, raça, origem, cor condição econômica ou status social. (BULOS, 2015, p. 292)

A Lei nº 13.146/2015 instituiu a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Esta assegura e promove condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais para esta parcela da sociedade, visando à sua inclusão social e cidadã. Esta lei respeita todos os limites que as pessoas com deficiência enfrentam na sociedade e até mesmo na economia. Abrange todas as limitações, barreiras e qualquer dificuldade que uma pessoa possa se deparar. (BRASIL, 2015)

Os direitos fundamentais, os quais são amparados na lei 13.146/2015, tiveram o cuidado de observar todos os aspectos, na tentativa de garantir melhor qualidade de vida e assegura a todos os seres humanos que seus direitos sejam invioláveis e efetivados com dignidade, garantindo ser reivindicados por qualquer pessoa que se sentir na necessidade de ter seus direitos exigidos quando precisar (BRASIL, 2015).

Diante da revisão da leitura sobre os desdobramentos dos direitos fundamentais, é possível identificar como é importante a aplicabilidade da lei em favor da pessoa com deficiência, assim como, a Constituição Federal que garantiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ganharam mais força às conquistas necessárias para o bem estar desta população. A sociedade está cada vez mais consciente do seu papel de evocar a aplicabilidade das garantias, devendo cobrar eficiência e celeridade.

#### **4 A EFICÁCIA, OS CAMINHOS PARA EXECUÇÃO E OS PERIGOS DA NÃO EXECUÇÃO DA LEI**

Historicamente, as garantias para ampliação dos direitos das pessoas com deficiência vêm aumentando no Brasil, sobretudo, no aspecto formal. Em 2008, foi Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 62-80, jul./out. 2021

ratificado o status de emenda constitucional a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi uma iniciativa das Nações Unidas e seu protocolo facultativo, utilizando pela primeira vez o §3º do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A partir dessa Convenção e a sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio, foi Instituída a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoas com Deficiência, que em seu primeiro artigo destaca o que esse documento busca: “assegurar e promover, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.” (BRASIL, 2015).

Os dispositivos da referida lei são voltados ao fomento e promoção da inclusão dos deficientes, contudo, é imperioso destacar que para uma mudança social não apenas a edição de leis é suficiente, pois como já dito, o aspecto apenas formal não garante efetivamente uma mudança na sociedade. A sociedade deve tê-la em seu alcance através de políticas públicas voltadas a essa população, pois desta maneira a lei terá a sua devida eficácia garantida, no sentido material. Desta forma, não será considerada “letra morta” e, com isso, as pessoas com deficiência poderão ter os seus direitos e garantias efetivadas e cumpridas devidamente (GARCIA, 2012).

Uma lei se tornar vigente e não ser aplicada na prática, de certo modo ela se torna insignificante. A modificação de paradigma da Lei 13.146/2015 (BRASIL, 2015), em relação à capacidade civil dos deficientes, foi um importante marco histórico na expectativa de aumentar o leque de possibilidades desses indivíduos, que passaram a atuar de maneira mais ativa nos vários âmbitos da vida civil conforme sua capacidade plena ou equivalente à capacidade de fato com as devidas restrições, ou seja, os que possuem capacidade relativa podem decidir algumas situações por si (CRUZ, 2009).

É contraproducente uma pessoa ter direitos declarados universalmente, e os mesmos não serem aplicados corretamente, esses precisam ser exercidos por toda a sociedade em que o indivíduo está inserido, isso implica que, a cidadania e suas características precisam ser respeitadas. Então, um ponto bastante considerável, além de ser uma das interrogações da Carta de 1988, é de como passar da esfera abstrata de princípios à materialidade das normas e exercício dos direitos estatuídos pela Carta Maior (FRISCHEISEN, 2000).

É relevante destacar que os Poderes Públicos têm a função de garantir e efetivar em todo o território brasileiro, as normas internacionais com suas exigências referentes aos direitos humanos, as quais validadas pelo Brasil. As normas internacionais que fundam direitos e garantias fundamentais tornam-se capazes de introdução, aplicação ou execução perante o Poder Judiciário, ao passo que são precisamente aplicáveis. Portanto, as pessoas devem de forma direta, ser beneficiadas pelas patentes internacionais voltadas à proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2018).

Nesse sentido, segundo o entendimento de Habermas (1997), em relação ao que se refere às pessoas com deficiência, não vem sendo assegurados os direitos humanos básicos como os direitos de ir e vir, de livre expressão, acesso ao trabalho, livre pensamento, entre outros. Esta ação global que convergiu na Organização das Nações Unidas desde os anos 80 e que perfez com o tratado ainda em análise, pode garantir uma efetiva ação libertária. Vale ressaltar, que em relação à colocação do tratado, concedeu-se o assunto na medida em que os institutos criados naquele momento foram resultantes das reivindicações milenares de pessoas com deficiências sensoriais, físicas, mentais e intelectuais e, conforme foi se confirmando. Facultam, por isso, ferramentas jurídicas conforme vão sendo confirmadas.

Para Rodrigues (2015), pode-se perceber que o contexto atual ainda não oferta condições apropriadas para que haja a inclusão das pessoas com deficiência de forma plena na sociedade. Esse assunto foi referido pelo IBGE, que o expôs no Censo 2010. Na pesquisa foram identificados os tipos de deficiências, que podem se caracterizar como: mentais, físicas e auditivas, uma parcela da população que anseia por melhores condições.

A maior parte dos deficientes ainda encontra empecilho para a inserção no mercado de trabalho, os dados levantados pelo IBGE no Censo 2010, revelam que, a discussão sobre as barreiras enfrentadas para a inclusão das pessoas com deficiência decorre da responsabilidade do Estado, seja por conduta de ação ou omissão. Na seara da sociedade civil, nota-se que muitas vezes a mesma não se organiza para o cumprimento da legislação vigente, o que ultrapassa as barreiras arquitetônicas.

Apesar da lentidão observada, pode-se notar um alavancar em relação às medidas protetivas. A política de cotas trazida da esfera trabalhista pela Lei nº 8.213, Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 62-80, jul./out. 2021

de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 1991), que permite empregadores contratarem pessoas com deficiência por meio de um percentual definido sobre o número de funcionários de uma determinada empresa. Essa forma de permissão para o trabalho foi vista como um divisor de águas e um grande destaque sobre esse tema, porém, chamou atenção para o que se refere à existência de hoje em termos de legislação e políticas públicas é suficiente.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pôde-se perceber, por meio da linha do tempo traçada no decorrer do referencial teórico que os direitos humanos e os direitos da pessoa com deficiência, independentemente de seu caráter, sejam eles em qualquer âmbito da sociedade, são frutos colhidos de uma longa e batalhadora evolução histórica.

Por meio dos períodos cronologicamente evidenciados no decorrer do texto, pôde-se perceber que, mesmo com a identificação dos progressos e avanços conquistados, esses se deram a passos lentos, demandando muitos estudos, bem como foi evidenciada a necessidade de participação da sociedade, das autoridades e auto defensores envolvidos na temática proposta nesta pesquisa, que também se importaram com as civilizações humanas, e dessa forma estes foram comparecendo aos poucos e até chegarem aos objetivos buscados.

Nesse viés, está claro que os direitos humanos não são o que parece ser uma mera autolimitação do Estado, e sim frutos de longas lutas e revoluções, e de caminhar insistente e incansável do desenvolvimento histórico, que culminaram em avanços à humanidade.

Por conseguinte, pode-se afirmar que todos os direitos mencionados são essenciais para melhor qualidade de vida para humanidade, e nessa afirmação, não se pode esquecer de incluir como beneficiários as pessoas com deficiência elencadas, nos seus mais variados tipos, de acordo com a Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015).

Somente dessa forma, e com ações afirmativas a exemplo das evidenciadas no decorrer do tempo é que se pode identificar as melhorias conforme a sociedade evolui, sem deixar de levar em consideração as possíveis conquistas relacionadas às novas tecnologias, novos estudos e novos conhecimentos. Também surgem destas

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 62-80, jul./out. 2021

evoluções, novos direitos considerados primordiais para a garantia da pessoa humana.

O livre desenvolvimento da personalidade e deveres atribuídos à pessoa com deficiência em uma dada sociedade, são exemplos de evoluções e avanços que vão nascendo conforme o caminhar da civilização.

Compreender todas essas normativas relativas aos direitos humanos e à inclusão, impulsiona a uma reflexão crítica com bases principiológicas que contribuem para o alcance da finalidade geral, que é a efetivação dos direitos da pessoa com deficiência.

É possível perceber que, mediante a produção científica do conhecimento, se alcança a base para a sociedade como todo edificar documentos e políticas de Acessibilidade nas mais variadas abordagens, a exemplo de: Inclusão e Permanência; Infraestrutura Acessível; Acessibilidade Pedagógica e Curricular nos níveis educacionais; Acessibilidade Comunicacional e Informacional; Catalogação das Informações sobre Acessibilidade.

Torna-se viável ainda afirmar que é necessário dar subsídios para a iniciativa pública e privada assegurar não só os direitos humanos como também uma sociedade pautado na acessibilidade da pessoa com deficiência, sob todos os aspectos preconizados na Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015), e o passo importante pode ser dado através da difusão do conhecimento, bem como de qualquer experiência exitosa alcançada onde a pessoa com deficiência é a beneficiada.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Estatuto da pessoa com deficiência. Brasília, DF: Presidência da República, 26 jun. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 15 maio 2021.

BULOS, Uadi Lammego. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2009.

CUNHA, Eugênio. **Autismo e Inclusão**: Psicopedagogia prática educativas na escola e família. 5. ed. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

FACION, José Raimundo. **Transtornos invasivos do desenvolvimento e transtornos de comportamento disruptivo**. 2. ed. atual. Curitiba: IBPEX, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Rebeca Alves de Souza. **A Inclusão da Pessoa com Deficiência no Mercado de Trabalho**: medidas de discriminação positiva, seus mitos e suas possibilidades. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Presbiteriana

Mackenzie, São Paulo, 2012. Disponível em:  
<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1061>. Acesso em: 24 maio 2021

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I.

IHERING, Rudolfo Von. **A finalidade do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (comp.). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos; Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NABAIS, José Casalta. A Face oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e custos dos Direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002. Disponível em:  
<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>. Acesso em: 05 maio 2021.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José da Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em:  
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova York: ONU, 1948. Disponível em:  
<https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODRIGUES, Luiz Carlos. A inclusão de pessoas portadoras de deficiências nas organizações como oportunidade para o desenvolvimento local. In: II Congresso Brasileiro de processo coletivo e cidadania da universidade de Ribeirão Preto, 3. 2015, Ribeirão Preto. **Anais do congresso brasileiro de processo coletivo e cidadania**. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2015. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/503/607>. Acesso em: 07 jun. 2021.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

## **A AUTONOMIA PRIVADA NA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS E O DIREITO DE PREFERÊNCIA**

### ***PRIVATE AUTONOMY IN THE ASSIGNMENT OF HEREDITARY RIGHTS AND THE RIGHT OF FIRST REFUSAL***

Leonardo Estevam de Assis Zanini<sup>1</sup>  
Odete Novais Carneiro Queiroz<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisa o regime jurídico da cessão de direitos hereditários, assunto de grande relevância prática no direito brasileiro. A matéria não era diretamente prevista pelo Código Civil de 1916, o que gerava divergências entre os estudiosos. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Para tanto, o texto estuda, em um primeiro momento, a indivisibilidade da herança e a responsabilidade dos herdeiros pelas dívidas hereditárias. Em seguida, passa-se ao exame do conceito, do objeto, dos requisitos, das condições e dos limites da cessão de direitos hereditários no Código Civil de 2002. Por fim, analisa-se o direito de preferência dos coerdeiros, que também passou a ser expressamente reconhecido pela legislação brasileira.

**Palavras-chave:** Direito das sucessões. Indivisibilidade da herança. Responsabilidade dos herdeiros. Cessão de herança. Direito de preferência.

**Abstract:** The present article analyses the legal regime of the assignment of inheritance rights, a matter of great practical relevance in Brazilian law. The matter was not directly regulated by the Civil Code of 1916, which generated divergences among scholars. This research uses descriptive and deductive methodology, based primarily on bibliographic, case law and legislative research. For such, the text studies, in a first moment, the indivisibility of the inheritance and the responsibility of heirs for inherited debts. Next, it examines the concept, object, requirements,

---

<sup>1</sup> Livre-docente e doutor em direito civil pela USP. Pós-doutorado em direito civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em direito penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em direito civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em direito civil pela PUC-SP. Bacharel em direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de direito civil, direitos intelectuais e direito do consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

<sup>2</sup> Doutora e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professora doutora, por concurso público, na graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde leciona Direito Civil.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

conditions, and limits of the assignment of inheritance rights under the Civil Code of 2002. Finally, the right of first refusal of the coheirs is analyzed, which is also expressly recognized by the Brazilian legislation.

**Keywords:** Law of succession. Indivisibility of inheritance. Responsibility of heirs. Assignment of inheritance. Right of first refusal.

Recebido em: 26/09/2021  
Aceito para publicação em: 26/10/2021

## **1 INTRODUÇÃO**

A herança constitui um valor jurídico com evidente conteúdo patrimonial. Posicionando-se entre os bens jurídicos patrimoniais, a herança comporta circulação jurídica, podendo ser negociada por seu titular, mesmo antes da partilha, por meio de negócio jurídico denominado cessão de direitos hereditários ou cessão de herança.

A cessão de herança constitui um instituto jurídico amplamente utilizado no direito das sucessões. Sua relevância prática se deve ao fato de que muitas vezes representa a única forma de um herdeiro receber algum proveito em vida (FRANK; HELMS, 2018, p. 300), haja vista que muitos processos judiciais de inventário e partilha se arrastam por anos e anos nos tribunais. Apesar disso, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a cessão de herança não era expressamente regulada pela legislação pátria, o que conduzia a inúmeras discussões na doutrina e na jurisprudência, particularmente no que toca à necessidade de escritura pública e de anuência dos coerdeiros.

Em função de sua importância na prática jurídica e considerando as vicissitudes que podem surgir quando da realização desse negócio jurídico rodeado por disposições especiais, não há dúvida que a cessão de herança demanda redobrada atenção do estudioso do direito civil. Assim sendo, a compreensão desse importante fenômeno jurídico sucessório requer, antes de seu estudo propriamente dito, o necessário e prévio entendimento acerca da indivisibilidade da herança e da responsabilidade dos herdeiros pelas dívidas hereditárias.

A partir do domínio desses elementos, reconhecendo-se que o monte hereditário é devolvido de forma unitária e indivisível, analisa-se o conceito, o objeto, os requisitos, as condições, a extensão e as responsabilidades que envolvem a cessão de herança. Em seguida, passa-se ao estudo do direito de preferência dos credores.

Ademais, vale notar que o presente estudo utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

## 2 O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA HERANÇA

Em virtude de disposição legal, ocorrem num só momento a morte do titular do patrimônio, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros (art. 1.784)<sup>3</sup>. Isso significa que a herança, como regra, transmite-se automaticamente aos sucessores no momento da morte do *de cuius*, passando a posse e a propriedade de todos os bens que compõem a herança a integrar o patrimônio dos sucessores<sup>4</sup>.

O princípio da indivisibilidade estabelece que até a partilha final da herança, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e a posse da herança, será indivisível. Ainda que o *de cuius* tenha vários herdeiros, a herança defere-se como um todo unitário e indivisível, regulando-se pelas normas relativas ao condomínio (art. 1.791 e parágrafo único).

A indivisibilidade diz respeito à propriedade e à posse dos bens hereditários. Assim sendo, antes da realização da partilha, nenhum herdeiro tem a propriedade ou a posse exclusiva sobre um bem certo e determinado do acervo. Isso quer dizer que o herdeiro tem direito sobre uma parte ideal do acervo hereditário (MONTEIRO, 2016, p. 49).

Somente com a partilha é que se individualiza ou materializa o que cabe, concreta e objetivamente, a cada herdeiro (GOZZO; VENOSA, 2004, p. 56-57). A indivisão cessa, em regra, com o julgamento da partilha, a partir daí o direito de cada herdeiro ficará circunscrito aos bens do respectivo quinhão (art. 2.023).

---

<sup>3</sup> O fato jurídico morte produzirá *incontinenti* seu efeito, qual seja, a passagem dos direitos e deveres do antecessor que morreu aos seus herdeiros sucessíveis (art. 1.784). A morte é pressuposto, é causa da mudança subjetiva da posição do *de cuius* nas suas relações jurídicas transmissíveis para seus herdeiros sobreviventes. E assim é por força da conhecida fórmula do *droit de saisine*, que se traduz nesse imediatismo da transferência da propriedade e da posse dos bens do morto aos seus herdeiros de modo a não permitir que o patrimônio do falecido fique acéfalo por qualquer momento. Até a morte essas relações jurídicas que formavam tal patrimônio tinham por sujeito o *de cuius* e no mesmo instante do seu passamento os herdeiros terão tal titularidade. A herança é passada como um todo unitário, indivisível, estabelecendo-se entre os coerdeiros o regime condominial até a partilha (art. 1.791).

<sup>4</sup> Também pode ocorrer, excepcionalmente, a transmissão da herança na data fixada em sentença que reconheça a morte presumida (HIRONAKA, 2003, p. 68).  
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

A herança é então, tal qual o patrimônio, uma universalidade. Dessa maneira, sempre que pertencer a mais de uma pessoa, “não é suscetível de divisão em partes materiais enquanto permanecer como tal” (GOMES, 2015, p. 7).

Por conseguinte, em função da indivisibilidade da herança, considera-se ineficaz a cessão feita pelo coerdeiro, antes da partilha, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente (art. 1.793, § 2º).

### **3 A INDIVISIBILIDADE DO DIREITO DOS COERDEIROS**

A herança é uma universalidade de direito (*universitas juris*). Trata-se de um complexo de relações jurídicas, que é considerado pela lei como uma unidade dotada de valor econômico (art. 91). Cuidando-se de uma universalidade, é certo que o direito dos herdeiros à posse e à propriedade da herança é indivisível. Somente com a realização da partilha é que serão determinados os bens que comporão o quinhão de cada coerdeiro (art. 1.791, parágrafo único).

Ao mesmo tempo em que a indivisibilidade é imposta pela lei e dura até a sentença de partilha (parágrafo único do art. 1.791), também previu o legislador que se aplicam à herança, no que couber, as regras atinentes ao condomínio. Assim sendo, o herdeiro, dada a sua condição de condômino, é titular apenas de uma parte ideal do espólio, uma vez que seu quinhão somente se individualizará por ocasião da partilha. Isso equivale a dizer que o herdeiro pode alienar a terceiro sua parte indivisa. Também pode alienar uma parte de seu quinhão. Não pode, jamais, alienar um bem específico que componha o acervo patrimonial ou hereditário, visto que tal bem é insuscetível de ser alienado por um dos condôminos sem o assentimento dos demais (MONTEIRO, 2016, p. 50).

Se todos os coproprietários desejarem fazer a venda de um determinado bem, isso somente é possível quando é a comunidade que realiza a alienação, haja vista a existência de propriedade em mão comum entre os herdeiros (*Gesamtshandsgemeinschaft*)<sup>5</sup>. Com isso, o preço recebido, até ser dividido entre os

---

<sup>5</sup> A despeito do parágrafo único do art. 1.791 determinar que são aplicáveis as normas relativas ao condomínio, em realidade o que existe entre os coerdeiros é uma propriedade em mão comum, visto Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

interessados, sub-roga-se no lugar da coisa vendida, com fundamento no princípio da sub-rogação real (VENOSA, 2019, p. 1547-1548).

Entretanto, ressalva deve ser feita em relação à sucessão em que há apenas um herdeiro. Em se tratando de herdeiro único, todos os bens da herança incorporam-se diretamente ao patrimônio do sucessor, podendo ser considerados individualmente, pelo que são singularmente passíveis de alienação (MAIA JÚNIOR, 2018, p. 230).

Ademais, em face da indivisibilidade, cada herdeiro tem a prerrogativa de reclamar a herança inteira, de quem quer que injustamente a possua, sem que essa pessoa possa se defender alegando o caráter parcial do direito do reivindicante. De fato, como a lei declarou indivisível o seu direito atinente à propriedade e à posse daquela universalidade, pode ele reclamá-la por inteiro, visto que a lei lhe dá legitimação para tanto (art. 1.825).

#### **4 RESPONSABILIDADE DOS HERDEIROS**

No direito romano, a responsabilidade do herdeiro pelas dívidas hereditárias era inicialmente ilimitada e absoluta. O sucessor não tinha como se livrar do dever de resgatar tais débitos. Mais do que uma sucessão patrimonial entre dois sujeitos, o herdeiro (*heres*) tomava o lugar do falecido na família, recebendo não somente o ativo e assumindo o passivo deixado pelo *de cuius*, mas passando a ser o responsável pela continuação da própria família, incluindo o culto dos deuses domésticos (APATHY; KLINGENBERG; PENNITZ, 2016. p. 71). Havia uma autêntica sucessão da posição jurídica do falecido. O patrimônio do herdeiro se confundia com o patrimônio do autor da herança, de modo que os credores deste passavam a ser credores daquele (POLETTTO, 2013, p. 107).

Mais tarde, no ano de 531, Justiniano resolveu abrandar o rigorismo da matéria, permitindo que a aceitação pudesse ser feita sob benefício de inventário (*beneficium inventarii*), protegendo os herdeiros de um eventual superendividamento

---

que eles somente podem resolver conjuntamente os problemas relacionados à herança (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 17).

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

do *de cuius* (KASER; KNÜTEL; LOHSSE, 2017, p. 438). A partir daí a confusão patrimonial não se operava desde logo, de modo que o herdeiro só aceitaria a sucessão que lhe fosse devolvida se, após o inventário, verificasse que o ativo superava o passivo (NADER, 2016, p. 534).

Esse regime foi seguido pela maioria dos países. Também foi o sistema adotado pelo Brasil até a vigência do Código Civil de 1916, de maneira que o herdeiro aceitava a herança a benefício de inventário, resguardando-se em relação às dívidas do espólio, que seriam pagas pelas forças do acervo hereditário. Todavia, a partir da codificação de Clóvis Beviláqua, estabeleceu-se que a responsabilidade do herdeiro não excede as forças da herança (art. 1.587). Assim sendo, pela sistemática da codificação anterior, a aceitação se dava sempre a benefício de inventário, ou seja, somente seriam pagas pelos herdeiros as dívidas que não ultrapassassem o monte partilhado, uma vez que a responsabilidade do herdeiro era *intra vires hereditatis* (DINIZ, 2021, p. 85). E tal orientação foi também seguida pelo Código Civil de 2002 (art. 1.792)<sup>6</sup> e pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 796)<sup>7</sup>.

Nessa senda, de acordo com o art. 1.792 do Código Civil, o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança, o que explicita a existência de uma cláusula tácita de benefício de inventário no sistema jurídico brasileiro (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 237). Com isso, a aceitação da herança é sempre, por força de lei, a benefício de inventário, não sendo mais necessária ressalva expressa. Ficam separados o patrimônio da herança e o patrimônio do herdeiro. As responsabilidades dos herdeiros restringem-se ao montante deixado pelo falecido, de sorte que o prejuízo pelo que não foi pago pela herança é assumido pelo credor (POLETTTO, 2013, p. 106).

Em todo caso, no que toca aos encargos superiores às forças da herança, é necessário que o herdeiro prove a existência do excesso, salvo se houver inventário demonstrando o valor dos bens herdados. É que no inventário é feito o levantamento

---

<sup>6</sup> Art. 1.792 do Código Civil: "O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados".

<sup>7</sup> Art. 796 do Código de Processo Civil: "O espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube".

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

do patrimônio do falecido, das relações jurídicas de natureza econômica, dos bens e vantagens, bem como das obrigações e débitos que ele deixou. Havendo inventário, as dívidas são da herança, que responde por elas (art. 1.997). Por outro lado, na hipótese de inexistência de inventário, o herdeiro deverá comprovar que o valor recebido é inferior à dívida.

O herdeiro pode, entretanto, renunciar ao benefício de inventário, aceitando assumir todos os débitos do falecido, ainda que superiores ao ativo da herança. Trata-se de mera liberalidade, que pode ter motivação de ordem moral, por não querer o sucessor deixar os débitos do *de cujus* sem quitação (GONÇALVES, 2019, p. 91).

Por conseguinte, existindo inventário, dispensado está o herdeiro de comprovar os encargos superiores às forças da herança (art. 1.792, segunda parte). Feito o inventário, serão partilhados os bens ou valores que restarem depois de pagas as dívidas, isto é, apurado o ativo e compensado o passivo, o restante será entregue aos herdeiros na proporção de suas quotas hereditárias (HIRONAKA, 2003, p. 71).

## **5 A CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS**

A cessão de direitos hereditários já era admitida no direito romano, mas somente a partir do Código Civil francês que a matéria ganhou tratamento particular, ao se prever, em seu art. 780, a possibilidade de doação ou venda da herança (LEITE, 2003, p. 75).

O Código Civil de 1916 não regulava expressamente a cessão de direitos hereditários. A matéria era tratada apenas de forma indireta, quando o código cuidava da cessão de crédito (art. 1.078)<sup>8</sup>, que mandava aplicar as disposições sobre a cessão de créditos à cessão de outros direitos (QUEIROGA, 2012, p. 36). A doutrina, por sua vez, aplicava à temática os princípios decorrentes da cessão de crédito e da venda de bem imóvel havido em condomínio.

---

<sup>8</sup> O art. 1.078 do Código Civil de 1916 dispunha: "As disposições deste título aplicam-se à cessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência". (QUEIROGA, 2012, p. 36) Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

O Código Civil de 2002 inovou nesse ponto, regulando o assunto nos arts. 1.793 a 1.795. Subsidiariamente são ainda aplicáveis as normas pertinentes à cessão dos créditos obrigacionais (arts 286 a 298). E não poderia ser diferente, uma vez que o direito à sucessão aberta, como qualquer direito patrimonial disponível, passível de avaliação pecuniária, pode ser, em regra, transferido mediante cessão (MAIA JÚNIOR, 2018, p. 230-231).

Nessa linha, conforme estabelece o art. 1.793, o “direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o coerdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública”. A norma condiciona a cessão de direitos hereditários, também conhecida como cessão de herança, à abertura da sucessão, que somente ocorre com a morte do hereditando (QUEIROGA, 2012, p. 35).

De fato, com a abertura da sucessão é lícita a cessão de direitos hereditários, ainda que feita antes da abertura do inventário. Admite-se então a cessão de direitos hereditários desde o momento da abertura da sucessão até a ultimação da partilha (RIZZARDO, 2019, p. 90). Depois de julgada a partilha, estará extinta a indivisão, de modo que cada herdeiro será dono concretamente dos bens que couberem no seu quinhão, não fazendo sentido se falar mais em cessão de direitos hereditários, pois os direitos hereditários não são mais transmitidos, mas sim coisa determinada (OLIVEIRA; MELO, 2019, p. 150-151).

Por outro lado, antes da abertura da sucessão, para preservação da liberdade de testar<sup>9</sup>, bem como por fundamentos de natureza ética que remontam ao direito romano, não é possível a cessão de herança. É que isso configuraria pacto sucessório (*pacta corvina*) (CAPELO DE SOUSA, 2000, p. 47), ou seja, contrato cujo objeto é a herança de pessoa viva, o que é proibido pelo Código Civil (art. 426). A lei fulmina então com nulidade o negócio jurídico cujo objeto seja herança de pessoa viva (art. 166, II e VII), pois aos contratantes passaria a interessar a morte de alguém (*votum*

---

<sup>9</sup> A proibição dos pactos sucessórios também encontra fundamento na preservação da liberdade de testar. É que a admissão de um pacto sobre a sucessão futura, como ocorre nas contratações em geral, teria força obrigatória, o que entraria em choque com a possibilidade de revogação do testamento. Com isso, obrigando-se contratualmente, o autor da herança perderia sua liberdade de dispor *mortis causa* (PÉRÈS; VERNIÈRES, 2018, p. 322).

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

*mortis*)<sup>10</sup>.

Outrossim, é necessário fazer a distinção entre a cessão do direito à sucessão aberta e a cessão do quinhão de que disponha o coerdeiro. O art. 1.793 permite tanto a cessão do direito à sucessão aberta como a cessão do quinhão de que disponha o coerdeiro, exigindo-se, em qualquer caso, que o negócio jurídico seja realizado por escritura pública.

A cessão do direito à sucessão aberta ocorre quando o coerdeiro ainda não tiver declarado se aceita a herança, declaração esta que poderia ter se dado de forma expressa ou tácita. Logicamente, o coerdeiro apenas pode ceder direito que tenha aceitado, mas nesse caso ele não somente aceita a herança que lhe foi deferida como também a cede a outra pessoa. A cessão então se confunde com a aceitação, uma vez que se houve cessão por parte do herdeiro, foi porque aceitou a herança (QUEIROGA, 2012, p. 36).

Hipótese diversa se dá quando o herdeiro já aceitou a herança que lhe foi oferecida e cede o quinhão de que dispõe, caso em que ocorre a cessão de direitos hereditários em momento cronologicamente posterior ao instante da aceitação (HIRONAKA, 2003, p. 73).

Outra distinção que deve ser feita é entre a cessão de direitos hereditários e a cessão de direitos de meação. A primeira cuida da herança, enquanto a segunda trata da meação, direito havido em função do regime patrimonial vigente no casamento, que também se extinguiu com a morte do autor da herança.

Em todo caso, deve ficar bem claro que a cessão de direitos hereditários tem como objeto tão somente a transmissão de direitos de conteúdo econômico (direitos patrimoniais). Cede-se apenas a posição patrimonial do herdeiro (FRANK; HELMS, 2018, p. 301). Não é, e nem pode ser objeto de cessão a qualidade de herdeiro, que,

---

<sup>10</sup> O art. 426 traz restrição jurídica tradicional, que está conforme a maior parte das legislações e tem suas raízes no direito romano. Trata-se de norma que tem cunho eminentemente moral, visto que “estipular contratualmente sobre a herança de pessoa viva é estipular pretendendo que o mais cedo possível ocorra a morte do que deixará a herança” (LOTUFO, 2016, p. 43). E nesse ponto é interessante notar que os pactos sucessórios (*pacta successoria*), em princípio, são inválidos nos países que adotam o sistema da *civil law*, uma vez que são considerados contrários à ordem pública (*contra bonos mores*). Entretanto, nos países de língua alemã, esses contratos são, excepcionalmente, válidos. Esse é o caso, por exemplo, da chamada *donatio mortis causa*, considerada válida (WAAL, 2006, p. 1087).

por se tratar de um direito fundamental previsto no art. 5º, XXX da Constituição Federal, é intransmissível (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 217).

## **6 REQUISITOS PARA A CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS**

A cessão de direitos hereditários é um negócio jurídico que exige forma especial e solene, devendo ser celebrado por escritura pública (art. 1.793), a qual garante maior segurança e publicidade à transação<sup>11</sup>. As partes desse negócio jurídico são o cedente, isto é, o herdeiro, e o cessionário, ou seja, aquele que adquire a herança ou parte dela (LÔBO, 2021, p. 76).

Em face da exigência de forma especial, a cessão de direitos hereditários que não for feita por escritura pública é considerada nula de pleno direito, por não revestir a forma prescrita em lei (art. 166, IV)<sup>12</sup>. O art. 1.793 pôs então fim à polêmica que existia, estabelecendo que não é possível a cessão da herança com a utilização de instrumento particular<sup>13</sup>.

A escritura pública é indispensável mesmo que somente existam direitos pessoais ou coisas móveis na herança<sup>14</sup>, uma vez que o direito à sucessão aberta, até a partilha, é considerado como coisa imóvel para os efeitos legais (art. 80, II)

---

<sup>11</sup> A formalidade exigida pelo direito brasileiro também é encontrada em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do alemão. De fato, o § 2033 do BGB requer que o negócio jurídico seja outorgado por instrumento notarial, dando maior proteção ao herdeiro diante de uma eventual conclusão contratual irrefletida (BROX; WALKER, 2016, p. 462). E o § 2371 do BGB ainda dispõe que “um contrato pelo qual o herdeiro vende a herança que lhe foi deferida deve ser outorgado por instrumento notarial” (FRANK; HELMS, 2018, p. 302).

<sup>12</sup> Há na doutrina autores que consideram ser possível a cessão por termo nos autos (RIZZARDO, 2019, p. 93). Entretanto, a redação incisiva do art. 1.793 do Código Civil, que impõe a escritura pública, parece não dar margem a tal tipo de interpretação. A despeito disso, existem julgados que flexibilizam a legislação, permitindo, particularmente no caso de móveis, a cessão por termo nos autos.

<sup>13</sup> Acerca da exigência de escritura pública como condição de validade da cessão de direitos hereditários já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “A cessão de direitos hereditários deve ser formalizada por escritura pública, consoante determina o art. 1.793 do Código Civil de 2002” (Superior Tribunal de Justiça. Ag no REsp 1.416.041/RS. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, 22 de maio de 2014).

<sup>14</sup> O Código Civil português, em seu art. 2126, cuidou da matéria de forma diversa e com maior precisão, dispondo: “1. A alienação de herança ou quinhão hereditário será feita por escritura pública, se existirem bens cuja alienação deva ser feita por essa forma. 2. Fora do caso previsto no número anterior, a alienação deve constar de documento particular”. Em face da melhor redação, que inclusive elimina maiores formalidades no que toca aos bens móveis, acredita-se que seria o caso de uma revisão da legislação brasileira, a qual deveria se alinhar ao disposto no Código Civil português. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

(AZEVEDO, 2019, p. 27). O registro público, por seu turno, não se faz necessário, uma vez que o cessionário, ao assumir a posição de herdeiro, é alcançado pela transmissão da posse e da propriedade desde a abertura da sucessão (princípio da *saisine*).

Aplica-se então à universalidade hereditária, como consequência, o regime jurídico dos bens imóveis (PENTEADO, 2014, p. 40), ressalvando-se, entretanto, o disposto no art. 108, que autoriza a celebração de negócios jurídicos imobiliários por instrumento particular, quando o seu objeto não exceder trinta salários-mínimos, norma que não se aplica à cessão de direitos hereditários, haja vista a aplicação do critério da especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*) (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 229).

Nesse contexto, a imobilização da massa hereditária tem efeitos no que toca à cessão de direitos hereditários, mas vai além, pois também tem reflexos em demandas judiciais (MONTEIRO, 2016, p. 48). De fato, se o herdeiro cedente for casado, é necessária a autorização do outro cônjuge (outorga conjugal)<sup>15</sup> para a cessão, salvo se o regime de bens for o da separação absoluta (art. 1.647, I) (PEREIRA, 2017, p. 65) ou se casado no regime de participação final nos aquestos, houver pacto antenupcial prevendo a desnecessidade da outorga conjugal para a disposição de bens imóveis (art. 1.656). Trata-se de hipótese de legitimação, de maneira que a falta de autorização, quando o cônjuge devia dá-la, tornará anulável o ato praticado (art. 1.649). Caso o cônjuge imotivadamente recuse a concessão da autorização para a realização da cessão de herança, é cabível o suprimento judicial por meio de um procedimento de jurisdição voluntária.

A cessão de direitos hereditários é um negócio jurídico bilateral *inter vivos*, exigindo-se a manifestação de vontade isenta de vícios e a perfeita identificação das partes que o celebraram (MAIA JÚNIOR, 2018, p. 231). Somente pode ser realizado pelo herdeiro legítimo ou testamentário depois da abertura da sucessão.

Admite-se a cessão de toda a herança, hipótese em que o cedente é herdeiro único, ou de parte da herança. Pode ainda ter por objeto a totalidade do

---

<sup>15</sup> Fala-se em outorga uxória, quando dependente da esposa, ou outorga marital, se provém do marido.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

quinhão hereditário (cessão total) ou apenas parte dele (cessão parcial), sendo necessário para a validade do negócio que tais informações sejam claramente consignadas na escritura. Aliás, se a cessão abranger a totalidade da herança, o herdeiro afasta-se do inventário (NADER, 2016, p. 45).

O herdeiro pode efetuar a cessão de forma gratuita ou onerosa. A cessão importa em alienação, equiparando-se a cessão gratuita à doação e a cessão onerosa à compra e venda, de sorte que são aplicáveis, por analogia, as normas que regem referidos contratos (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 217). Nessa linha, a cessão onerosa gera a obrigação de pagar o imposto sobre transmissão de bens *inter vivos* (ITBI), de competência municipal (art. 156, II da CF), enquanto a cessão gratuita, por apresentar natureza de liberalidade, remete ao pagamento do imposto sobre a doação (ITCMD), previsto no art. 155, I da CF. Por isso, é fundamental que se deixe consignado na escritura se se trata de cessão gratuita ou onerosa.

Por derradeiro, não se admite a cessão de direitos hereditários na hipótese de imposição de cláusula de inalienabilidade pelo testador ou de instituição de fideicomisso relativamente aos direitos hereditários em questão. A cláusula de inalienabilidade, que deve ser expressa na declaração de vontade, impede justamente o herdeiro de dispor, não havendo que se falar em cessão. No fideicomisso, por sua vez, a natureza da propriedade é resolúvel, de modo que não existe a possibilidade de sua transmissão em caráter definitivo a terceiros (MAIA JÚNIOR, 2018, p. 233).

## **7 CESSÃO DE BENS INDIVIDUADOS**

O cedente não transfere um bem individuado integrante do espólio, isto é, não pode ceder um bem como unidade autônoma da herança. O que o cedente transfere é o direito sobre sua quota-parte ou parcela de quota-parte da herança, uma vez que nenhum bem deixado pelo testador pertence a determinado herdeiro (LÔBO, 2021, p. 77). Isso decorre da indivisibilidade da herança como um todo e da incerteza no que toca aos bens que caberão a cada coerdeiro quando ultimada a partilha. É então ineficaz a cessão, pelo coerdeiro, de seu direito hereditário sobre

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

qualquer bem ou direito da herança considerado singularmente (art. 1.793, § 2º).

Admite-se, entretanto, que o cedente especifique um bem como integrante da quota-parte que está cedendo, mas tal determinação não tem caráter obrigatório para os demais coerdeiros. Caso estes concordem com a cláusula inserida no instrumento de cessão, podem aquiescer que o bem especificado componha a cessão. Mister se faz repetir, contudo, que isso não pode ser imposto aos coerdeiros, que podem fazê-lo simplesmente por cortesia. O adquirente corre então o risco de comprar determinado bem que não venha a ser atribuído ao herdeiro. Em todo caso, com a entrega do objeto da cessão, o negócio jurídico produzirá o efeito jurídico desejado (NADER, 2016, p. 48).

O herdeiro pode, excepcionalmente, pretender dispor de bem componente do acervo hereditário, pendente de indivisibilidade. Para tanto, é necessário o acordo dos interessados e a alienação do bem ainda depende de prévia autorização do juiz competente, que só o fará provocado pela parte interessada em ceder o bem. A necessidade de prévia autorização judicial objetiva garantir o controle dos atos de disposição de cada herdeiro, preservando os direitos dos demais herdeiros, que devem ser intimados. Sem a observância dessas formalidades a disposição é ineficaz (art. 1.793, § 3º). Nada impede, entretanto, que a autorização judicial seja concedida em momento posterior à celebração da cessão, caso em que terá natureza jurídica de ratificação, retroagindo à data da cessão (art. 873). Ademais, vale ainda observar que se a intenção de ceder partiu de um dos herdeiros, caso realmente se materialize a cessão de um bem específico, ao mencionado herdeiro deve ser atribuída a diminuição de sua quota-parte (HIRONAKA, 2003, p. 75).

E a situação anterior não deve ser confundida com a venda de determinado bem feita pelo próprio espólio, por meio do inventariante, mediante autorização judicial (art. 619, I do CPC) (OLIVEIRA; MELO, 2019, p. 155). A venda de bem que integra o espólio pode ser autorizada com fundamento em hipóteses bastante diversas: para o pagamento de dívidas da herança, de custas, de imposto de transmissão *mortis causa* ou outros encargos, para atender a necessidade urgente dos herdeiros, por estar algum imóvel se deteriorando, sendo conveniente a sua alienação etc. (RODRIGUES, 2003, p. 28). Ademais, se a venda foi feita em nome do

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

espólio, admite-se desde já, caso se trate de imóvel, a realização do registro, mantendo-se o princípio da continuidade (RIZZARDO, 2019, p. 99).

## **8 A RESPONSABILIDADE DO CEDENTE E DO CESSIONÁRIO**

A cessão de direitos hereditários é, ressalvada disposição em sentido contrário decorrente da vontade expressa das partes, um negócio jurídico aleatório, haja vista a indeterminação de seu objeto, que fica subordinado à partilha que dividirá, após o pagamento dos credores, os bens remanescentes. É que o cessionário não tem certeza quanto ao eventual recebimento de valor superior ou inferior àquele pago pela cessão do direito hereditário (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 231). Por isso, aquilo que o cessionário vai receber na partilha pode ficar aquém ou além de sua expectativa<sup>16</sup>.

Com a realização da cessão, o cessionário passa a ocupar a posição jurídica do cedente, isto é, sub-roga-se, total ou parcialmente, nos direitos e obrigações, como se fosse o próprio herdeiro. Desse modo, responde o cessionário pelas dívidas do espólio, até o valor do quinhão respectivo do cedente, podendo ocorrer que nada receba, caso o quinhão cedido venha a ser comprometido para o pagamento dos débitos. Não responde, entretanto, pelas dívidas do cedente, mas tão somente pelas dívidas do autor da herança (HIRONAKA, 2003, p. 72). Por isso, afirma-se que o cessionário, na qualidade de adquirente da quota, apenas responde pelas dívidas *intra vires hereditatis* (RIZZARDO, 2019, p. 97).

Os atos que o herdeiro poderia praticar para defender, conservar, modificar ou extinguir seu direito poderão ser praticados pelo cessionário, que receberá na partilha o que caberia ao cedente<sup>17</sup>. O cessionário poderá, inclusive, requerer a abertura de inventário ou, já estando em curso o procedimento, praticar os atos

---

<sup>16</sup> Acerca do caráter aleatório da cessão, Ney de Mello Almada é categórico: “não há como negar o caráter aleatório, pois, no momento cronológico do contrato, não têm as partes noção precisa da extensão da obrigação de entrega da coisa hereditária, não se descartando venha o cessionário a auferir menos ou acima do esperado, em função de possível variação quantitativa da quota cedida no interstício entre a data da cessão e a partilha” (ALMADA, 2006, p. 105).

<sup>17</sup> Conforme esclarece Ascensão, o adquirente tem, em princípio, “todos os poderes de defesa da sua posição que caberiam ao alienante” (ASCENSÃO, 2000, p. 489).  
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

processuais subsequentes. Também poderá ajuizar ações reivindicatórias, de nulidade de testamento, de petição de herança, impugnação de cálculos etc.

A herança é recebida pelo beneficiário da cessão no estado em que se encontra. O cessionário se coloca então no lugar do herdeiro (FRANK; HELMS, 2018, p. 302). Nada impede que no decorrer do inventário a herança seja consumida pelas dívidas do falecido. Em tal situação, o cedente não poderá ser responsabilizado, uma vez que não é garante do valor da herança<sup>18</sup>. Contudo, poderá existir responsabilidade quando houver má-fé por parte do herdeiro ou quando no negócio jurídico de cessão constar previsão no sentido de que o herdeiro cede direitos hereditários de valor determinado (HIRONAKA, 2003, p. 76).

Assim sendo, como regra, caso o cessionário não venha a receber o valor esperado, ou receba menos do que investiu, não poderá exigir ressarcimento do cedente em relação ao prejuízo sofrido. É que o cedente garante tão somente a sua qualidade de titular do patrimônio transferido, a sua condição de herdeiro, tanto que se o cedente não for reconhecido como herdeiro, deverá restituir os valores recebidos, com o acréscimo de eventuais perdas e danos (NADER, 2016, p. 43).

Ademais, considerando que o cessionário recebe a herança no estado em que se acha, há situações jurídicas que, salvo deliberação expressa em sentido contrário, não estão compreendidas na cessão, que não beneficiam o cessionário. Nessa senda, o art. 1.793, § 1º limita o direito do cessionário, excluindo da cessão de direitos hereditários os adquiridos *a posteriori* pelo cedente.

De fato, após o aperfeiçoamento da cessão, os direitos conferidos ao herdeiro em consequência de substituição (art. 1.947)<sup>19</sup> ou de direito de acrescer (art. 1.941)<sup>20</sup>, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente (art. 1.793, § 1º), uma vez que a cessão não alcança o que, posteriormente, tenha sido

---

<sup>18</sup> A solução dada pelo direito alemão não é diferente, uma vez que o vendedor da herança não responde pelo seu valor e nem por determinado bem a integrar, salvo se houver disposição contratual especial em sentido diverso (LEIPOLD, 2012, p. 360).

<sup>19</sup> A substituição está regulada nos arts. 1.947 a 1.960, decorrendo de uma "disposição testamentária em que o testador indica uma terceira pessoa para receber uma gratificação testamentária, na falta de um herdeiro, ou legatário, indicado em primeiro lugar, ou após este" (RODRIGUES, 2003, p. 198).

<sup>20</sup> O direito de acrescer se materializará quando, sendo vários os herdeiros testamentários ou os legatários nomeados pelo testador, um deles não chega a adquirir sua parte por premoriência, incapacidade ou renúncia, o que acarretará o acréscimo do seu quinhão no dos outros (LEITE, 2003, p. 81).

acrescido à herança<sup>21</sup>. Por conseguinte, como esses novos direitos sucessórios não se transmitem ao cessionário, mas se consolidam na pessoa do herdeiro cedente, este volta a ser chamado a suceder no que diz respeito aos bens supervenientes (LÔBO, 2021, p. 77).

## **9 O DIREITO DE PREFERÊNCIA DOS COERDEIROS**

O direito de preferência ou prelação determina que se um coerdeiro pretende vender o seu quinhão hereditário, deve oferecê-lo primeiramente aos demais coerdeiros, sob pena de ineficácia. Trata-se de importante inovação da legislação de 2002, uma vez que o Código Civil de 1916 não continha previsão expressa nesse sentido, o que gerava discussões acerca da necessidade, ou não, de se garantir o direito de preferência aos demais coerdeiros (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 220).

Nesse contexto, a cessão da quota hereditária, pelo coerdeiro, a pessoa estranha à sucessão ficará inviabilizada, será ineficaz, se outro coerdeiro a quiser para si. É que se aplicam aos coerdeiros as normas relativas ao condomínio, dentre as quais o direito de preferência<sup>22</sup>. Assim sendo, partindo dos princípios que regem o condomínio, o coerdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro herdeiro a quiser, tanto por tanto. Isso significa que se for oferecido o mesmo valor e idêntica condição de pagamento, outro coerdeiro tem preferência na aquisição da quota hereditária que está sendo cedida a terceiro (art. 1.794).

A expressão “tanto por tanto”, constante do art. 1.794, tem então o significado de “nas mesmas condições”, submetendo-se aos mesmos ônus, considerando o mesmo preço oferecido pelo terceiro estranho à sucessão que se beneficiária com o negócio jurídico oneroso de cessão (HIRONAKA, 2003, p. 78). Por

---

<sup>21</sup> No mesmo sentido dispõe o art. 2125, 2 do Código Civil português: “A parte hereditária devolvida ao alienante, depois da alienação, em consequência de fideicomisso ou do direito de crescer, presume-se excluída da disposição”.

<sup>22</sup> O § 2034 do BGB apresenta disposição semelhante, estabelecendo que se um coerdeiro vender sua parte a um terceiro, os outros coerdeiros terão direito de preferência, que deve ser exercido no prazo de dois meses. A legislação alemã ainda determina que o direito de preferência é transferível em caso de morte (FRANK; HELMS, 2018, p. 300).

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

isso, não exerce o direito de preferência o coerdeiro que faz contraproposta diferente da que ofereceu o estranho (LÔBO, 2021, p. 77).

A lógica do código é evitar o ingresso de estranhos na comunhão hereditária. Como se sabe, a comunhão é uma fonte de discórdias e desavenças, situação que pode piorar com o ingresso de um estranho no condomínio<sup>23</sup>. Diante disso, o art. 1.794 estabeleceu que existe o direito de preferência entre os coerdeiros, solução que merece elogios, uma vez que não seria razoável negar aos herdeiros a prerrogativa de adquirir a herança com preferência em relação a estranhos (VENOSA, 2019, p. 1552).

O direito de preferência só pode ser exercido em relação a terceiros e diante de cessões onerosas, o que se depreende da referida expressão “tanto por tanto”. Isso porque a cessão onerosa não representa liberalidade de cunho altruístico, mas verdadeiro negócio jurídico movido pela expectativa de vantagem econômica. Assim sendo, nenhum prejuízo acarretará para o cedente ver o cessionário substituído por um dos coerdeiros (HIRONAKA, 2003, p. 79).

Não há que se falar em direito de preferência do coerdeiro se a transferência da quota hereditária é feita de forma gratuita, a qual possui a natureza de doação. Na cessão a título gratuito fica a critério do herdeiro a escolha daquele que deseja beneficiar (AMORIM; OLIVEIRA, 2020, p. 67). Também não existe direito de preferência se o coerdeiro cede o seu quinhão a outro coerdeiro, que, logicamente, não é pessoa estranha à sucessão. É que nesse caso não existe o risco de estranhos ingressarem na comunhão hereditária, podendo então um herdeiro ceder direitos a outro sem a necessidade de prévia comunicação dos demais coerdeiros (NADER, 2016, p. 48).

Outrossim, não existe direito de preferência na hipótese de cessão de legado, visto que se trata de sucessão a título singular, que não vai levar ao estabelecimento de um condomínio. Contudo, excepcionalmente isso pode ocorrer, no caso de legado em favor de duas ou mais pessoas, em condomínio *pro indiviso*

---

<sup>23</sup> Sobre esse tema leciona Washington de Barros Monteiro: “é natural que, em se tratando de patrimônio de cunho preponderantemente familiar, desejem os herdeiros que os bens que o compõem permaneçam entre os seus integrantes, afastando a comunhão com terceiros” (MONTEIRO, 2016, p. 36).

(FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 227).

O coerdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, por inércia ou má-fé do cedente, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida onerosamente a estranho, se o requerer até cento e oitenta dias após a transmissão, isto é, o prazo decadencial, cujo curso não se interrompe, é contado da celebração do negócio jurídico (PEREIRA, 2017, p. 66)<sup>24</sup>. Nesse caso, o negócio jurídico celebrado é válido e eficaz entre as partes, mas é ineficaz em relação aos coerdeiros prejudicados, que deveriam ter sido cientificados por escrito da cessão onerosa da quota hereditária (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 222).

O art. 1.795, *caput*, acaba repetindo o que já havia sido determinado pelo art. 504, *caput*, ao regular a venda de coisa indivisível em condomínio. Em todo caso, resolve antiga divergência jurisprudencial acerca da necessidade de anuência dos coerdeiros para a cessão de quota hereditária.

Pode ainda ocorrer de vários coerdeiros resolverem exercer o direito de preferência sobre o que foi cedido a estranho, depositando judicialmente a totalidade do valor da cessão. Nessa situação, o código determina que se distribuirá entre eles o quinhão cedido, na proporção das respectivas quotas hereditárias (art. 1.795, parágrafo único) (AZEVEDO, 2019, p. 28), ou seja,

se as quotas dos coerdeiros forem iguais, o valor da parte ideal cedida, fixada na escritura de cessão ao terceiro, será dividido entre eles para compor o depósito; se forem desiguais, de acordo com a proporção de cada uma (LÔBO, 2021, p. 78).

Garante-se, assim, a participação de todos os herdeiros interessados na cessão que se pretende realizar (MAIA JÚNIOR, 2018, p. 237), não se estabelecendo critérios de desempate entre os coerdeiros que queiram exercer o direito de

---

<sup>24</sup> Em sentido contrário, há na doutrina entendimento que considera que a fluência do prazo decadencial de cento e oitenta dias para a propositura da demanda deve ocorrer a partir do conhecimento da alienação ao terceiro e não da data da celebração do contrato. Argumenta-se que “o prazo não pode ter iniciada a sua fluência enquanto não for possível ao titular a propositura da ação” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 224). Na mesma linha, obtempera José Luiz Gavião de Almeida que não “se poderia considerar termo inicial do prazo para que fizessem valer seus direitos uma data da qual não tiveram ciência. Os prazos decadenciais e o disposto no artigo 1.795 é um deles, faz perecer o direito de agir pela inércia de seu titular. Mas não se pode entender desidioso aquele que não teve oportunidade de defender seus interesses” (ALMEIDA, 2003, p. 91). Vê-se então que a regra do art. 1.795, ao prever o prazo de cento e oitenta dias, é quase idêntica àquela para a venda de bem indivisível em que houve preterição de condômino, havendo diferença no que toca à não menção do início de sua contagem, o que gera divergência na doutrina (QUEIROGA, 2012, p. 39). Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

preferência, de maneira que todos os interessados ficam com o quinhão, na proporção de sua participação na herança (QUEIROGA, 2012, p. 39). E tal solução difere da que ocorre no concurso entre vários coerdeiros que exercem o direito de preferência no condomínio tradicional, conforme estabelece o art. 504 do Código Civil.

Por conseguinte, admite-se a cessão a estranho apenas quando:

- a) for comunicada previamente aos demais coerdeiros; b) for dada preferência aos demais coerdeiros para aquisição da parte ideal, pelo mesmo preço que o estranho ofereceu, 'tanto por tanto'; c) os demais coerdeiros não exercitarem a preferência dentro do prazo concedido (LÔBO, 2021, p. 77).

## **10 A COMUNICAÇÃO DOS COERDEIROS**

A cessão de direitos hereditários a terceiros exige comunicação adequada dos coerdeiros, também conhecida como *denuntiatio*. De fato, é necessário que se dê conhecimento da cessão aos coerdeiros, para que eventualmente possam exercer seu direito de preferência.

O ônus de notificar os demais herdeiros, bem como de fazer a prova da sua realização, é do herdeiro cedente. Tal prova é feita por declaração dos condôminos no sentido de não terem interesse na aquisição tanto por tanto, uma vez conhecidas as condições econômicas e jurídicas do negócio (HIRONAKA, 2003, p. 79).

Para tanto, admite-se qualquer meio de ciência inequívoca dos coerdeiros, inclusive a interpelação por meios eletrônicos, desde que seja possível demonstrar a autenticidade da comunicação virtual, o que está em consonância com a liberdade de forma das declarações de vontade, quando não há previsão legal em sentido contrário (art. 107).

A comunicação para o exercício do direito de preferência, além de cientificar acerca da intenção de ceder onerosamente direitos hereditários, também devem informar as condições do negócio a ser realizado, isto é, o preço e as condições de pagamento, pois somente assim os interessados podem avaliar se têm interesse na aquisição da fração ideal da herança<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: "a prévia notificação dos coerdeiros, para fins do exercício de seu direito de preferência, deve ser capaz de assegurar-lhes plena ciência Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

Na hipótese de exercício do direito de preferência, é imprescindível o depósito do valor correspondente ao preço indicado na notificação, bem como demais despesas apresentadas. Aliás, acerca desse depósito, Otávio Luiz Rodrigues Júnior assevera que sua efetivação é *conditio sine qua non* para o exercício da prelação. Assim sendo, “os pretendentes à preempção devem fazê-lo com pontual e perfeito cumprimento da obrigação de depositar as quantias desembolsadas pelo adquirente, sem o que a preferência não pode ser admitida” (RODRIGUES JUNIOR, 2003, p. 296).

Outrossim, é necessário que o coerdeiro, que adquiriu a cota hereditária pelo exercício do direito de prelação, comunique a juízo do inventário para que sejam tomadas as providências processuais cabíveis.

## **11 A AÇÃO DE PREFERÊNCIA**

A ação que objetiva declarar que a cessão da herança não produziu efeitos em relação ao coerdeiro é chamada de ação de preferência. Submete-se ao procedimento comum, e seu objetivo é a obtenção da aquisição forçada da cota-parte hereditária alienada onerosamente (adjudicação compulsória), independentemente da vontade do alienante e do terceiro adquirente (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 222).

Ao propor a ação, a parte autora deve requerer o depósito do valor do negócio tanto por tanto. No polo passivo é necessária a presença tanto do alienante como do adquirente, uma vez que a decisão vai afetá-los. Se não for feita a citação dos litisconsortes necessários, a ação de preferência será nula, conforme dispõe o art. 115 do Código de Processo Civil (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 223).

O magistrado, ao julgar a demanda, reconhece a preterição indevida da preferência do autor, deferindo-lhe a contratação forçada e a consequente aquisição da cota-parte hereditária. O valor depositado, considerando a formação do

---

não apenas do interesse do herdeiro cedente na alienação futura de sua cota hereditária, mas também do preço e das condições de pagamento oferecidas ao pretense terceiro cessionário” (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1620705/RS. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 de novembro de 2017).

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

litisconsórcio passivo necessário na demanda, reverterá em favor do terceiro adquirente. É possível, contudo, o ajuizamento de nova ação indenizatória por parte desse terceiro, cobrando-lhe eventuais perdas e danos que considere ainda existentes em virtude da utilização da regra do art. 1.795.

## **12 O DIREITO DE ARREPENDIMENTO**

A legislação não prevê a possibilidade de desistência da cessão onerosa pelo alienante após o exercício do direito de preferência pelo coerdeiro. Em face da ausência de previsão, indaga-se então se é possível o direito de arrependimento por parte do alienante.

Como o sistema jurídico não proíbe, parece mais razoável a interpretação no sentido de que o alienante pode desistir da celebração do negócio jurídico de cessão, ainda que isso ocorra após a notificação dos coerdeiros e eventual manifestação pelo exercício do direito de preferência. Contudo, é de se notar que se o exercício do arrependimento causar prejuízos ao preferente, será necessário o seu ressarcimento, incluindo aí eventuais lucros cessantes<sup>26</sup>.

## **13 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Incontestável foi o benefício obtido com a previsão expressa acerca da cessão de herança no Código Civil atual. As celeumas, porventura criadas a respeito, foram assim sucumbidas com a pá de cal que o legislador lançou sobre as mesmas. De fato, a regulação apresentada pela codificação proporciona maior segurança jurídica, valor que sem dúvida é buscado pelo operador do direito. Além disso, as regras criadas garantem mais clareza.

No que tange à forma, muito embora se adote há muito o princípio do consensualismo, sempre poderia surgir questionamento pelo que dispõe o art. 108

---

<sup>26</sup> O Código Civil português, diferentemente do direito pátrio, regulou a matéria em seu art. 1.410, 2, dispondo: "O direito de preferência e a respectiva ação não são prejudicados pela modificação ou distrate da alienação, ainda que estes efeitos resultem de confissão ou transação judicial". Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52 p. 81-106, jul./out. 2021

do Código Civil, não obstante ter o legislador colocado o direito à sucessão aberta como bem imóvel para efeitos legais. A forma escrita, no caso, é *ad substantia*, mas também facilita a prova de maneira incontestada. Ainda, diferentemente do que ocorre quando o negócio jurídico é verbal, a imposição do requisito formal também constitui um empecilho em relação a medidas precipitadas, que muitas vezes ocorrem em convenções verbais.

Entretanto, vale notar, não inovou em muito o legislador pátrio, tendo sedimentado princípios fundamentais que a doutrina e jurisprudência já haviam abraçado no curso da vigência do diploma civil passado. Houve dissipação de dúvidas em relação à forma, às pessoas entre as quais a cessão é celebrada e aos direitos a eles pertinentes, como o da faculdade de adjudicação compulsória, o que, por si só já representa grande evolução, haja vista a relevância prática da matéria. Contudo, isso não significa que cessaram todas as possíveis indagações passíveis de se apresentarem, sendo certo que muitas questões ainda poderão suscitar novos debates.

## REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: artigos 1.784 a 1.856. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e partilha: teoria e prática**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

APATHY, Peter; KLINGENBERG, Georg; PENNITZ, Martin. **Einführung in das römische Recht**. 6. ed. Wien: Böhlau, 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial Nº 1.416.041/RS**. Agravo regimental no recurso especial. Execução de título extrajudicial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Coisa julgada. Súmula 211/STJ. Nulidade da cessão de direitos hereditários. Precedentes. Súmulas 7/STJ e 283/STF. Improvimento. Brasília, DF: Supremo Tribunal de Justiça, [2014]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25122445/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1416041-rs-2013-0367980-2-stj/inteiro-teor-25122446>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial Nº 1.620.705/RS (2013/0396090-1)**. Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Sucessões. Violação do art. 535 do COC/1973. Não ocorrência. Inventário. Agravo de Instrumento. Art. 522 do CPC/1973. Cessão onerosa de quota hereditária à terceiro. Direito de preferência dos coerdeiros. Arts. 1.794 e 1.795 do Código Civil. Aquisição tanto por tanto. Notificação prévia. Necessidade. Indicação de preço e condições de pagamento. Imprescindibilidade. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526808895/recurso-especial-resp-1620705-rs-2013-0396090-1/inteiro-teor-526808905>. Acesso em: 27 out. 2021.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Erbrecht**. 27. ed. München: Franz Vahlen, 2016.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **Lições de direito das sucessões**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 7.

FRANK, Rainer; HELMS, Tobias. **Erbrecht**. 7. ed. München: C.H. Beck, 2018.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7.

GOZZO, Débora; VENOSA, Silvio de Salvo; ALVIM, Arruda (coord.); ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código civil brasileiro**: do direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XVI.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito das sucessões: arts 1.784 a 1.856. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. **Römisches Privatrecht**. 21. ed. München: C.H. Beck, 2017.

LEIPOLD, Dieter. **Erbrecht**. 19. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 6.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: contratos em geral até doação (arts. 421 a 564). São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil**: sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Manual de direito civil**: sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. VI.

PÉRÈS, Cécile; VERNIÈRES, Christophe. **Droit des successions**. Paris: PUF, 2018.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966**. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Lisboa: Ministério da Justiça, [1966]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106487514/202110272121/73407012/diplomaExpandido>. Acesso em: 27 out. 2021.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Código civil comentado: Compra e venda. Troca. Contrato Estimatório: artigos 481 a 537**. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. VI. t. I.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

WAAL, Marius J. de. Comparative succession law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. **Sachenrecht**. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019.

**INDEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA PELO AUTOR:  
CONCESSÃO DE TUTELA JURISDICIONAL EM FAVOR DA PARTE ADVERSA  
POR VIA INDIRECTA?**

**DENIAL OF MOTION FOR PROVISIONAL PROTECTIVE MEASURE  
PRESENTED BY THE PLAINTIFF: A INDIRECT WAY TO GRANT A  
PROTECTIVE MEASURE IN FAVOR OF THE DEFENDANT?**

Flávio Henrique Siviero<sup>1</sup>

**Resumo:** O instituto da jurisdição é um dos alicerces do Direito Processual Civil, razão pela qual a correta compreensão de seu significado e de sua extensão é essencial ao domínio teórico da matéria. Com o objetivo de bem delimitar os termos do exercício da atividade jurisdicional, o presente artigo visa a aferir se o indeferimento de pedido de tutela provisória formulado pelo autor consiste, por via indireta, na concessão de tutela jurisdicional em favor da parte adversa. Metodologicamente, o artigo utiliza a revisão bibliográfica para estabelecer as premissas necessárias à solução do problema proposto. A partir dos estudos da doutrina especializada conclui-se que embora a rejeição definitiva da pretensão autoral em sentença de mérito importe em concessão de tutela jurisdicional em favor do réu por via indireta o mesmo não se pode afirmar em relação ao indeferimento de pedido de tutela provisória.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Tutela provisória. Princípio dispositivo. Princípio da congruência. Tutela jurisdicional.

**Abstract:** The institute of jurisdiction is one of the foundations of the Civil Procedure, which is why the correct understanding of its meaning and extent is essential to the theoretical mastery of the subject. In order to clearly define the terms of the exercise of the jurisdictional activity, this article aims to assess whether the rejection of the motion for provisional protection measure presented by the plaintiff consists, indirectly, in the granting of jurisdictional protection in favor of the opposite party. Methodologically, the paper uses literature review to establish the necessary premises to solve the proposed problem. From the studies of the specialized doctrine, it is concluded that although the definitive rejection of the plaintiff's claim in a judgment implies, indirectly, the granting of judicial protection in favor of the defendant, the same cannot be said regarding the rejection of the request for provisional protection measure.

**Keywords:** Civil Procedure. Provisional protection measures. Principle of party disposition. Principle of congruence. Jurisdictional protection.

---

<sup>1</sup> Defensor Público Federal titular do 11º Ofício Previdenciário da Defensoria Pública da União em São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Graduou-se em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Previdenciário, Processual Civil e Civil. Antes de ingressar na DPU foi servidor efetivo dos quadros do Tribunal de Justiça de São Paulo e exerceu advocacia privada.

Recebido em: 29/09/2021  
Aceito para publicação em: 27/10/2021

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo visa a esclarecer se o indeferimento de tutela provisória requerida pelo autor pode ser compreendido como concessão de uma tutela jurisdicional, ainda que por via indireta, em favor do réu.

Com o intuito de apresentar uma solução ao problema proposto serão analisados os conceitos de tutela, de tutela de direitos, de jurisdição, de tutela jurisdicional, o princípio dispositivo que decorre da inércia da jurisdição e o princípio da congruência, que norteia a necessária correlação entre pedido e provimento jurisdicional, com o objeto de construir uma base teórica sólida de onde serão retiradas as premissas necessárias à propositura de uma resposta bem fundamentada.

A seguir se analisará se é possível considerar que a rejeição do pedido autoral na sentença definitiva pode ser considerada uma expressão da tutela jurisdicional em benefício do réu tanto em sede de ações dúplices como em sede de ações que não são dotadas de natureza ambivalente.

Por fim, confrontar-se-á o panorama jurídico resultante da rejeição definitiva do pedido com o do indeferimento de tutela provisória para que se possa aferir se a decisão denegatória de tutela provisória importa ou não em uma tutela jurisdicional em prol do réu.

## **2 CONCEITO DE TUTELA JURISDICIONAL**

Para que seja possível levar a cabo a missão de sugerir uma resposta para a questão que motivou a elaboração do presente artigo, curial se revela em primeiro lugar estabelecer o que exatamente se entende por tutela jurisdicional, haja vista que apenas a partir da correta compreensão do instituto é que será possível afirmar se o indeferimento de pedido de tutela provisória formulado por uma das partes enseja, por via indireta, a concessão de tutela jurisdicional em favor da outra.

Destarte, antes de se adentrar nas questões mais problemáticas que se pretende enfrentar no curso deste trabalho, afigura-se recomendável tecer algumas breves considerações sobre a definição de tutela jurisdicional.

Com esse propósito, serão analisados no presente tópico os conceitos de tutela, de tutela de direitos, de jurisdição e, por fim, de tutela jurisdicional.

## **2.1 Tutela**

Embora a tutela jurisdicional seja a espécie do gênero tutela usualmente estudada pela doutrina que se dedica ao Direito Processual Civil (BRASIL, 2015), não se pode olvidar que a tutela jurisdicional não é a única expressão da tutela.

Assim sendo, antes de se descer à modalidade adjetivada da tutela jurisdicional, é conveniente esclarecer sobre o que exatamente se está a tratar ao se falar sobre o substantivo tutela.

Conquanto o termo tutela seja equívoco, apresentando diversas acepções (GUIMARÃES, 2019, p. 234), o significado que melhor exprime o conceito de tutela contido na expressão tutela jurisdicional é o de proteção ou amparo.

Destarte, será esse o sentido com que o vocábulo será empregado no presente trabalho.

## **2.2 Tutela de direitos**

Estabelecida a ideia de que tutela corresponde à proteção ou amparo de alguma coisa, parece lógico se afirmar que tutela de direitos nada mais é do que proteção de direitos.

A necessidade de proteção de um direito ganha relevância diante da existência de uma lide, assim entendido, o conflito de interesses qualificado por uma resistência à pretensão.

Em um contexto de lide a tutela de direitos dos envolvidos há de se manifestar por meio de uma das relativamente poucas alternativas possíveis de resolução do litígio.

São meios em que os próprios interessados efetivamente resolvem o litígio a autotutela, que é a imposição da vontade de um litigante ao outro, com sacrifício dos interesses deste, e a autocomposição, que é forma de solução na qual há consentimento voluntário de um dos envolvidos em abrir mão, no todo ou em parte, de seus interesses em prol de seu adversário (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 186-187).

Existe, ainda, a heterocomposição, forma de resolução na qual “um terceiro resolve a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material entre as partes” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017a, p. 154). Esse terceiro pode ser um particular escolhido pelas partes, hipótese na qual teremos arbitragem, ou o Estado no desempenho da função jurisdicional estatal.

### **2.3 Jurisdição**

Outro dos conceitos cuja compreensão do que vem a ser é indispensável para entender o que é tutela jurisdicional é o de jurisdição.

Conceituar jurisdição em poucas palavras revela-se uma tarefa espinhosa ante a diversidade de posicionamentos a respeito desse milenar instituto encontrados na doutrina.

A título de exemplo e com base em excelente trabalho de compilação do posicionamento de juristas clássicos sobre o tema feito por Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 4) podemos observar que Chiovenda afirmava que a jurisdição era entendida como a atuação da vontade concreta do Direito, Carnelutti compreendia que essa atuação derivava da circunstância de a sentença fazer concreta a norma geral e que Kelsen defendia que jurisdição se tratava do fenômeno de criar uma norma individual com base na norma geral.

De igual forma, não se pode olvidar que de acordo com a obra clássica de Cintra, Grinover e Dinamarco (2013, p. 147) o termo jurisdição encerra em si não apenas uma acepção, mas três, pois significa poder como expressão da capacidade estatal de decidir e impor suas decisões, função como o encargo dado ao Estado de promover a pacificação social e atividade como a série de atos judiciais tendentes ao exercício do mister de decidir.

De toda forma, sem embargo da riqueza da discussão doutrinária sobre o verdadeiro significado da expressão jurisdição, que já rendeu estudos profundos exclusivamente a respeito do tema, para os fins do presente trabalho se revela necessário estabelecer um critério preciso e relativamente conciso sobre o que se considera jurisdição a partir da perspectiva de que dela pode emanar a proteção de direitos.

Nessa senda, parece adequada a definição trazida por Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 138) no sentido de que “jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”.

## **2.4 Tutela jurisdicional**

Estabelecidos os conceitos de tutela e de jurisdição que foram explicitados alhures, compreender o significado de tutela jurisdicional não se revela uma tarefa complicada.

A rigor, ao se assimilar que tutela nada mais é do que proteção e que jurisdição (no que interessa ao conceito de tutela jurisdicional ao menos) é a função estatal de dar concretude ao ordenamento jurídico soa bastante intuitivo que tutela jurisdicional é a proteção de direitos pela via jurisdicional.

Ressalte-se, por oportuno, que a conclusão ora defendida encontra ressonância na doutrina, como se infere do escólio de Cassio Scarpinella Bueno (2020, p. 934) no sentido de que tutela jurisdicional é a “proteção outorgada pelo juiz quando reconhece o direito cuja afirmação de lesão ou ameaça impulsiona e justifica a atuação do Poder Judiciário”.

## **3 PRINCÍPIO DISPOSITIVO E PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA**

Uma das mais destacadas características da jurisdição é sua inércia, cristalizada em nosso direito positivo no art. 2º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que estatui que como regra a atividade jurisdicional não pode ser exercida sem que um interessado provoque a atuação do órgão julgador.

A vedação à atuação oficiosa do órgão jurisdicional sem requerimento prévio do interessado, a quem cabe delimitar as questões que serão submetidas a julgamento, é denominada pela doutrina (ALVIM, 2020, p. 234) de princípio dispositivo.

A inércia, todavia, não impede que uma vez provocada a jurisdição o processo siga seu curso independentemente de novas manifestações do autor da ação no sentido de seu prosseguimento.

Isso porque o impulso oficial impõe que uma vez deflagrada a marcha processual ela deverá prosseguir até que ocorra a extinção do feito mediante sentença terminativa, nas hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil, ou sentença definitiva, nos casos previstos no art. 487 do Código de Processo Civil, produzindo os efeitos que lhe são próprios independentemente da vontade das partes envolvidas (BRASIL, 2015).

Decorrência da inércia da jurisdição, o princípio da congruência – também chamado de princípio da adstrição –, preceitua que o juiz apenas pode acolher pedidos nos limites em que requeridos (CÂMARA 2017, p. 31; DONIZETTI, 2017, p. 578; GONÇALVES. 2020, p. 290). Aludido princípio encontra previsão legal expressa no art. 141 e no art. 492 do Código de Processo Civil.

O princípio da congruência não impede, contudo, que certos provimentos jurisdicionais sejam concedidos sem que jamais tenham sido requeridos pelas partes nas hipóteses que a própria lei prevê que tais provimentos são consequência necessária do acolhimento de pedidos efetivamente formulados ou da própria resolução da demanda.

Trata-se do que se convencionou chamar de pedidos implícitos (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 666), pois por força de lei se considera que tais pedidos devem ser apreciados pelo julgador como se constassem da petição inicial ainda que a parte autora não os tenha apresentado explicitamente.

A razão de ser tanto da inércia da jurisdição como de seu corolário, o princípio da correlação, é o de preservar a imparcialidade do julgador (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 64), que poderia ficar comprometida caso a ele coubesse não apenas apreciar aquilo que lhe fosse requerido, mas também ele própria tomar a iniciativa de deduzir pretensões em favor de alguém, pois parece pouco provável que um ser humano que em um primeiro momento formou convicção no sentido de que determinado pedido era cabível possa posteriormente apreciar o referido pedido isento de qualquer predisposição de acolhê-lo.

De igual forma, ao discorrer sobre a melhor interpretação a ser dada ao art. 493 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), Marinoni, Arenhart e Mitidiero lecionam em sua obra (2017b, p. 596) que “quando se pensa em congruência,

afirma-se correntemente que sua finalidade é evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade”.

#### **4 REJEIÇÃO DO PEDIDO EM SEDE DE COGNIÇÃO EXHAURIENTE COMO CONCESSÃO DE TUTELA JURISDICIONAL EM FAVOR DO RÉU**

Uma vez que se estabeleceu que a jurisdição não pode se manifestar de ofício, ou pelo menos que em regra não pode, e que aos juízes apenas é dado acolher pedidos nos estritos contornos do quanto requerido, parece intuitivo afirmar que somente aquele que formulou um pedido pode receber uma tutela jurisdicional em seu favor.

Acolher tal proposição levaria à conclusão de que um réu – e aqui se está a tratar da parte que apenas figura no polo passivo de um processo, não do réu que apresentou pedido contraposto em procedimento compatível com essa medida, muito menos de réu que se tornou autor ao apresentar reconvenção em processo que inicialmente foi movido em seu desfavor e com isso se tornou reconvinte – não teria como obter uma tutela jurisdicional em seu benefício.

Essa linha de raciocínio, todavia, não aparenta corresponder à realidade ao se dedicar maior reflexão sobre o assunto.

Isso porque certos efeitos das decisões são consequências naturais dos pronunciamentos judiciais mesmo que não haja pedido em relação a eles e que a decisão seja silente a seu respeito.

Tanto é assim que não há como se questionar que haverá formação de coisa julgada em favor do vencedor do processo, ainda que nenhuma das partes tenha requerido a medida e que a respectiva sentença irá transitar em julgado independentemente de menção expressa sobre isso no bojo da decisão.

Para melhor explicitar as consequências dos pronunciamentos judiciais que autorizam afirmar que é possível reconhecer que um réu pode sim ter uma tutela jurisdicional concedida em seu benefício revela-se conveniente, por razões metodológicas, analisar separadamente duas espécies de ações distintas: as ações dotadas de caráter dúplice e as ações que não são dotadas dessa natureza.

#### **4.1 Ações dúplices**

Ações dúplices são aquelas nas quais não há exatamente autor e réu em lados antagônicos do processo, mas sim partes que figuram simultaneamente nos pólos ativo e passivo da relação processual.

Isso ocorre em hipóteses nas quais o direito material em discussão é de tal natureza que uma sentença de mérito a seu respeito necessariamente há de colocar o bem da vida litigioso nas mãos de uma das partes e negá-lo à outra, pouco importando quem deu causa à instauração do processo ou ainda que o réu não tenha apresentado um pedido perante o Poder Judiciário.

Não por outro motivo, encontra-se na doutrina entendimento (MEDINA, 2017, p. 412) no sentido de que em ações dúplices ambas as partes assumem concomitantemente as condições de autor e réu.

Talvez o mais emblemático exemplo de ação dúplice seja o das ações possessórias, típico caso no qual a relação jurídica de direito material – estabelecer qual das partes tem a melhor posse – obriga o magistrado a (i) ou reconhecer que a posse do autor (em sentido formal) é a melhor e por conta disso prevenir ou fazer cessar o esbulho ou turbação praticado pelo réu (novamente, em sentido formal) ou (ii) reconhecer que a posse do réu é melhor e em decorrência disso impedir que o autor a perturbe.

Não obstante, as possessórias não são as únicas ações dúplices em nosso sistema, podendo-se ainda citar como ações com essa característica as declaratórias em geral, as de exigir contas e as demarcatórias.

Nas ações declaratórias tanto o acolhimento como à rejeição do pedido formulado por qualquer das partes encerra a crise de certeza (NEVES, 2014, p. 41) a respeito da relação jurídica, podendo a resposta que põe termo à dúvida beneficiar qualquer das partes envolvidas no litígio.

Nas ações de exigir contas, superada a primeira fase do procedimento no qual se define se há ou não o dever de prestação de contas, há de ser proferida sentença na qual se apurará saldo em favor do autor ou do réu (DONIZETTI, 2020, p. 716).

Nas ações demarcatórias a fixação dos limites dos imóveis pode acabar por revelar que parte do terreno que originalmente se pensava ser do autor em verdade pertence ao réu.

Como se vê, em todos esses casos o réu pode acabar obtendo uma situação jurídica mais favorável do que aquela em que se encontrava quando o autor deu ensejo à instauração do processo mesmo sem que aquele formule pedido em seu favor.

Para além das já mencionadas ações, não se pode ainda deixar de mencionar a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação direta de constitucionalidade (ADC), ambas ações de controle abstrato de constitucionalidade, como ações dúplices.

O registro se revela pertinente, pois embora se tratem de ações declaratórias, o que poderia atrair a simples incidência da regra geral de que ações declaratórias são dúplices, elas possuem particularidades como o fato de ensejarem um processo objetivo no qual não há um caso concreto (MORAES, 2006, p. 607) a ser decidido ou mesmo partes em sentido próprio, o que torna inaplicável o raciocínio de que seriam dúplices em razão da necessidade de se reconhecer o direito sobre o bem a vida a uma das partes litigantes.

Em verdade, o caráter ambivalente das referidas ações abstratas não decorre de uma relação jurídica de direito material, mas sim do fato de que seus objetos são opostos e mutuamente prejudiciais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1.291-1.292).

Feitas essas considerações sobre as ações dúplices, parece intuitivo concluir que nas ações propriamente dúplices – e com isso ressalva-se as ações de processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade no qual não há partes – a improcedência do pedido apresentado pelo autor importa na tutela de direitos do réu pela via jurisdicional, ou seja, em tutela jurisdicional em favor de parte que não formulou pedido algum ao Poder Judiciário.

É bem verdade que nesses casos se poderia argumentar que ao exercer seu direito de defesa pleiteando a rejeição do pedido autoral o réu estaria apresentando um pedido ao Poder Judiciário e que, portanto, não haveria provimento jurisdicional em prol de alguém que não o requereu.

Tal argumento, todavia, não merece acolhida por duplo fundamento.

O primeiro é que quando o réu se defende, seja ao negar a ocorrência de fatos narrados pelo autor, seja ao emprestar aos contornos fáticos apresentados

consequências jurídicas distintas daquelas requeridas pela parte adversa, seja, ainda, por alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral ele não exerce direito de ação, mas sim direito de defesa.

O segundo, e provavelmente o mais robusto, fundamento é o de que ainda que o réu seja revel e que não seja caso de atuação de curador especial, ou seja, que não tenha sido ofertada qualquer manifestação do réu pugnando pela rejeição do pedido, ainda assim a sentença de improcedência lhe trará os mesmos efeitos favoráveis que adviriam caso ele tivesse ofertado contestação.

Nessa linha de ideias, parece de difícil refutação à tese de que nas ações dúplices a relação jurídica de direito material faz com que necessariamente a rejeição do pedido autoral corresponda à concessão de uma tutela jurisdicional em favor do réu.

#### **4.2 Ações não dúplices**

A problemática relacionada à concessão de tutela jurisdicional em prol do réu em caso de improcedência do pedido autoral ganha maior complexidade nas ações que não são dotadas de natureza dúplice.

Isso porque, ao contrário do que ocorre com as ações ambivalentes, a relação jurídica de direito material controvertida não impõe que a rejeição do pedido do autor aumente o patrimônio jurídico do réu de maneira direta.

Contudo, ainda que a relação de direito material não seja relevante nesses casos, ainda assim não se pode olvidar que ao menos um efeito fatalmente decorrerá da sentença de improcedência com aptidão de beneficiar o réu: a formação de coisa julgada material.

Como é cediço, o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) reconhece o instituto da coisa julgada, o art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) estabelece que a coisa julgada é a decisão judicial irrecorrível e o art. 502 do Código de Processo Civil explicita que a coisa julgada material torna a decisão por ela acobertada imutável e indiscutível.

Em relação ao que dispõe a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) sobre coisa julgada, não constitui preciosismo salientar que o legislador não adotou a melhor técnica ao tratar do instituto, pois confunde a

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 107-125, jul./out. 2021

essência da coisa julgada com o momento em que ela surge (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017a, p. 499).

De toda forma, para além do debate doutrinário sobre a coisa julgada ser qualidade da decisão judicial de que não se possa mais recorrer, e não a decisão propriamente dita, o que mais interessa aos propósitos do presente artigo é saber que essa qualidade que reveste a decisão a torna imutável e indiscutível.

Tendo em vista que com sua vitória sobre o autor, que teve seu pedido rejeitado, o réu não apenas deixa de perder algo no próprio processo em que proferida a decisão, mas também passa a ficar blindado contra novas investidas do autor em relação ao quanto decidido, certo é que a decisão coberta pelo manto da coisa julgada o coloca em uma posição jurídica mais favorável do que aquela em que ele se encontrava antes, o que conduz à conclusão de que a improcedência do pedido autoral implica, por via indireta, tutela jurisdicional conferida em prol do réu.

Corroborando o entendimento de que a vitória do réu importa em concessão de tutela jurisdicional em seu favor Cassio Scarpinella Bueno (2020, p. 110) ensina que:

É por esta razão que se mostra correto o entendimento de que a rejeição do pedido formulado pelo autor enseja a prestação de tutela jurisdicional para o réu. O Estado-juiz, ao declarar que o direito lesionado ou ameaçado não pertence ao autor, que o comportamento do réu (ou a ausência dele) não viola nem ameaça o ordenamento jurídico, ao contrário do que afirma o autor em sua petição inicial, reconhece, para todos os fins, a correção da posição ocupada pelo réu.

Este reconhecimento judicial da postura do réu – é bastante frequente referir-se a ela como uma declaração de que o autor não tem o direito que afirmava ter em face do réu – gera efeitos relevantes para o plano do processo e, mais do que isto, para o plano material também. Por se tratar de decisão que analisa o mérito, isto é, que examina a juridicidade do conflito supostamente existente pelas partes de acordo com a perspectiva do autor, a decisão tende a transitar, como se costuma afirmar, materialmente em julgado. Transitando em julgado, ela passa a ostentar imutabilidade e, por aqueles fundamentos, aquela mesma situação material já não poderá mais ser rediscutida entre aquelas partes e perante quaisquer órgãos jurisdicionais. Neste sentido, o réu protegeu-se suficiente e adequadamente com o exercício da função jurisdicional. Por isto ele recebe tutela jurisdicional. (BUENO, 2020, p. 110)

Além da formação da coisa julgada material em favor do réu, que tende a ocorrer em todos os processos nos quais é proferida sentença de mérito rejeitando o pedido do autor, é de se observar ainda que a sentença de improcedência pode também criar título executivo em favor do réu. Referido título judicial pode ser objeto de cumprimento nos próprios autos do processo em que se originou.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp 1.324.152 (BRASIL, 2016a) e decidir controvérsia relacionada à correta interpretação do art. 475-N, I, do CPC/73 em sede de recurso repetitivo firmou a tese de que:

A sentença, qualquer que seja sua natureza, de procedência ou improcedência do pedido, constitui título executivo judicial, desde que estabeleça obrigação de pagar quantia, de fazer, não fazer ou entregar coisa, admitida sua prévia liquidação e execução nos próprios autos. (BRASIL, 2016a)

Conquanto o caso concreto levado ao STJ dissesse respeito a dispositivo do revogado CPC/73, curial se revela observar que não há motivo para se cogitar de superação do entendimento firmado pelo aludido Tribunal Superior no precedente qualificado em tela, haja vista que sua própria Corte Especial fez constar do corpo do acórdão lavrado<sup>2</sup> que o atual Código de Processo Civil tem regra com a mesma redação.

É bem verdade que normalmente a sentença de improcedência de um pedido que estabeleça a existência de obrigação em desfavor do autor normalmente decorre do insucesso de uma ação declaratória, como por exemplo uma revisional de contrato (ação que embora possa conter em seu bojo algum pedido condenatório ou constitutivo tem carga predominantemente declaratória), o que poderia sugerir que na realidade a formação de título executivo contra o autor, no mundo dos fatos, só ocorreria em ações declaratórias, hipótese na qual que incidiria o regramento das ações dúplices em geral.

É interessante observar, todavia, que mesmo em ações que não são predominantemente declaratórias é possível que ocorra o reconhecimento de uma obrigação do autor por cumprir.

---

<sup>2</sup>A solução do problema envolve a correta interpretação do artigo 475-N do Código de Processo Civil, com as modificações da Lei 11.232/2005, e que já está revogado. No entanto, o novo CPC contém regra com a mesma redação, daí a atualidade da decisão a ser proferida." Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 107-125, jul./out. 2021

Um exemplo de ação constitutiva na qual é possível se reconhecer obrigação de pagar do autor é a ação de adjudicação compulsória, pois nela a parte autora afirma que já pagou o preço acertado por determinado bem imóvel e que o réu se recusa a lhe outorgar a escritura necessária para registrar a transferência do bem junto ao cartório de imóveis.

Nesse caso, se ao final do processo ficar decidido que o autor não pagou a integralidade do preço seria possível ao réu exigir o cumprimento de sentença pela parcela em aberto com base no entendimento sob análise.

Ter-se-ia, portanto, um caso de formação de título executivo em favor do réu em ação que não é dotada de natureza declaratória.

Destarte, seja pela formação de coisa julgada material, que é regra nos processos em que há sentença definitiva, seja pela formação de título executivo, circunstância que pode ou não se apresentar, a depender do reconhecimento da existência de uma obrigação não cumprida a ser adimplida pelo autor, conclui-se que a rejeição do pedido do autor ao final do processo importa em concessão de tutela jurisdicional em benefício do réu.

## **5 INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA**

Assentadas as premissas que levaram à conclusão de que quando o pedido do autor é julgado improcedente há tutela jurisdicional em favor do réu, outra questão que se apresenta é a de se o indeferimento de tutela provisória requerida pelo autor também consistiria na concessão de tutela de direitos pela via jurisdicional em prol do réu.

Ao contrário do que ocorre com a sentença definitiva, na qual o julgador exerce cognição exauriente a respeito da questão submetida a sua apreciação, decidindo qual das partes tem razão, nas tutelas provisórias o juiz exerce mera cognição sumária, concedendo provimento em benefício da parte aparenta ter razão.

Como se infere da leitura do art. 294, *caput*, do Código de Processo Civil, a tutela provisória pode se fundamentar em urgência ou em evidência (BRASIL, 2015).

No caso da tutela de urgência ela é concedida com amparo no art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil porque o tempo é inimigo do direito, motivo pelo qual se

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 107-125, jul./out. 2021

impõe a concessão de medida que preserve o resultado útil do processo ou que adiante a própria entrega do bem da vida almejado pela parte para evitar dano irreparável ou de difícil reparação (BRASIL, 2015).

Tipicamente se estará diante de uma tutela cautelar no primeiro caso e de uma tutela antecipatória (ou uma antecipação dos efeitos da tutela final) no segundo.

No caso da tutela de evidência prevista no art. 311 do Código de Processo Civil o debate sobre a necessidade de concessão em caráter urgente da medida não se apresenta. O que ocorre é que a expectativa de êxito da parte é tão grande que o ordenamento jurídico prefere que os efeitos deletérios da demora na tramitação do processo não onerem o autor que, a toda evidência, irá se sagrar vencedor ao final, mas sim o réu, que ao que tudo indica é quem irá ser derrotado (BRASIL, 2015).

Seja qual for a modalidade da tutela provisória, como o próprio nome já sugere, certo é que a decisão que a concede é uma decisão provisória e que, portanto, pode ser revista no curso do processo.

Assim sendo, a decisão que concede uma tutela provisória não tem aptidão para formar coisa julgada material, haja vista que as características da coisa julgada, sobretudo a de revestir a decisão de imutabilidade e de indiscutibilidade, fazem com que ela apenas possa acobertar uma decisão definitiva, não uma efêmera.

Afasta-se, assim, o principal fundamento pelo qual se reconheceu alhures que a rejeição do pedido autoral importa em concessão de tutela jurisdicional em favor do réu.

De igual forma, não se pode também cogitar de formação de título executivo judicial, pois a decisão que concede a tutela provisória é efêmera e a certeza, ao lado da liquidez e da exigibilidade, são características indispensáveis (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 59) a um título executivo.

Com isso, observa-se que os dois fundamentos para se afirmar que a improcedência de pedido formulado em ação não ambivalente gera consequências favoráveis para o réu não se apresentam quando do mero indeferimento da tutela provisória.

E mesmo no contexto das ações dúplices o quadro não é diverso.

Nas ações propriamente dúplices, ou seja, naquelas nas quais a ação é ambivalente por força da relação jurídica de direito material posta em juízo, o indeferimento de pedido de tutela provisória por si só não tem o condão de influir na situação jurídica que existia antes da propositura da ação, seja para modificá-la, seja para determinar sua manutenção.

Com efeito, em uma ação possessória na qual o juiz tenha indeferido o pedido de tutela provisória apresentado pelo autor não é essa decisão que legitima a permanência do réu no local.

Na mesma linha, no caso de uma ação declaratória de inexistência de débito com pedido de tutela provisória para sustar um protesto ou para obstar uma cobrança, não é a decisão denegatória que serve de amparo para a manutenção do protesto ou para o prosseguimento da cobrança, mas sim situação jurídica que já existia antes da propositura da ação declaratória, que com o indeferimento da medida pleiteada em nada se alterou.

Mesmo nas ações dúplices de controle abstrato de constitucionalidade a decisão denegatória de tutela provisória não produz ela própria qualquer efeito.

Com efeito, apenas a decisão que concede a medida cautelar em ADI ou de ADC é dotada de eficácia contra todos e apta a vincular os demais órgãos do Poder Judiciário.

A decisão que indefere medida cautelar em sede de controle abstrato de constitucionalidade em nada inova no cenário jurídico, não impedindo que qualquer dos órgãos do Poder Judiciário aprecie livremente a compatibilidade formal e material dos dispositivos impugnados com a Constituição Federal.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico<sup>3</sup> no sentido de não caber reclamação contra decisão emanada de outros órgãos jurisdicionais que lhe são subordinados que tenha declarado determinada norma inconstitucional quando a referida norma já havia sido anteriormente impugnada em ADI na qual o STF indeferiu pedido de medida cautelar e que ainda pende de julgamento definitivo.

---

<sup>3</sup> Por todos, Rcl 2585 MC, Rel. Min, Marco Aurélio (BRASIL, 2004), Rcl 3.458, Rel. Min. Cezar Peluso (BRASIL, 2007) e Rcl 3347 AgR, Rel. Min, Rosa Weber (BRASIL, 2016b).  
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 107-125, jul./out. 2021

Isso ocorre porque nesse caso não há desrespeito algum à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, que se limitou a não conceder uma tutela provisória.

Como se vê, em todos esses casos o panorama jurídico consolidado após o indeferimento da tutela provisória é o mesmo que já se apresentava antes da apresentação da petição inicial.

A decisão denegatória da tutela provisória não cria qualquer direito para quem quer que seja, razão pela qual não há como se afirmar que ela possa implicar concessão de tutela jurisdicional em benefício do réu.

## **6 CONCLUSÃO**

No caso de indeferimento de tutela provisória não se apresenta qualquer dos fundamentos que embasam o reconhecimento de que a rejeição do pedido autoral em sentença definitiva importa em concessão de tutela jurisdicional para a parte adversa.

A rigor, em sentido contrário, a efêmera decisão denegatória de tutela provisória não tem aptidão para produzir efeitos que de qualquer forma influem na relação jurídica de direito material controvertida no processo.

Conclui-se, portanto, que a decisão que indefere tutela provisória requerida pelo autor não pode ser compreendida como uma expressão da tutela de direitos pela via jurisdicional em favor do réu.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República, 4 set. 1942. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 16 mar. 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial 1.324.152. Processo civil. Recurso especial representativo da controvérsia. Art.543-CDO CPC. Exequibilidade de sentenças não condenatórias. Artigo 475-N, I, do CPC. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Relator do acórdão: Min. Francisco Falcão, 4 de maio de 2016. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília, não paginado, 15 jun. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/349598325/recurso-especial-resp-1324152-sp-2012-0099874-4> . Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **Rcl 2585 MC**, Rel. Min, Marco Aurélio, julgado em 23/09/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **Rcl 3458 AgR**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 29/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Rcl 3347 AgR**, Rel. Min, Rosa Weber, julgado em 01/03/2016b.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 25, n. 52, p. 107-125, jul./out. 2021

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil Comentado**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Jurídico**. Atualizado por Ana Claudia Schwenck dos Santos. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. rev. ampl. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 6. ed. Salvador: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 44. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3