

**Kamila Soares Leal**  
(Organizadora)



# Direito e justiça:

práticas que garantem igualdade

Kamila Soares Leal  
(Organizadora)

# **Direito e justiça: práticas que garantem igualdade**

Ponta Grossa  
2023

## **Direção Editorial**

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## **Organizadora**

Prof.ª Ma. Kamila Soares Leal

## **Capa**

AYA Editora

## **Revisão**

Os Autores

## **Executiva de Negócios**

Ana Lucia Ribeiro Soares

## **Produção Editorial**

AYA Editora

## **Imagens de Capa**

br.freepik.com

## **Área do Conhecimento**

Ciências Sociais Aplicadas

# **Conselho Editorial**

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

*Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí*

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

*Centro Universitário Santa Amélia*

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

*Instituto Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

*Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP*

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

*Centro Universitário FACEX*

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

*Universidade do Estado de Minas Gerais*

Prof.ª Ma. Denise Pereira

*Faculdade Sudoeste – FASU*

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

*Universidade Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença*

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

*Faculdade Santa Helena*

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

*Universidade Federal de Roraima*

Prof.º Me. Jorge Soistak

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

*Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara*

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

*Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

*Faculdade Santana*

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

*Universidade Federal Rural de Pernambuco*

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues  
*Universidade Norte do Paraná*

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa  
*Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP*

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes  
*Universidade Estadual do Centro-Oeste*

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda  
*Universidade Estadual de Ponta Grossa*

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes  
*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira  
*Instituto Federal do Acre*

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail  
*Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares  
*Universidade Federal do Piauí*

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros  
Rodrigues  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda  
Santos  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues  
*Instituto Federal de Santa Catarina*

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

---

D598 Direitos e justiça: práticas que garantem a igualdade [recurso eletrônico]. / Kamila Soares Leal (organizadora). -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 487 p.

Inclui biografia  
Inclui índice  
Formato: PDF  
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader  
Modo de acesso: World Wide Web  
ISBN: 978-65-5379-260-9  
DOI: 10.47573/aya.5379.2.191

1. Direito. 2. Mulheres - Emprego. 3. Discriminação de sexo no emprego. 4. Psicoterapia familiar. 5. Constelações familiares. 5. Direito de família. 6. Violência contra as mulheres – Legislação – Brasil. 7. Síndrome da alienação parental – Legislação – Brasil. 8. Aborto. 9. Direito penal – Brasil. 10. Direito do trabalho – Brasil. 11. Trabalho infantil – Política governamental - Brasil. 12. Direitos fundamentais – Brasil. I. Título

CDD: 340.07

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

---

## **International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA**

### **AYA Editora©**

CNPJ: 36.140.631/0001-53  
Fone: +55 42 3086-3131  
WhatsApp: +55 42 99906-0630  
E-mail: contato@ayaeditora.com.br  
Site: <https://ayaeditora.com.br>  
Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557  
Ponta Grossa - Paraná - Brasil  
84.071-150

# SUMÁRIO

**Apresentação.....15**

**01**

**Direito a indenização nos casos de discriminação da mulher no mercado de trabalho .....16**

Vanessa Aline Peiter

Flávia Piccinin Paz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.1

**02**

**O uso da constelação familiar pelo poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais da família .....31**

Leandro Cardoso Nascimento

Silvaney Ribeiro Moura

Karla Késsia de Lima Pereira

Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.2

**03**

**Adoção homoafetiva: a possibilidade da adoção tal como a perspectiva da ampliação de cidadania e processo de socialização da criança adotada .....46**

Carlos Eduardo Ferreira Costa

Daniel Ferreira de Melo

Igor Pereira Jacob

Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.3

# 04

## **O direito á liberdade e a poliafetividade: (im) possibilidade de reconhecimento .....57**

Raissa Celita Rambo  
Glauci Aline Hoffmann

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.4

# 05

## **Alienação parental inversa .....73**

Clederson Alves da Silva  
Matheus Portela

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.5

# 06

## **Consequências jurídicas da multiparentalidade. ....91**

Vitor Peri Ruppenthal  
Kauê de Oliveira Peres

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.6

# 07

## **A violência doméstica contra a mulher e as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha .....105**

Luara Mendonça Almeida  
Elto Abreu da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.7

# 08

## **A (im) possibilidade do aborto legal nos casos de stealthing .....123**

Frank Rodrigues  
Daniel Vinicius Soares Bonifácio  
Hewldson Reis Madeira  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.8

# 09

## **O direito penal do inimigo e sua (in) aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro.135**

Beatriz da Silva Pereira  
Ionnard Alves Feitoza  
Hewldson Reis Madeira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.9

# 10

## **Grupos reflexivos para os homens: as inovações da Lei Maria da Penha e as inseguranças jurídicas para a sua aplicabilidade.....152**

Fernanda Siewes de Souza  
Kauê de Oliveira Peres

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.10

# 11

## **Audiência de Custódia audiovisual e o convencimento do juiz .....168**

Dhanielli Moita Moraes  
Maria Karolayne Pereira da Silva  
Robson Sousa Silva  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.11

# 12

**Consequências das falsas memórias nos casos de estupro de vulnerável: como as falsas memórias podem afetar no julgamento ou identificação do esturprador .....180**

Emili Barbara Gerke  
Kauê de Oliveira Peres

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.12

# 13

**Juiz das garantias e os possíveis impactos financeiros na comarca de Araguatins/TO ....197**

Giulliano Eduardo Alves dos Santos  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.13

# 14

**Acordo extrajudicial trabalhista e o princípio da proteção .....212**

David Leandro da Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.14

# 15

**Uma análise do panorama atual do trabalho infantil no Brasil .....227**

Amanda Silva Lima  
Gabriela Silva Tavares  
Kamila Soares Leal  
Marcia da Cruz Girardi

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.15

# 16

## **A competência da justiça do trabalho e as novas formas de trabalhar .....239**

Renata Starling Jorge Dutra  
Antônio Álvares da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.16

# 17

## **As mudanças ocorridas na educação básica do Brasil a partir da Constituição da República de 1988 .....248**

Isaque de Sousa Almada  
Mizael de Sousa Lima Santos  
Wilker Batista Cavalcanti  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.17

# 18

## **Independência e harmonia dos poderes de estado durante a pandemia: ação direta de inconstitucionalidade 6341-STF .....264**

Ademar José Ferreira  
Denize Lima de Miranda  
Halan Heverton dos Santos Nobre  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.18

# 19

## **Controle de Fake News e a inelegibilidade na política do novo milênio .....277**

Dalvan Santos Oliveira da Silva  
Márcio Fernando Moreira Miranda  
Maria Luciléia da Silva Brandão  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.19

# 20

## **Procedimento de manifestação de interesse: análise normativa .....290**

Letícia Mendes Martins do Rêgo Barros

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.20

# 21

## **Reconhecimento de pessoas: Uma análise do instituto na jurisprudência recente do STJ ...305**

Rodrigo Portilho Mendanha

Sara Ribeiro de Araújo

Tiago Alencar Cruz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.21

# 22

## **Os impactos da pandemia nas relações de consumo .....320**

Antonio Marcos Andrade Sousa Alves

Carlos Eduardo Ferreira Costa

Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.22

# 23

## **A quantificação do dano moral nas questões de afeto.....330**

Aguinaldo Gonçalves da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.23

# 24

## **A responsabilidade das entidades desportivas por atos discriminatórios praticados por seus torcedores.....347**

José Carlos Prazeres Sampaio  
Gabriel Helberth Costa da Silva  
Tiago Alencar Cruz Borges

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.24

# 25

## **Pedagogia jurídica e o estatuto da criança e do adolescente: história, educação e direitos humanos .....358**

Matheus Henrique Gomes Silva  
Gilberto Sousa Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.25

# 26

## **Os direitos humanos aplicados a punição dos jovens infratores .....366**

Canaã Freitag Casimiro  
Flávia Piccinin Paz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.26

# 27

## **Direito educacional: o ambiente, a estrutura e a participação familiar na educação infantil, como o direito das crianças e o dever das famílias para o pleno desenvolvimento escolar .....375**

Deborah Caroline Tholken Deimling  
Kauê de Oliveira Peres

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.27

# 28

## **A eficácia da prisão civil na situação do devedor de alimentos .....390**

Pedro Lucas Ferreira Araújo  
Irineu Vagner Junior Valoeis  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.28

# 29

## **A influência do cristianismo na obra de Justiniano .....404**

Mayara de Lima Reis

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.29

# 30

## **O direito da igualdade: uma análise de práticas jurídicas que asseguram uma justiça igualitária .....417**

Alice Durlo Nemitz  
Rayane Sielo Felin  
Pablo Ziebell

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.30

# 31

## **O direito e as discriminações sociais no âmbito da deficiência física .....426**

Naã Osborn de Souza Silva  
Ronaldo Junior da Silva  
Bernardino Cosobeck da Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.31

# 32

## **Renda básica como garantia da dignidade da pessoa humana .....440**

Hellizane Raquel Pereira dos Santos  
Jiovanna Almeida Nunes  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.32

# 33

## **Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética .....452**

Juliana Almeida Galindo do Nascimento

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.33

# 34

## **Fontes do direito no sistema do “Common Law” .....464**

Juliana Almeida Galindo do Nascimento

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.34

**Organizadora .....476**

**Índice Remissivo .....477**

# Apresentação

É com imenso prazer que apresentamos o livro **“Direito e justiça: práticas que garantem igualdade”**, uma obra científica que reúne uma coletânea de estudos e reflexões sobre diversos temas relevantes no campo do Direito. Ao longo de seus 34 capítulos, esta obra aborda questões fundamentais relacionadas aos direitos fundamentais, à igualdade, à justiça e às práticas jurídicas que visam assegurar um sistema mais justo e equânime.

Os capítulos deste livro foram escritos por pesquisadores em diferentes áreas do Direito, proporcionando uma ampla visão e análise das complexidades e desafios que permeiam nosso sistema jurídico. Cada capítulo oferece uma abordagem objetiva dos temas tratados, contribuindo para o enriquecimento do conhecimento jurídico e fomentando debates relevantes na área.

Dentre os temas abordados, destacamos alguns capítulos de especial relevância. No campo dos direitos das mulheres, discutimos o direito à indenização nos casos de discriminação no mercado de trabalho e a violência doméstica contra a mulher, analisando as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Também são tratadas questões relacionadas à diversidade familiar, como a adoção homoafetiva e a poliafetividade, explorando a ampliação da cidadania e o processo de socialização das crianças adotadas.

Outros temas de destaque incluem o direito à liberdade e a poliafetividade, a alienação parental inversa, as consequências jurídicas da multiparentalidade e a (im)possibilidade do aborto legal nos casos de stealthing. Além disso, são discutidos assuntos relevantes no âmbito penal, como o direito penal do inimigo e sua (in)aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, as mudanças ocorridas na justiça do trabalho diante das novas formas de trabalho, e os impactos da pandemia nas relações de consumo.

Os demais capítulos abordam temas como educação, política, direitos humanos, responsabilidade civil, direito desportivo, bioética, entre outros, proporcionando uma visão abrangente e aprofundada das questões jurídicas contemporâneas. Cada capítulo traz análises fundamentadas em pesquisas acadêmicas, jurisprudência atualizada e reflexões teóricas, oferecendo ao leitor um panorama completo dos temas discutidos.

Este livro destina-se não apenas a acadêmicos, pesquisadores e profissionais do Direito, mas também a todos os interessados em compreender e refletir sobre as práticas jurídicas que visam promover a igualdade e a justiça em nossa sociedade. Acreditamos que a disseminação do conhecimento e o debate de ideias são essenciais para o aprimoramento do sistema jurídico e para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Por fim, expressamos nossa gratidão aos autores por contribuírem com seus conhecimentos e experiências para a realização deste livro. Esperamos que esta obra seja uma fonte de inspiração e referência para todos aqueles que se dedicam ao estudo e à prática do Direito, buscando promover uma sociedade mais igualitária e justa.

Boa leitura!

**Prof.<sup>a</sup> Ma. Kamila Soares Leal**

(Organizadora)



# **Direito a indenização nos casos de discriminação da mulher no mercado de trabalho**

## **Right to compensation in cases of discrimination of women in the work market**

---

Vanessa Aline Peiter

*Acadêmica de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON*

Flávia Piccinin Paz

*Professora Orientadora da Faculdade ISEPE/RONDON*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.1

## RESUMO

O presente trabalho buscou explanar de forma abrangente a questão da indenização em casos de discriminação da mulher no mercado de trabalho, analisando o conteúdo histórico da mulher no ambiente laboral desde o período conturbado da primeira guerra mundial, chegando a atual discriminação ocorrente ao sexo feminino no trabalho e demonstrando a importância da indenização nestes casos para coibir o empregador/empregado de praticar novamente o ato danoso, tornando o ambiente laboral a vítima novamente seguro. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica elaborada a partir de materiais já publicados em livros de doutrinadores e artigos, além de jurisprudências pertinentes ao tema, com o método escolhido a pesquisa terá uma maior clareza para a obtenção da resposta do problema. O tema é de grande relevância, é atual devido aos amplos casos de discriminação existentes em nosso país contra a mulher no ambiente laboral, muitos até não chegam a ser denunciados e, portanto, urge a necessidade da temática ser amplamente discutida pela sociedade. Ao final do estudo foi perceptível a necessidade de indenizar aquelas mulheres atingidas pela problemática, seguindo-se a legislação vigente quanto ao dano moral e material, ou seja, código civil. A área temática do trabalho envolve tanto direito civil como do trabalho.

**Palavras-chave:** indenização. discriminação. mulher. trabalho.

## INTRODUÇÃO

Apesar da constante evolução pela qual o ser humano já passou por meio dos séculos, ainda é possível notar que existem problemáticas a serem resolvidas, exemplo disso, seria a questão da discriminação que o sexo feminino sofre no ambiente laboral, para tanto é necessária uma maior efetividade na aplicação da lei trabalhista e uma evolução real da mentalidade do ser humano no século atual.

Inicialmente, serão explicados os conceitos de trabalho, empregado e empregador, relação de emprego e os requisitos para ser considerado empregado na finalidade de facilitar o entendimento do assunto trabalhado.

Depois, será tecido um breve histórico da mulher no âmbito do mercado de trabalho, evidenciando que a presença da problemática já citada decorre de um longo período de tempo sendo executada socialmente sem a devida punição.

Nos próximos capítulos serão tratadas das discriminações que a mulher sofre no ambiente laboral, e quais são as proteções existentes na atualidade em relação aos casos de discriminação da mulher no ambiente laboral tanto em relação à entrada quanto a permanência da mesma em determinada empresa, ou seja, como se dá a proteção ao trabalho feminino tanto no âmbito pré-contratual como no período contratual efetivo.

Logo após, encontra-se o cerne da discussão onde será analisada como se dará a reparação dos danos em decorrência da prática da discriminação contra a mulher, ou seja, se há possibilidade de indenização nestes casos e havendo como será realizada, além de haver jurisprudências pertinentes ao tema.

## NOÇÕES CONCEITUAIS

Inicialmente faz-se necessário compreender o que é efetivamente trabalho, a palavra como elucidada Cristiano Bodart (2010) deriva do vocabulário latino “Tripallium” que era um instrumento de tortura formado por três paus, assim seja, trabalho originalmente significava ser torturado, sentir dor, sofrimento e esse conceito acompanhou a palavra por quase todo o período da idade média.

Mas não se limita apenas a essa definição existem vários autores que trazem conceitos próprios do que seria o trabalho, portanto, evidencia-se a noção conceitual do seguinte doutrinador

Na antiguidade e idade média o trabalho era visto como um castigo dos deuses, já na atualidade nasceu uma nova concepção da situação a qual o trabalho passou a ser visto como um direito, um dever, direito-dever ou, ainda, como um valor fundante das sociedades políticas. (NASCIMENTO, 2014, p.227).

Necessário elucidar que o trabalho é inevitável, sempre estará presente em nossa sociedade e mesmo que historicamente ele já tenha sido visto como tortura, atualmente esta mentalidade encontra-se ultrapassada, pois, como Max Weber (1864-1920) considerado um dos fundadores da sociologia, dispõe “o trabalho dignifica o homem”.

Em uma visão mais contemporânea o trabalho é conceituado segundo Carla Teresa Martins Romar (2018, p. 35) como “toda e qualquer forma de prestação de serviço de uma pessoa física a outrem (trabalho autônomo, trabalho eventual, trabalho voluntário, etc.)”. Portanto, evidente a mudança que o tempo trouxe em relação ao assunto supracitado, afinal, onde antes o serviço era visto como instrumento de tortura, agora o mesmo passa a ser protegido, já que o trabalhador é visto como a parte mais fraca da relação jurídica.

Compreendidas as noções conceituais iniciais sobre o que vem a ser trabalho é deveras importante compreender quem é o empregado e o empregador, para dar continuidade à temática onde os mesmos serão os protagonistas da problemática discutida.

### **A relação de emprego: empregado e empregador**

Partindo das explicitações citadas faz-se necessário especificar o que seria uma relação de emprego, já que trabalho estaria caminhando lado a lado com esta definição ao qual se especifica que

Relação de emprego é um contrato, cujo conteúdo mínimo é a lei, possuindo como sujeitos, de um lado, o empregado (pessoa natural), que presta serviço, e, de outro lado, o empregador, em função de quem os serviços são prestados de forma subordinada, habitual e mediante salário. (NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 334)

Sendo dentro desta relação de emprego que se localiza o trabalho, mas não se limita apenas a isso, dentro da relação supracitada há duas figuras extremamente importantes as quais são: o empregador e o empregado, suas definições encontram-se localizadas no artigo 2º e 3º da CLT sendo evidentes a seguir

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (BRASIL, 1943)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943)

Ademais, para que o trabalhador seja considerado empregado sendo ele urbano ou rural é necessário que ele esteja adequado a alguns requisitos como: pessoalidade; subordinação; onerosidade; não eventualidade; o empregado não corre o risco do empreendimento, estes serão melhor explicados nos próximos parágrafos.

A pessoalidade delimita o fato ao qual o empregado que foi contratado para determinada função é o que deverá executar o serviço, sendo assim o contrato de trabalho é visto como intransmissível, ou seja, ele não poderá mandar, por exemplo, um familiar o substituir em sua função por qualquer que seja o motivo (CASSAR, 2017).

Com relação à subordinação a mesma decorre do empregador em relação ao seu empregado, onde

De um lado, o empregador exerce o poder diretivo, do qual decorre o poder de direcionar objetivamente a forma pela qual a energia de trabalho do obreiro será disponibilizada. Por sua vez, cabe ao empregado se submeter a tais ordens, donde nasce a subordinação jurídica. A contraposição à subordinação é a autonomia. Quem é subordinado não trabalha por conta própria, não é senhor do destino de sua energia de trabalho. (RESENDE, 2020, p. 218)

Outro requisito bastante conhecido é o da onerosidade que pode ser explicado de forma bem simples, de um lado existe o empregado fornecendo sua força de trabalho e da outra parte, no caso seu empregador surgirá à obrigação de fornecer a remuneração pelo serviço realizado.

Também há o requisito da não eventualidade para o trabalhador ser considerado empregado, o mesmo é mais reconhecido pelo termo habitualidade, que pode ser entendido como

Empregado é um trabalhador que presta serviços continuamente, ou seja, serviços não eventuais. Portanto, na relação de emprego, a prestação de serviço é habitual, repetitiva, rotineira. As obrigações das partes se prolongam no tempo, com efeitos contínuos. O trabalho deve, portanto, ser não eventual, o que significa dizer que o empregado se obriga a prestar serviços com continuidade. (ROMAR, 2018, p. 132).

O último requisito necessário é o fator de que empregado não corre o risco do empreendimento, como Luciano Martinez esclarece (2019, p. 258) “o empregado não assume os riscos da atividade desenvolvida pelo empregador, estando alheio a qualquer dificuldade financeira ou econômica deste ou do seu empreendimento”. Notável o fato de que se faltar algum dos requisitos não será considerado empregado. Tendo especificado toda a noção conceitual necessária passa-se a explicar todo o contexto histórico da discriminação que o sexo feminino passou e que ainda se faz presente no ambiente laboral.

## **HISTÓRICO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO**

É deveras importante antes de se adentrar nas questões efetivamente trabalhistas da temática trazer a relação histórica da mulher no ambiente de trabalho evidenciando o fato de que desde a antiguidade o sexo feminino já se encontrava em uma posição que era discriminada.

Afinal, como elucida o autor Marco César Pellegrini (2009) as mulheres começaram a ganhar espaço efetivamente no mercado de trabalho apenas a partir da 1º guerra mundial, e isso só ocorreu devido ao grande número de deslocamento dos homens para os campos de

batalha o que fez surgir à necessidade das mulheres se unirem e começarem a trabalhar fora de seus lares. Ademais, aquelas que moravam na área rural ficavam responsáveis pela produção agrícola, enquanto as que moravam na cidade passaram a ingressar no setor de transportes, e como amplamente é conhecido no setor industrial, além daquelas que foram para os campos de batalha fornecer auxílio como enfermeiras, cozinheiras.

O fato decorrente é que depois do período conflituoso com os soldados voltando para suas casas às mulheres acabaram por deixar os ditos trabalhos masculinos, porém esse período deu um auxílio em termos de maior liberdade feminina, como diria Maquiavel (1469-1527) uma mudança deixa sempre patamares para uma nova mudança, assim seria impossível voltar ao Status quo ante Bellum. Decorrente desta maior liberdade o sexo feminino teve a oportunidade de obter mais conquistas, como exemplos citam-se a independência financeira feminina e a legalização do voto feminino ao qual no Brasil só ocorreu em 1933.

Também o autor Marco César Pellegrini (2009) ensina que apesar das inúmeras conquistas femininas a época, como a possibilidade de estarem nos espaços de trabalho nas indústrias, as condições de vida dos trabalhadores nestas eram extremamente precárias na época, contando com jornadas de trabalhos extenuantes de até 16 horas diárias, não havendo regulamentação das condições de higiene muito menos de segurança no trabalho, o interior das fábricas era insalubre, sem ventilação ou iluminações adequadas, também não existia nenhum tipo de assistência ao trabalhador como licença-saúde ou licença-maternidade e para completar a problemática no caso do sexo feminino mesmo que desenvolvessem atividades idênticas a dos homens as mulheres ainda recebiam salários menores, entre outros fatores evidenciando a discriminação das mesmas.

Mesmo na época da 1º guerra mundial já havia a luta pelos ideais de igualdade e de um trabalho mais digno para as mulheres, em vários países já existiam legislações proibitivas sobre o trabalho da mulher, mesmo que elas ainda fossem abusivas é inegável que já podiam ser consideradas evoluções para a época, como citado abaixo

Na Inglaterra, o Coal Mining Act (1842) proibiu o trabalho de mulheres em subterrâneo; o Factory Act (1844) limitou o trabalho da mulher em 12 horas, proibindo-o no período noturno; o Factory and Workshop Act (1878) vedou a utilização de mulheres em trabalhos perigosos e insalubres. (NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1123).

Já na França as mudanças foram as seguintes

Houve a proibição do trabalho das mulheres em minas e pedreiras, além da proibição quanto ao trabalho noturno, desde que menores de 21 anos de idade (1874); a limitação da jornada das mulheres em 11 horas (1892); a imposição aos proprietários de estabelecimentos comerciais da obrigação de aparelhá-los com cadeiras para as mulheres (1900); o repouso não remunerado de 8 semanas para as mulheres grávidas, com a proibição de carregar objetos pesados (1909); a interdição do trabalho das mulheres nas partes exteriores das lojas (1913). (NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1123).

Outrossim, apesar de terem se passado quase cem anos desde aquela época ainda se mantem a mesma problemática em vigor, mesmo as mulheres tendo conquistado mais espaço no mercado de trabalho, ocupando até mesmo cargos que antes já foram predominantemente masculinos e exercendo exatamente as mesmas funções elas ainda passam por uma visível discriminação existente por diversos fatores que serão elucidados ao longo do estudo.

## A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO AMBIENTE LABORAL

Inicialmente, antes de passar as explanações dos tipos de discriminação que ocorrem à mulher no ambiente laboral, faz-se necessário evidenciar uma diferença que causa certa confusão para algumas pessoas, apesar de muitos indivíduos pensarem que discriminação e preconceito possuem os mesmos significados, a realidade difere como elucidado abaixo

Etimologicamente, preconceito significa conceito ou opinião formados antecipadamente, ideia preconcebida, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, convicções, religiões etc. Discriminação significa distinguir, diferenciar, segregar, dar preferência. Preconceito é uma concepção interior. Discriminação é a exteriorização do preconceito, sendo, por essa razão, objeto de tratamento pela ordem jurídica. (ROMAR, 2018, p. 792).

Outra definição de discriminação vem elencada pela Convenção 111 da OIT, esta explica o assunto em um plano internacional segundo a qual discriminação compreende

Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. (OIT, 1958)

Ou ainda

Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (OIT, 1958)

Deste modo, nota-se que o foco central da temática será a discriminação, ou seja, aquelas situações em que os seres humanos exteriorizam os seus preconceitos, de modo que passam a interferir na vida de outro ser humano prejudicando-o de alguma maneira, surgindo à necessidade de indenização, no caso em voga especificamente as mulheres alvos de discriminação no ambiente de trabalho.

Ademais, deveras importante salientar que nem todo comportamento necessariamente é considerado discriminatório, pois, apesar do artigo 5º da Constituição Federal evidenciar a igualdade como disposto logo abaixo na citação, juridicamente é reconhecido que há possibilidade de tratamento desigual sem que isso implique em uma violência a isonomia, desde que tenha fundamentação na legislação, exemplo disso, é o fato de existir distinção entre homens e mulheres quando o trabalho demanda força física, inegavelmente a mulher é mais “frágil” que os homens no quesito força muscular, daí a necessidade de existir tratamento igual aos que tem as mesmas condições, sendo possível ter-se critérios de proteção distintos para os indivíduos que tem condições desiguais entre si, pode-se citar aqui também a questão das mulheres conseguirem obter a aposentadoria com uma idade menor que os homens, esse tipo de situação é um reconhecimento da existência de uma igualdade mitigada, como evidencia Carla Teresa Martins Romar (2018) e o próprio artigo 5º da CF.

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

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988)

Portanto, sendo evidente o fato de que homens e mulheres têm suas diferenças torna-se

inegável que podem ocorrer discriminações de gênero no âmbito laboral, assim é necessário que os legisladores de nosso país atuem protetivamente para tornar o ambiente de trabalho o mais igualitário possível.

Ademais, a discriminação no trabalho não é restrita a um período específico, ela é passível de ocorrência tanto no âmbito pré-contratual, como também no período contratual efetivo, que serão explicitadas abaixo.

## **Proteções ao trabalho feminino: âmbito pré-contratual e contratual efetivo**

A discriminação que ocorre no âmbito pré-contratual ou também chamado de discriminação que ocorre no ato da contratação é aquela que acontece

No momento da formação da relação de emprego, poderá o empregador praticar ato discriminatório, por exemplo, publicação de anúncios com exigências discriminatórias ou a exigência, para a contratação de mulheres, de entrega de atestado de esterilização ou que comprove que não está grávida. (ROMAR, 2018, p. 793)

Assim seja, será considerado ato discriminatório aquele que a mulher sofre antes mesmo de iniciar a relação empregatícia, seja pelo motivo de sexo, idade, cor ou até mesmo estado civil.

Outrossim, a questão da proteção ao trabalho feminino também estará envolvendo a necessidade de oferecimento de oportunidades de acesso ao trabalho mais igualitárias, para tanto tem-se a lei nº 9.029/95, mais precisamente art. 1º o qual estipula o seguinte fato

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (BRASIL, 1995)

Além disso, há algumas proteções específicas ao âmbito pré-contratual que estão elencadas ao longo da CLT e da lei supracitada, as quais pode-se citar o artigo 2º, I e a explanação de Luciano Martinez (2019, p. 1420) a qual elucida que há “Criminalização da exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo á esterilização ou a estado de gravidez”. Assim seja, evidente que é proibido a prática de testes/exames no momento da contratação da empregada do sexo feminino, durante sua permanência no serviço ou até no momento da rescisão do contrato de trabalho conforme artigo 391, caput da CLT

Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. (BRASIL, 1943)

Outra vedação existente é aquela disposta no artigo 373-A, I da CLT segundo o mesmo

Art. 373-A - Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei n. 9.799, de 26.5.1999)

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei n. 9.799, de 26.5.1999) (BRASIL, 1943)

Além disso, segundo o artigo 373-A, III da CLT também é vedado

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afe-

tam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999).

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). (BRASIL, 1943)

Deste modo, é definido que seja o empregado homem ou mulher, se estiverem no exercício respectivo das mesmas funções, os mesmos, possuem o direito de receberem salários igualitários e oportunidades de ascensão profissional, ademais, existem várias outras proteções utilizadas às mulheres no âmbito pré-contratual, porém, não serão citadas por se tratar de rol deveras amplo.

Importante ressaltar o que nos diz Luciano Martinez (2019, p. 1421) a respeito do assunto, “a atuação patronal contrária a essas vedações implicará a nulidade do ato infringente, a produção dos efeitos que se pretendeu obstar e, se for o caso, a apuração de perdas e danos materiais e imateriais”.

Seguindo-se ao âmbito de proteção contratual efetivo, ou seja, quando já se formalizou a existência do contrato fica evidente que mesmo já tendo tido o início do período contratual não se deve descuidar da situação da discriminação já que também há possibilidade da existência desta prática durante este período, apenas será realizada de maneira diferente do âmbito pré-contratual, sendo importante seguir os métodos de proteção legislativamente vigentes.

Alguns métodos de proteção são citados no artigo 389 da CLT

Art. 389 - Toda empresa é obrigada: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

I - A prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

II - A instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

III - A instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

IV - A fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho. (.....) (BRASIL, 1943).

Outro método de proteção ao trabalho feminino existente no âmbito contratual efetivo faz referência à questão do uso da força muscular, afinal, é inegável que a mulher possui uma força menor que o homem, essa delimitação decorre do artigo 390 da Consolidação das Leis do Trabalho que evidencia

Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. (BRASIL, 1943)

Quanto à questão de revistas íntimas em caso de suspeita que determinada empregada esteja em posse de algo que não lhe pertence, não há possibilidade de efetivar a busca e apreensão pessoal já que o próprio artigo 373-A da CLT proibiu esta prática.

Além disso, uma das proteções ao trabalho feminino deveras importante é aquela que traz amparo em um momento tão delicado na vida da mulher qual seja o período gestacional, o qual vem descrito no artigo 6º da constituição federal. Afinal, a mulher tem direito a estabilidade no emprego, a dispensa do horário de trabalho para realizar as consultas no médico e exames necessários, etc...

Ademais, a estabilidade segundo Luciano Martinez (2019, p. 1429) vem descrita sob o “artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

A empregada também pode ser transferida de função se sua saúde necessitar, esta é uma forma de garantir a própria segurança da mãe e da futura vida que está sendo gerada. Ela pode voltar à função antiga se o risco a sua segurança desaparecer. Importante evidenciar que existem várias outras disposições protetivas a mulher em período gestacional, porém não serão abordadas devido ser um rol extremamente longo.

Além disso, a discriminação que ocorre no ambiente laboral ainda pode se manifestar de forma direta ou indireta, a primeira como explícita Igor Pereira (2022) é intencional. Ela ocorre existindo atos e normas que estejam estigmatizando outro indivíduo seja limitando seus direitos existentes ou os excluindo totalmente. Assim seja, uma discriminação explícita, que pode ser percebida facilmente.

Já a discriminação indireta é definida segundo Carolina Hirata (2020) como a discriminação que decorre de uma norma que tem aparência neutra, mas quando é aplicada ela gera discriminação. Assim, seria a discriminação que provém de uma medida pública ou privada que tem a intenção de ser neutra, mas que, na aplicação prática acaba por desfavorecer determinado grupo considerado vulnerável.

Portanto, trata-se de uma situação que muitas vezes é de difícil constatação, já que ocorre de maneira não intencional. Assim seja, uma prática que visa ser neutra, promovendo igualdade, mas que na realidade acaba provocando a desigualdade.

Tendo sido elucidado todo o âmbito da discriminação e as formas de proteção do trabalho feminino, faz-se necessário compreender como irá ocorrer a indenização uma vez que a prática discriminatória for constatada.

## **INDENIZAÇÃO EM CASOS DE DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO**

Com a constatação do ato discriminatório contra a empregada mulher, urge à necessidade da reparação do dano causado que será realizado através de indenização pecuniária pelo seu empregador, ou seu pretense empregador nos casos de a problemática ocorrer antes mesmo de se iniciar o contrato empregatício.

No caso de a discriminação ser feita no âmbito pré-contratual como foi citado acima é possível citar a seguinte jurisprudência como exemplo, na mesma à empregada teria sido aprovada em processo seletivo, porém, o empregador impediu a candidata de assumir o cargo dando sua vaga a outro candidato que não estase em situação “incapacitante”, referência ao estado de gestante da autora, evidenciado a discriminação sofrida pela mesma, no caso o réu teria interposto recurso ordinário ao qual foi negado devido aos fatos supracitados, o valor indenizatório final por danos morais foi de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO. APROVAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO PARA CADASTRO RESERVA. NÃO ADMISSÃO DA TRABALHADORA PORQUE SE ENCONTRAVA GRÁVIDA, SENDO CONSIDERADA INCAPAZ E INAPTA AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LABORAL EM RAZÃO DE SEU ESTADO GESTACIONAL. DISCRIMINAÇÃO. PERSPECTIVA DE GÊNERO. CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES - CEDAW) E CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ). ATO ATENTATÓRIO À LIBERDADE E DIGNIDADE DA MULHER. MANUTENÇÃO. 1. Posição privilegiada do empregador, como sujeito de direito, no contexto de uma sociedade essencialmente capitalista, que impõe a análise da questão sob uma perspectiva de gênero. Discriminação invisibilizada da mulher proveniente não apenas do conteúdo legislativo formal, mas da estrutura cultural da sociedade que perpetua a exclusão da mulher do sistema de justiça. 2. Os valores que subjazem a questão em apreciação, correspondentes aos Direitos Humanos das mulheres, especialmente das mulheres grávidas, contra todas as formas de discriminação, demandam contextualização distinta do caso. 3. A perspectiva de gênero, nas hipóteses de discriminação contra a mulher, especialmente a mulher grávida, implica inversão do ônus probatório, atribuindo ao empregador a prova de que a diferença de tratamento dispensado à trabalhadora grávida se encontra justificada. 4. Não se desonerando o empregador dessa prova, e restando evidenciada a prática de ato discriminatório pelo réu, que impediu candidata grávida, aprovada em processo seletivo, de assumir o cargo para o qual selecionada, cedendo sua vaga a outro candidato em condições diversas e supostamente “não incapacitantes”, cumpre manter a sentença que deferiu as indenizações por danos morais e materiais. (TRT-4 - ROT: 00208791320195040006, Data de Julgamento: 13/07/2021, 8ª Turma)

A indenização pecuniária possui cunho compensatório, ou seja, tem o objetivo de reparar o dano causado fazendo com que a vítima consiga ficar o mais próximo do status quo ante a existência da problemática. Essa indenização será arbitrada segundo Carla Teresa Martins Romar (2018, p. 799) “em valor a ser arbitrado pelo juiz do trabalho com vistas a não gerar enriquecimento sem causa da vítima, mas assegurando o caráter pedagógico da punição a quem gerou o dano”. Assim, o juiz deve se utilizar do princípio da razoabilidade, urge a necessidade de verificar a condição econômica da empresa, auferir qual foi a gravidade do dano causado a trabalhadora, além de sua condição econômica para chegar a um valor razoável de indenização para compensar o dano gerado.

Efetivamente na legislação vigente existem alguns artigos específicos que tratam a respeito da questão indenizatória, assim preconiza a legislação brasileira no código civil de 2002, mais precisamente em seu artigo 186 que traz a seguinte redação

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

Portanto, levando-se em conta os ensinamentos do excelentíssimo doutrinador Flávio Tartuce (2021, p. 791) e o artigo supracitado “percebe-se que o ato ilícito relacionado ao dever de indenizar constitui uma soma entre lesão de direitos e dano causado”. Logo, se um empregador praticar ato discriminatório contra empregada seja no ato da contratação ou até mesmo durante

a vigência do emprego sendo este voluntário ou não, será considerado ato ilícito.

Deste modo em consequência do dano nasce o direito a reparação integral, assim depois de ser indenizada, conforme preconiza a lei 9.029/95 há duas penalidades em caso de ocorrência de rompimento de contrato de trabalho devido a práticas discriminatórias, ao qual a empregada ofendida pode optar entre pedir a reintegração no emprego tendo ressarcimento integral do período em que ficou afastada, com pagamento da remuneração devida, ou ainda receber em dobro, a remuneração do período em que estava afastada, ambos os casos corrigidos monetariamente e com juros legais conforme apresenta o artigo 4º da lei supracitada.

Na ocorrência citada no parágrafo anterior à empregada mulher recusou a sua reintegração no local em que sofreu o ato discriminatório, nesta situação como o artigo supracitado explica a reparação está relacionada ao dano material sofrido pela empregada do sexo feminino, portanto, trata-se de indenização reparatória.

Mas a reparação não é restrita a danos apenas materiais, também existe a possibilidade de a vítima ser indenizada por danos morais, o qual, nas palavras do excelentíssimo doutrinador Amauri Mascaro Nascimento (2020, p. 940) “o dano moral afeta a personalidade do indivíduo, ofendendo a moral e a dignidade da pessoa. A doutrina majoritária tem defendido que o prejuízo moral é provado *in re ipsa*, ou seja, pela força dos próprios fatos.” Em relação ao prejuízo moral sendo provado *in re ipsa* relaciona-se ao fator de que em ocorrência de dano moral, diferentemente do que acontece com danos materiais que necessita de provas, ele se comprova pela própria discriminação realizada, logo nasce à pretensão da vítima a fixação de uma indenização compensatória.

Ademais, quanto a indenização segundo Menezes *et al.* (2009) a reparação integral vai abranger o dano emergente e os lucros cessantes, sendo o último denominado como o que a vítima efetivamente perdeu, em outras palavras o que deixou de lucrar é o disposto no artigo 402 do código civil.

Como exemplo de ocorrência de dano moral pode-se citar a não contratação de uma empregada pelo simples fato de ser mulher, ou ainda, pelo fato de a empregada estar grávida. A situação descrita no exemplo é um ato de preconceito que estará atingindo a honra e a imagem da trabalhadora.

Outra situação de ocorrência de dano moral é citada na seguinte jurisprudência onde se evidencia um caso de indenização a mulher devido ao fato da mesma ter sofrido assédio moral, com conotação sexual e discriminação de gênero de seu superior hierárquico, o mesmo prestava tratamento diferenciado entre homens e mulheres no mesmo serviço, além de xingar a recorrente na presença de clientes, desligar elevadores, desligar as luzes da mesa de atendimento da Recorrente, independentemente de estar em atendimento ou não no momento, entre outras condutas ilícitas. Trata-se de recurso ordinário com provimento parcial em que a autora foi indenizada por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Constatado pela prova dos autos que a reclamante sofreu assédio moral, inclusive com conotação sexual e discriminação por gênero, por parte de seu superior hierárquico, dá-se provimento parcial ao seu recurso para condenar os reclamados ao pagamento de indenização correspondente. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0000789-18.2010.5.03.0138 RO; Data de Publicação: 04/04/2011; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Convocado Marcio Jose Zebende; Revisor: Convocado Vitor Salino de Moura Eca)

Outro caso de discriminação da mulher no mercado laboral é o do próximo julgado onde a ré do caso não prestou socorro à autora que estava gestante e sofreu um aborto espontâneo durante a jornada de trabalho, o recurso da autora foi provido e houve fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

PERSPECTIVA DE GÊNERO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRABALHADORA GESTANTE. ABORTO ESPONTÂNEO DURANTE A JORNADA DE TRABALHO SEM A PRESTAÇÃO DE ATENDIMENTO DE URGÊNCIA À TRABALHADORA. CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES - CEDAW) E CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ).

1. Posição privilegiada do empregador, como sujeito de direito, no contexto de uma sociedade essencialmente capitalista, que impõe a análise da questão sob uma perspectiva de gênero. Discriminação invisibilizada da mulher proveniente não apenas do conteúdo legislativo formal, mas da estrutura cultural da sociedade que perpetua a exclusão da mulher do sistema de justiça. 2. Os valores que subjazem a questão em apreciação, correspondentes aos Direitos Humanos das mulheres, especialmente das mulheres grávidas, contra todas as formas de discriminação, demandam contextualização distinta do caso. 3. Ilícitude perpetrada pela ré ao não prestar socorro à trabalhadora (gestante e com sangramento), durante episódio de aborto espontâneo ocorrido durante a jornada de trabalho. 4. Sofrimento e abalo emocional resultantes da situação em foco mais do que evidentes, que dispensam a prova de sua efetividade, pois o dano moral é definido, pela legislação, ilícito de ação, e não de resultado, de modo que o dano se esgota em si mesmo (na ação do ofensor) e dispensa a prova do resultado. Clara violação da dignidade humana e descumprimento da função social da propriedade. Recurso da autora provido, no item.

(TRT-4 - ROT: 00212996720195040701, Data de Julgamento: 07/06/2022, 8ª Turma)

Ademais, importante salientar que a discriminação contra a empregada constitui crime conforme lei 9.029/95, em especial artigo 2º que especifica que a punição é de detenção de 1 a 2 anos e multa. O referido artigo também evidencia quem são os sujeitos que podem praticar o referido delito que são os seguintes

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - A exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - A adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - A pessoa física empregadora;

II - O representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - O dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 1995)

Portanto, ato ilícito e dever de indenizar estão amplamente conectados como pressupõe o artigo 927 do código civil vigente ao qual prevê

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Deste modo em casos de ocorrência de dispensa arbitrária, ou seja, dispensa que o empregador fornece ao seu empregado sem justa causa, como por questões de discriminação de cor, ou ainda gênero que é o objetivo principal do trabalho científico, como elucida Junior Barreto dos Reis e Ilton Garcia da Costa (2015, p. 334) se “em razão do dano que causa ao trabalhador, configura um ato ilícito praticado pelo empregador, dessa forma, subsidiariamente, aplica-se o art. 927 do código civil, que prevê que aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Portanto, como já foi bastante frisado, e também segundo os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento (2020, p. 942) “a indenização visa não só à compensação pela dor sofrida, mas também serve como medida pedagógica, passível de desestimular a empresa à prática de atos que atentem contra a dignidade do trabalhador.” Deste modo, torna-se o objetivo principal da indenização, compensar o sofrimento da empregada alvo da discriminação, e também se evitar que o empregador torne a praticar o ato delitivo, tornando o ambiente laboral mais seguro.

Ademais, quanto à valoração monetária prestada pela indenização a vítima, será levado em conta o que consta no artigo 944 do código civil, mais especificamente em seu caput que evidencia

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

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (BRASIL, 2002)

Portanto, levando-se em conta o artigo supracitado é evidente que a indenização se mede pela extensão do dano, logo é perceptível que quanto maior for o dano causado com a discriminação contra a empregada mulher, maior será o valor monetário para indenização, objetivando que a vítima volte o mais próximo do que era sua vida antes do ato discriminatório.

Por fim, tendo-se compreendido o processo de como se dará a indenização compensatória a empregada vítima de discriminação, passa-se as considerações finais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as explicações tornou-se evidente que a mulher precisou superar diversos obstáculos que lhe foram impostos através do tempo, buscando melhores condições de trabalho e lutando sempre para conquistar seu espaço no mercado laboral, luta esta que durou um longo período, afinal o sexo feminino só começou a ganhar espaço no mercado de trabalho a partir da 1º guerra mundial e de lá para cá uma situação que lamentavelmente acompanha as trabalhadoras é a discriminação.

A discriminação como já foi bastante frisada pode se dar de diversas maneiras tanto em âmbito pré-contratual com publicações de vagas de emprego com requisitos discriminatórios, como exemplo cita-se o requerimento de um atestado comprovando que não está grávida, quan-

to no período contratual efetivo cita-se aqui dispensa sem justa causa de empregada gestante entre outros vários exemplos passíveis de serem citados. Além disso, ela pode ser direta nos casos em que foi intencional o ato discriminatório ou ainda pode ser indireta, quando o autor do ato ilícito pratica o crime de maneira não intencional.

É perceptível que existe atualmente um arcabouço normativo vigente de proteção contra a discriminação no âmbito laboral bem considerável, porém, também é evidente que a problemática evidenciada ainda é uma realidade do Brasil, portanto, é necessário que essa situação seja rompida por meio da conscientização de que as práticas discriminatórias são erradas.

E outra forma possível de romper esse paradigma é através de indenizações, afinal, no Brasil é notável o fato de que os cidadãos só obedecem às normativas corretamente se as mesmas ameaçarem o seu “bolso”. Portanto, a partir do momento que há a constatação de existência de ato discriminatório no trabalho contra o sexo feminino, nasce o direito de a empregada ter o dano reparado através da indenização.

Essa indenização deverá ter um caráter pedagógico a fim de fazer com que o autor da infração não volte a praticá-la novamente. Podendo a mesma ser por danos materiais que necessita de provas ou morais sendo provada *in re ipsa*.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho. 1943.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: 1988.

BRASIL. Lei 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. 1995.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil.

BRASIL. TRT da 3.<sup>a</sup> Região; Processo: 0000789-18.2010.5.03.0138 RO; Data de Publicação: 04/04/2011; Órgão Julgador: Terceira Turma; Recorrente: Flaviane Andréa Brandão De Souza Santos. Réu: Banco Bradesco S.A e Outros. Relator: Convocado Marcio Jose Zebende; Revisor: Convocado Vitor Salino de Moura Eca. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2554>. Acesso em: 20-03-2023.

BRASIL. TRT-4 - ROT: 00208791320195040006, Data de Julgamento: 13/07/2021, 8<sup>a</sup> Turma. Autor: Nayara Nascimento Da Silva. Réu: Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. Relator: Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-4/1246598609/inteiro-teor-1246598619>. Acesso em: 20-03-2023.

BRASIL. TRT-4 - ROT: 00212996720195040701, Data de Julgamento: 07/06/2022, 8<sup>a</sup> Turma. Recorrente: Ana Paula Castro Quinhones. Recorrido: Xavier Alimentos Eireli-EPP. Relator: Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-4/1533677153>> Acesso em: 21-03-2023.

BODART, Cristiano. Origem da palavra trabalho, 2010. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/>

origem-da-palavra-trabalho/> Acesso em: 29-08-2022.

DOS REIS, Junior Barreto; DA COSTA, Ilton Garcia. Direito ao trabalho como fator de inclusão social: proibição da despedida arbitrária e discriminatória. Revista Jurídica, vol.4, 2015. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1460/995>> Acesso em: 21-03-2023.

<https://unitau.br/noticias/detalhes/4862/forum-de-extensao-aborda-a-importancia-do-trabalho-na-formacao-do-individuo/>> Acesso em 15-03-2023.

<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3514>> Acesso em: 16-03-2023.

HIRATA, Carolina. Discriminação indireta ou discriminação por impacto adverso, 2020. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/discriminacao-indireta-ou-discriminacao-por-impacto-adverso/#:~:text=para%20que%20se%20caracterize%20a,do%20conte%20C3%BAdo%20do%20ato%20discriminat%20C3%B3ria.>> Acesso em: 22-02-2023.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. Direito do trabalho/ Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. - 9. Ed. –São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho/ Luciano Martinez. - 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; CALVET, Otávio Amaral; SIVOLELLA, Roberta Ferme. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. Revista do Tribunal regional 3º região de Belo Horizonte, jul/dez 2009. Disponível em: <[https://as1.trt3.jus.br/bdtrt3/bitstream/handle/11103/27241/claudio\\_menezes\\_e\\_claudia\\_lopes\\_e\\_otavio\\_calvet\\_e\\_roberta\\_sivolella.pdf?sequence=1](https://as1.trt3.jus.br/bdtrt3/bitstream/handle/11103/27241/claudio_menezes_e_claudia_lopes_e_otavio_calvet_e_roberta_sivolella.pdf?sequence=1)> Acesso em: 22-03-2023.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, curso de direito do trabalho. 29º Ed. Saraiva Educação, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção 111. Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235325/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm). Acesso em: 01-04-2023.

PELLEGRINI, Marco César. Vontade de saber história, 9º ano/ Marco César Pellegrini, Adriana Machado Dias, Keila Grinberg. – 1. Ed. – São Paulo: FTD, 2009. – (Coleção vontade de saber).

PEREIRA, Igor. O que é discriminação direta e indireta, 2022. Disponível em: <<https://direitonovo.com/justica/direito-constitucional/o-que-e-discriminacao-direta-e-indireta/>> Acesso em: 22-02-2023.

REDAÇÃO. Frase do dia: Maquiavel, 2022. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/pilulas-de-sabedoria/frase-do-dia-maquiavel-2/>> Acesso em: 11-01-2023.

RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho/ Ricardo Resende.– 8. Ed.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho/ Carla Teresa Martins Romar; coordenador Pedro Lenza.-5. Ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado).

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce. – 11. Ed. – Rio de Janeiro, Forense; editora método, 2021.



# O uso da constelação familiar pelo poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais da família

## The use of the family constellation by the judiciary power in the defense of fundamental family rights

---

Leandro Cardoso Nascimento

*Graduando em Bacharel de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS*

Silvaney Ribeiro Moura

*Graduando em Bacharel de Direito pelo Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS*

Karla Késsia de Lima Pereira

*Orientadora, Professora Especialista. Graduada pela FACIMP- Faculdade de Imperatriz. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Facibra- Faculdade de Ciências de Wenceslau Braz*

Kamila Soares Leal

*Professora Colaboradora: Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Exerce à Docência no Ensino Superior desde 2015*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.2

## RESUMO

Atualmente observa-se uma gradativa procura pelo poder judiciário, com objetivos diversos e a busca da tutela jurisdicional dos interesses pessoais, principalmente na vara de família. Em virtude disso, tem gerado a todo momento, um aumento de processos, e a falta de celeridade de suas soluções, evidencia-se a todo momento a busca por alternativas de outros métodos e técnicas que possam contribuir com a solução desses conflitos. O método das Constelações Familiares, a cada dia, ganha uma maior visibilidade e atenção. Assim surge uma indagação de como o método das Constelações Familiares podem ser utilizadas pelo poder Judiciário para garantia dos direitos fundamentais da família. Assim, objetiva-se analisar a eficiência do método psicoterápico da Constelação Familiar no resguardo da harmonia e nas garantias fundamentais das famílias, assim, nesta perspectiva e através da realização de um método de pesquisa bibliográfica, com uma abordagem descritiva dos diversos referenciais teóricos a respeito da temática em questão. Desta forma, conclui-se que o referido método, vem sendo aprimorado, conhecido, estudado e aplicado em alguns Tribunais de Justiça, permitindo que o Judiciário possa minimizar o excesso de conflitos processuais, e ainda favorecer aos assistidos, uma solução harmônica e autocompositiva.

**Palavras-chave:** conflitos. família. constelação familiar. judiciário. Bert Hellinger.

## ABSTRACT

Currently, there is a gradual search for the judiciary, with different objectives and the search for judicial protection of personal interests, mainly in the family court. As a result, it has generated at all times, an increase in lawsuits, and the lack of speed of its solutions, it is evident at all times the search for alternatives of other methods and techniques that can contribute to the solution of these conflicts. The method of family constellations, every day, gains greater visibility and attention. Thus, a question arises as to how the method of Family Constellations can be used by the Judiciary to guarantee the fundamental rights of the family. Thus, the objective is to analyze the efficiency of the psychotherapeutic method of the Family Constellation in the protection of harmony and in the fundamental guarantees of the families, thus, in this perspective and through the accomplishment of a bibliographical research method, with a descriptive approach of the diverse theoretical references regarding of the topic in question. In this way, it is concluded that the aforementioned method has been improved, known, studied and applied in some Courts of Justice, allowing the Judiciary to minimize the excess of procedural conflicts, and also to favor the assisted, a harmonic and self-compositing solution.

**Keywords:** conflicts. family. family constellation. judiciary. Bert Hellinger.

## INTRODUÇÃO

O Homem está inserido em um contexto social essencialmente conflituoso, e marcado por conflitos individuais ou coletivos, onde o Poder Judiciário tornou-se a principal alternativa para resolução de demandas sociais. Seguindo essa máxima, sob o ditame da defesa de garantias individuais e fundamentais do cidadão, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, tipifica que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal

inciso refere-se ao princípio da legalidade, preceito basilar do Estado de Direito, que defende a intervenção do poder judiciário nos casos em que a pessoa se sentir com seu direito ameaçado ou lesado, de aplicar o direito ao caso concreto no exercício da jurisdição (MACHADO; FERRAZ, 2018).

Assim, as problemáticas judiciais da sociedade, e o excesso de processos e a falta de celeridade, aliada com insatisfação com os resultados dos julgados no que se refere as resoluções de conflitos, e, em consequência disso, o interesse das pessoas por mecanismos que possam auxiliar o Poder Judiciário, objetivando a diminuição da sobrecarga do sistema jurídico.

Nesse cenário, importante se faz destacar que a incapacidade do Poder Judiciário em julgar e processar toda a demanda que lhe é apresentada, há tempos, é um problema que atormenta todos os juristas. Sua estrutura de servidores não é compatível com o número de ações que lhe é ingressado, o que resulta num grande engessamento e acumulação de processos (STORCH, 2021). Nesse sentido, para minimizar esse problema, sabe-se que a legislação brasileira fornece outros métodos para o tratamento de conflitos, tanto na esfera jurídica, quanto fora dela. Chega-se, assim, a justiça extrajudicial, fomentada pela legislação com o intuito de celeridade, norteadas pelo estímulo a autocomposição, no qual a decisão pode ser tomada de forma consensual entre as partes.

No ramo do Direito de Família a adoção de métodos consensuais para a resolução dos conflitos são especialmente eficazes e necessárias, porque a essência da família é o amor e afeto, e quando as relações são desfeitas e fragmentadas, os resultados e consequências se prolongam e duram por muitos anos, assim, surge como uma necessidade real a existência de alternativas diferentes, formas ou mecanismos que promovam e facilitem as soluções dos conflitos e que resguardem o equilíbrio harmonioso no núcleo familiar.

O dispositivo da conciliação e mediação já são efetivamente adotadas para a resolução de conflitos no direito de família. Não obstante, na atualidade uma nova técnica de resolução de conflitos vem ganhando uma maior visibilidade, esta, conhecida como o método das constelações sistêmicas ou constelações familiares. Têm-se o Direito Sistêmico, ramo do Direito em que se utiliza do método psicoterapêutico da Constelação Familiar para a resolução de problemas, principalmente na alçada judicial familiar (SIQUEIRA, 2018).

De modo geral, este trabalho busca conhecer os métodos alternativos de resolução de conflitos no processo Civil Brasileiro, especialmente a aplicação da técnica das Constelações Familiares no âmbito do Direito de família, demonstrando os benefícios tanto para as partes quando para o Poder Judiciário. O presente trabalho foi realizado mediante pesquisa bibliográfica, com abordagem do método dedutivo de pesquisa.

O Presente estudo, inicialmente buscou -se conhecer acerca da teoria do conflito, que vislumbra uma mudança de postura e entendimento da sociedade, para que a elocução “conflito” presente em todas as relações humanas, principalmente no âmbito familiar e como essa problemática tem ocupado do sistema judiciário brasileiro. Ainda nesta perspectiva intenta-se descrever sobre quais os principais métodos utilizados para resolução de conflitos, presentes no ordenamento jurídico brasileiro, e as principais inovações ou novidades, principalmente no uso psicoterapêutico preliminar das Constelações Familiares no processo de solução dos conflitos. Por fim, será descrito a respeito da aplicabilidade do referido método no Direito Brasileiro, assim

entendendo a sua aplicabilidade e eficácia como instrumento auxiliador do Poder Judiciário.

Portanto, através do estudo das Constelações Familiares compreender e analisar sua eficiência como técnica, principalmente em relação aos acordos e ao encerramento de atritos entre as partes no resguardo de direitos fundamentais do Direito de Família pelo Poder Judiciário.

## ASPECTOS CONCEITUAIS DO CONFLITO

A palavra conflito vem do latim *conflictus*, que significa choque entre duas coisas, embate de pessoas, ou grupos opostos que lutam entre si, ou seja, é um embate entre duas forças contrárias. (BERG, 2012).

Desta forma, conforme Chiavenato (2004, p. 416); “o conflito é muito mais do que um simples acordo ou divergência: constitui uma interferência ativa ou passiva, mas deliberada para impor um bloqueio sobre a tentativa de outra parte de alcançar os seus objetivos.”

A primeira indagação que surge é que se o conflito é um problema do direito. Assim, nota-se que não é o foco principal das Ciências Jurídicas, mas está evidente, que o conflito é o fenômeno presente na vida em sociedade, que conseqüentemente os operadores do Direito precisam aprimorar no estudo visando sistematizar, contextualizá-lo logicamente, desde a sua origem até as suas conseqüências no âmbito das relações jurídicas.

Nesta perspectiva, constatam Maia, Bianchi e Garcez (2016, p. 43) que: “o conflito é inerente às relações humanas e, assim, faz parte da sociedade. A forma de resolvê-los varia de acordo com os paradigmas vigentes nas diferentes culturas, em cada época”.

A respeito do tema, Moore (1998, p. 5) pondera que: “todas as sociedades, comunidades, organizações e relacionamentos interpessoais experimentam conflitos em um ou outro momento no processo diário de interação. O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida”.

A peculiaridade do conflito, é uma ocasião em que duas ou mais pessoas contrapõem por motivos diversos a respeito de uma determinada temática, situação ou comportamento. Todavia, é que habitualmente o termo “conflito” é relacionado a outras expressões com conotação negativa, nisto contrapondo, e fazendo-se oportunamente compreender, que o conflito engloba outros aspectos positivos, permitindo a partir dele, entendimentos e soluções de demandas.

A transformação do entendimento e compreensão da sociedade, mudando a esfera conceitual, para o aspecto pragmático da ideia de conflito, ou seja, de uma conotação negativa para uma visão positiva, tem significado uma evidente modificação na teoria do conflito, conseqüentemente permitindo nas relações humanas, uma ferramenta eficaz para solução de litígios.

### A família e os conflitos inerentes

A família ao longo dos séculos passou por diversas transformações, estas, fruto de mudanças sociais, estruturais, comportamentais, mesmo assim a família continua sendo considerada por muitos, a base de qualquer sociedade. A estrutura social, avançou e outros modelos de família foram sendo construídos, e o conceito de família transformou de singular para um conceito de pluralidade, assim buscando valorizar o respeito e a dignidade da pessoa humana,

pautada na afetividade como norteadora das relações. Neste aspecto, descreve precisamente, Dias (2017, p. 29):

“Nem sem sabe como começou, mas muitos foram os fatores que levaram à transformação da família patriarcal de uma unidade de procriação e produção para a família dos dias de hoje: nuclear e familiar. A nova família estrutura-se nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade”.

A partir do momento que surgem conflitos no ambiente familiar, a conversa e o entendimento já não é mais possível, emerge a carência, a necessidade de buscar outros meios alternativos, para a resolução dos conflitos. Neste contexto, o Poder Judiciário configura-se como possibilidade e o meio próprio, para tentar solucionar desígnios de conflitos familiares. Tais conflitos, trazem uma grande importância e exigência, para que magistrados, sejam mais sensíveis, e tenham uma formação diferenciada, no sentido que trabalham diretamente com a pessoa e seus sentimentos.

Neste aspecto, é importante compreender que a família é entidade alicerçada no afeto, assim então, mesmo que se dissolvam as relações, com a existência de filhos ou não, seus resultados e repercussões permanecem e perduram com o tempo, com isso faz-se necessário a aplicação de mecanismos de solução de disputas que efetivem e respeite os sentimentos dos envolvidos, bem como considere a complexidade do conflito e das pessoas que estão nele inseridas. Em suas palavras Dias (2017, p. 30), “o desafio que se coloca a todos os Operadores do Direito é a capacidade de tratar das questões familiares de forma cuidadosa, preocupada e atenta”.

Não obstante, no cenário dos conflitos familiares é essencial a mescla ou a junção do Direito com outras áreas do conhecimento humano e suas relações, estes direcionados a família como objeto principal de estudo, como por exemplo, a psicologia e assistência social, objetivando a preservação dos sentimentos envolvidos de ambas as partes.

O cidadão que vai ao poder judiciário buscar solucionar conflitos familiares, em grande parte chega fragilizado, com mágoas e incertezas, pois como bem preleciona Dias (2016, p. 109):

“O juiz não pode esquecer que, ao se apaixonarem, as pessoas sentem ter encontrado a parte que lhes faltava e nada mais fazem do que projetar sobre o outro sua própria imagem ou a imagem de seu ideal - “inventa-se” o outro, agigantando suas qualidades e defeitos. Assim, quando se rompe o sonho da plenitude da felicidade, as pessoas se confrontam com o desamparo, e partem em busca de um culpado. As separações acarretam perdas emocionais, lutos afetivos pela morte de um projeto a dois, pelo fim dos sonhos acalentados e não realizados”.

As sentenças que pautam o Direito de Família, raramente resultam em um efeito pacificador almejado, na grande parte, geram descontentamento às partes, e o Poder Judiciário Brasileiro, situa-se com uma sobrecarga, em relação as excessivas demandas da sociedade, conseqüentemente resultando na morosidade nas soluções dos conflitos.

## **O contexto atual do sistema judiciário brasileiro em relação à resolução de conflitos**

Com a Constituição Federal de 1988 e as garantias obtidas pelo seu advento, o poder judiciário, aproximou-se cada vez mais dos cidadãos, nisto verificou-se um aumento considerável de litígios, conseqüentemente a este fato, a quantidade de processos judiciais. Logo, a prestação

jurisdicional tornou-se ineficiente tanto no aspecto qualitativo, quanto quantitativo. Novas demandas (lides) ou conflitos são inseridos e chegam para apreciação e julgamento do poder julgador com muita frequência, e o atual sistema jurídico, limita-se, por não conseguir despachar com celeridade e de forma satisfatória às inúmeras ações judiciais que cotidianamente, são trazidas ao Sistema Jurídico. Diante desse contexto, é que o cidadão se depara com o maior déficit do Judiciário – a morosidade –, isto, conseqüentemente leva a sociedade a enxergar com descrédito, esta morosidade da Justiça brasileira é comprovada através de números, disponibilizada em domínio público, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no qual afirma e mensura milhões de processos em tramitação no aguardo de alguma solução conclusiva.

Ademais, a morosidade e o alto custo atrelado com a extrema burocracia dos atos processuais, e a inexistência de informações dos conflitantes configuram como empecilhos para o acesso à justiça, neste sentido há uma relação direta pelo distanciamento dos meios legais pelos cidadãos. Com isso, em comitância ao acesso à justiça evidenciado por variados obstáculos, a quantidade de litígios cresce. Portando, em referência ao grande número de processos que sobrecarregam o judiciário, se deve ao fato dito anteriormente – a cultura do conflito. Assim, as pessoas buscar o Poder Judiciário para requerer ou demandar diversas espécies de problema.

É evidente que o acesso à Justiça é uma Garantia Constitucional, estabelecido pela Constituição Federal – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Portanto, a prescrição legal é clara onde afirma que é direito dos cidadãos não unicamente a justiça, mas que, a Justiça atue de forma eminentemente efetiva e providencial, atendendo aos desejos e anseios da sociedade em constante evolução, com toda sua complexidade. Diante desta visão, é primordial que o Judiciário busque outras ou novas maneiras para a resolução dos litígios, para uma prestação jurisdicional efetiva, célere e de qualidade.

O contexto presenciado pela Justiça, a ineficiência do Estado em oportunizar e garantir a prestação jurisdicional necessária as pessoas, surgiram e consolidaram-se as diferentes formas alternativas para solucionar os conflitos. Entre eles aparecem: a arbitragem, a conciliação, a negociação e, a mediação.

## **MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Diante do cenário, inicialmente é fundamental compreender que para os mecanismos de solução de conflitos para serem eficazes, é usual alterar a ideia e o conceito pragmático de conflito, abandonando o pensamento do senso comum do processo que sempre há um ganhador e um perdedor e adotar a lógica do ganhador em ambos os lados.

Nisto, busca-se as decisões mais justas, céleres e eficazes, que garanta a adoção de instrumentos de soluções pacíficas de conflitos. Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015, traduz em seu artigo 3º a seguinte obrigação:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deve-

rão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nota-se que o Código de Processo Civil regulamentou a possibilidade de solução de conflitos por outros meios que não seja o Estado. A Mediação aparece como uma alternativa de autocomposição dos conflitos, em outras palavras, os demandantes ou as partes passam a resolver e solucionar as lides/conflitos, pactuando consensos e acordos, com autonomia e ausência de interferência do Estado, assim, o Poder Judiciário atuaria nos casos mais complexos, em que a mediação obtivesse êxito. Por fim, vê-se a Mediação como um importante instrumento de pacificação social.

Destarte, frisa-se que a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, consigna razoavelmente a criação de novas formas de solução consensual de conflitos. Assim, o parágrafo único do artigo 1º da Resolução 125/2010 dispõe que:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Os métodos como a mediação e a conciliação ajudam a promover e propiciar o reinício do diálogo, principalmente quando se fala de conflitos familiares em que é primordial a conservação dos laços afetivos, principalmente porque na maioria dos conflitos familiares têm como elementos centrais questões que envolvem a crianças menores.

No que identifica a conciliação, esta, conta o auxílio de um terceiro imparcial e capacitado, que subsidiará e orientará envolvidos no conflito, até podendo sugerir soluções. A mediação, de um outro modo, diferencia-se da conciliação por não sugerir a solução de conflitos e sim, facilitar a conversa e o diálogo entre as partes conflitantes.

De acordo o autor Nunes (2016, p. 39) a mediação “é adequada para todos os conflitos, principalmente que as partes mantêm relacionamento continuado, frequente, como nas relações familiares, societárias, de vizinhança, entre outras”.

Também, no mesmo plano, afirma Marodin (2016, p. 427):

A mediação é uma possibilidade de transformação cultural da gestão de situações conflituvas entre pessoas, grupos e instituições. Essa mudança paradigmática ocorre pelo abandono de opções que validam o litígio e, no lugar destas, adotam a cultura que valoriza o diálogo e estimula os envolvidos a buscarem as soluções dos próprios problemas.

No ano de 2015, de acordo com Relatório de Justiça disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, contou pela primeira vez, muitos acordos obtidos por mediações e conciliações em processos judiciais. E com a instituição da Lei 13.140/15 e do CPC, a quantidade de acordos foram muitos vantajosos e benéficos, pois, albergaram expressamente mecanismos instrumentais alternativos de solução de conflitos.

No que se refere a importância de adoção de novos métodos de solução de conflitos, descreve Ferreira e Sousa (2018, p. 169):

É de amplo conhecimento a urgência na implementação eficaz de novos métodos de tratamento dos conflitos, exigências estas trazidas pelo novo CPC como resposta à morosidade e ao descontentamento com o sistema judiciário brasileiro por grande parte da sociedade, sendo crescente o interesse pela abordagem sistêmica do direito, vez que a tradicional forma de tratar os conflitos já não é vista como a mais eficiente, pois busca apenas solucionar o conflito aparente, deixando os ocultos e quase sempre verdadeiros sem uma resolução, abrindo caminho para que novas demandas ocorram, ou seja, a utilização de tais métodos deseja não apenas resolver o conflito e sim tem como desejo maior o restabelecimento da comunicação entre as partes e a pacificação efetiva de toda a relação.

É notório que os métodos e técnicas auxiliares configuram como o caminho em que as partes efetivamente trarão a solução consensual com um resultado mais efetivo, permitindo a reconexão e retomada do diálogo, realizando a validação do respeito às diferenças e reafirmando os princípios que permeiam e orientam o Direito de Família, principalmente o da afetividade. Com tudo isso, também é extremamente necessário que com a finalização do processo judicial entre as partes, também se tenha o fim do conflito, que em boa parte das vezes, não acontece, e que quase sempre imediatamente surgem novas situações de demandas e conflitos, porque não foram trabalhados de forma correta.

Surge na atualidade uma nova técnica alternativa de resolução de conflitos, a partir de uma metodologia pacífica conhecida como constelações familiares. Logo, o Poder Judiciário Brasileiro começou a introdução e utilização das Constelações Sistêmicas ou Constelações Familiares como método auxiliar para a resolução de conflitos familiares.

## **Da constelação familiar: evolução e conceito**

Em sua essência a Constelação familiar define-se como um método psicoterapêutico bem recente, com uma atuação sistêmica não empirista, ou subjetiva, que foi elaborado pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger. Hellinger aprimorou e desenvolveu este método, a partir de um cenário de observações empíricas, com bases em diversos tipos de psicoterapia familiar, principalmente em sequências padronizadas de comportamento que se sucediam e repetiam nas famílias e em grandes grupos familiares ao longo de gerações no decorrer dos tempos.

Este método da constelação familiar foi elaborado e desenvolvido, mais ou menos, na década de 1970, a partir e como fruto das experiências e histórias vivenciadas por Bert Hellinger. Todavia, com bases, Hellinger utilizou-se e adotou diversas referências, linhas de conhecimentos, que o auxiliaram e permitiram contextualizar, chegando como objeto na Constelação familiar estudada na contemporaneidade.

No histórico de estudos, a teoria da análise transacional de Eric Berne serviu como fonte motivadora para Bert Hellinger, esta teoria baseia-se na crença que o ser humano é um indivíduo social, e que se disposto em contato com outra pessoa, conseqüentemente algo surgirá e resultará dessa interação. Outra referência para Bert Hellinger, foi a descoberta feita pela psicoterapeuta americana Virginia Satir, que desenvolveu a metodologia das “esculturas familiares”, onde seu objeto de estudo eram em referência às estruturas formadas pela maneira e a forma como as pessoas se relacionavam dentro de um sistema, onde a autora pesquisava e trabalhava a história da família em questão a partir de suas estrutura, de uma forma abrangente, adotando e apropriando-se todas as relações afetivas e de outros parentescos ao longo das gerações da família.

Outros autores, nesta mesma perspectiva, também serviram de referência no desenvol-

vimento da Constelação familiar, este, foi o criador do psicodrama e aprimorou a ideia em que o cliente poderia fazer uma representação, idealização de toda suas relações familiares e sua experiência em uma cena dramática, dessa técnica cita-se Jacob L. Moreno.

O autor Arthur Govo, era um psicoterapeuta americano, nos anos 60 observou um fenômeno conhecido como “Grito primal”, objetivando envolver os pacientes com a reexperiência de momentos difíceis na busca de liberar e expressar algo que estava bloqueado.

Neste sentido, Hellinger (2007, p. 400) afirma: “fiquei profundamente impressionado com a maneira direta como Janov abordava as emoções básicas. Nos meus cursos de dinâmica de grupos, experimentei secretamente seus métodos e imediatamente reconheci seu impacto”.

Cabe ressaltar, que Bert Hellinger explorou diferentes teorias e métodos terapêuticos, como a análise transacional. Com toda a gama de conhecimentos adquiridos, este, iniciou e a associar os métodos e técnicas e, integrou a dinâmica de grupo e a psicanálise Gestalt-terapia, terapia primal e análise transacional.

Bert Hellinger (2007), conviveu com missionários católicos na África do Sul. Neste tempo, fez observações diárias, empíricas do convívio e dos comportamentos da tribo dos zulus, notou alguns padrões culturais e comportamentais que se repetiam nos diversos grupos familiares no decorrer dos tempos e das diferentes gerações. Assim, Bert Hellinger percebeu diferentes âmbitos, filosóficos e teológicos, da referida cultura, inclusive na pedagogia, nas teorias e métodos terapêuticos, para construir a sua própria forma de trabalhar.

## **A CONSTELAÇÃO FAMILIAR APLICADA AO DIREITO BRASILEIRO**

A Constelação Sistêmica ou a também Constelação Familiar, quando aplicada nos conflitos familiares, define-se como um método que utiliza-se da psicoterapia, este, desenvolvido pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, realizado através de comportamentos e representações, onde se estuda as emoções e energias que consciente ou inconscientemente são acumuladas das pessoas envolvidas, e através de uma abordagem sistêmica, resulta no entendimento de todos os aspectos e fatores presentes no conflito, e auxilia na identificação do problema em questão, assim conduz as ações que objetivam a solução do conflito.

A metodologia da Constelação Familiar permite a exposição de conflitos que estão ocultos, contribuindo na restauração do equilíbrio familiar. Esta técnica veio ao Brasil em 1999. Destaca-se na condução e desenvolvimento deste método, o Juiz Samir Storch, que além de dispor em sua prática a teoria sistêmica nas audiências, promove e realiza palestras explicando o método das constelações, principalmente mediante experiências práticas de sua competência.

Percebe-se que esta metodologia cada vez mais, vem sendo estudada e inserida por diversos Tribunais no Brasil, e com notórios resultados, permitindo que os litigantes identifiquem seus problemas e solucionem de forma satisfatória.

Nesta perspectiva, Ferreira e Sousa (2018, p. 171) confirmam:

“Alguns Estados brasileiros já estão usando a técnica de Constelação Familiares em um momento preliminar à audiência de Mediação e Conciliação com resultados positivos, visando a celeridade dos processos e soluções satisfatórias aos conflitos apresentados na busca de acordos onde as partes restabeleçam os vínculos rompidos”.

Diante disso, o sucesso das Constelações Familiares é perceptível por diversos periódicos e publicações em Tribunais de Justiça de diversos Estados do Brasil. Assim, grande maioria do Estados e o Distrito Federal já se utilizam da técnica das Constelações Familiares, no momento anterior das audiências de conciliação e mediação como mecanismo auxiliador na melhoria da conversa ou diálogo das partes em conflito.

No ano de 2014, conforme já disponibilizado no site do Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ganhou o prêmio de primeiro lugar na categoria “Tribunal Estadual” do V Prêmio Conciliar é Legal. Em 2015, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos – CEJUSC, da comarca de Sorriso no Estado do Mato Grosso, disponibilizou pela primeira vez as dinâmicas das constelações familiares aos seus Jurisdicionados (CNJ, 2015). Citam-se que entre os diferentes casos que foram atendidos, havia um casal que procurou a justiça para realizar o divórcio, mas após participarem das técnicas das constelações, acabaram desistindo do divórcio.

Sobre a experiência de participar da dinâmica, declaram às partes:

“Eu nunca imaginava encontrar isso na Justiça. Aliás, nem acreditava nesse tipo de coisa. Achei que iriam falar sobre a importância do casamento, da família, mas nunca pensei que seria uma abordagem tão profunda. Minha esposa tem um irmão desaparecido e durante a sessão vimos que isso também interfere em nosso relacionamento. Percebi que coisas do passado, da família, que já aconteceram, influenciam diretamente na nossa vida”. (CNJ, 2015)

O Estado do Rio Grande do Norte, ainda em 2015, a juíza Virgínia Marques, da 6ª Vara da Família da comarca de Natal implantou um projeto piloto com o objetivo de abreviar a solução dos processos, de forma definitiva e pacífica entre as partes, utilizando o método das constelações familiares, de acordo com a Juíza afirmou que, com o uso da técnica da constelação familiar, o índice de acordos nas audiências de conciliação subiu de 30% para 70%.

Em setembro de 2016 a juíza Vânia Petermann, da Vara da Família no Norte da Ilha, em Florianópolis, sugeriu uma sessão coletiva denominada Conversas de Família antes das audiência. Conforme disponibilizado pelo site do Poder Judiciário de Santa Catarina, a Justiça Sistêmica e Constelações Familiares ganham espaço nas comarcas catarinenses.

No estado de Pernambuco, em 2016, a constelação familiar foi feita em 33 processos com obtenção de acordo em 75%. A juíza Wilka Vilela esclarece que:

“As pessoas vão ao judiciário achando que nós, juízes, somos salvadores da pátria. E não somos salvadores da pátria porque o conflito que gerou aquela demanda está lá, no sistema familiar deles, e com essa técnica temos conseguido ajudar essas pessoas. O papel do juiz não é só fazer sentença. Temos de buscar a paz social”. (CNJ, 2018)

A juíza exemplifica sua fala com o caso de interdição de uma mulher em coma, cujo processo estava 13 anos em tramitação devido ao conflito envolvendo seus oito filhos, e após a magistrada realizar a Constelação familiar conseguiu uma conciliação total.

No Tribunal de Justiça do Piauí, foi idealizado em 2019 pela magistrada Lucicleide Pereira Belo o projeto Leis Sistêmicas a Serviço da (Re) Conciliação. O objetivo do projeto é somar mais um método de resolução consensual de conflitos aos métodos já implementados pelo Núcleo Permanente de Solução de Conflitos – Nupemec e Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc, sendo oferecidas às partes dos processos: constelações familiares, oficinas

e palestras vivenciais (TJPI, 2019).

Ao participar como Ouvinte de uma Constelação Familiar realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, constatou-se o impacto perante os jurisdicionados e como realmente possibilita que se tenha entendimento sobre os fatos geradores que culminaram naquele conflito no qual resultou um litígio jurisdicional. Nesta oportunidade a Secretária do CEJUSC informou os dados internos do Tribunal de Justiça, em que antes da utilização da Constelação Familiar, de janeiro/2018 a dezembro/2018 foram realizados 615 acordos e que após a implementação do mencionado projeto foram efetivas 315 acordados de janeiro/2019 a maio/2019, verificando, portanto, a eficácia da utilização das Constelações Familiares.

Com fortes evidências de sucesso nas causas de conflitos judiciais, possuir conhecimento sobre as constelações familiares e suas leis sistêmicas permitem ajudar na condução dos processos. Ainda que de maneira inicial, as pesquisas e estudos apresentadas mostram que o método e a prática têm contribuído, não apenas para o aperfeiçoamento da Justiça, mas também para a qualidade dos relacionamentos nas famílias.

Sabe-se, que a aplicação somente da lei, resolve o processo, mas não resolve o problema. Nesse sentido, acredita-se que a introdução desta metodologia ao Direito brasileiro, com a abordagem sistêmica e as dinâmicas da constelação familiar subsidia a resolução das questões do Poder Judiciário.

Assim, é notoriamente comprovada a eficácia das Constelações Familiares no Judiciário frente a quantidade acordos obtidos nos Tribunais Estaduais que adotam a técnica de forma auxiliadora, logo está mais que evidente que as constelações familiares precisam ser consideradas como métodos alternativos de resolução de conflitos, devendo assim ser regulamentada.

## **A aplicação da constelação familiar**

Para esclarecer de uma melhor forma, as Constelações Familiares, na prática a metodologia com a Constelação pode ser concebida de forma individual ou em grupo. Neste sentido, é extremamente importante que tanto de forma individual, quanto em grupo, o Constelador – a pessoa que vai conduzir a Constelação e o Constelado – pessoa que busca a técnica, possa compreender e visualizar o conflito ou problema. Este problema ou emaranhado é definido por Bert Hellinger como a herança afetiva, que é a transmissão transgeracional de conflitos emocionais ou psíquicos.

Na modalidade de grupo, as representações são realizadas com o auxílio dos envolvidos e participantes do grupo, enquanto na modalidade individual é realizada através de figuras, bonecos ou desenhos. As representações ou metodologia são uma espécie de simulação do sistema e do convívio, ou seja, é a simulação do conflito familiar, desse modo, o constelador e constelado posicionam as pessoas, ou as figuras e bonecos, para representar os componentes do sistema familiar. Assim as pessoas ou bonecos serão posicionados de acordo com o conflito ou a situação objeto da constelação.

Para facilitar o entendimento, o Juiz Storch explica em entrevista concedida a Revista Época (2014), como foi a primeira vez que utilizou a técnica das Constelações Familiares:

[...] A primeira vez que utilizei a prática verdadeiramente foi durante a disputa pela guarda de uma menina de quatro anos em 2010. Eu trabalhava em Palmeiras (a 450 km de Salvador). Mãe e avó queriam a responsabilidade e trocavam acusações sérias. Percebi que o caso não poderia ser solucionado apenas com uma decisão sobre a guarda da menina, já que qualquer que fosse a decisão, permaneceria o drama e o sofrimento da menina, causado pela disputa entre mãe e avó.

No dia da audiência, levei comigo um kit de bonecos, que utilizo para a prática da terapia de constelações familiares no atendimento individual – essa terapia também pode ser feita em grupo, com outras pessoas representando membros da família do cliente. Quando eu chamei a menina para ser ouvida, coloquei os bonecos em cima da mesa e pedi para que ela posicionasse os brinquedos e montasse a história da família, mostrando que bonecos eram cada membro da família. Perguntamos onde a menina se sentia melhor, o que acontecia quando se aproximava da mãe ou da avó e outros personagens da família. E ela pôde expressar que ela se sentia melhor com a mãe, ainda que apresentasse um carinho grande pela avó e que ficasse bem com as duas.

Com a prática, a mãe, a avó e os advogados viram a verdade dos fatos naquela dinâmica. Antes, um juiz tinha tirado a guarda da mãe, mas quando a menina se expressou pela constelação, isso foi bem aceito por todos porque ficou muito claro e isso colaborou para a resolução do caso [...] (REVISTA ÉPOCA, 2014)

Percebe-se, que o conflito foi solucionado de maneira pacificadora, a intenção da aplicação do método das Constelações Familiares é necessariamente, que as partes consigam se entenderem, conservando o mesmo vínculo afetivo familiar. Neste caso descrito pelo Juiz Storch, foi providencial a preservação a afetividade e a emoção da criança.

Em conformidade a compreensão da ciência de Bert Hellinger, as pessoas não agem no mundo somente guiado pelos seus limites e liberdades que acreditam ter. Diante disso, suas escolhas possuem relação com diferentes fatores que lhes são invisíveis. Logo, muitos dos conflitos que desejam resolução no âmbito jurídico podem sofrer e estarem sob a influência invisível das situações e fatores do contexto familiar ao longo das gerações.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do direito de família é evidente visualizar a permanência do conflito no seio familiar. Justificado pelo fato de que o processo em sua essência, mesmo finalizando, deixa resquícios da raiz ou gênese do problema. Além disso, a técnica e o modelo judicial não garantem uma maior satisfação, muito menos, resultam às partes os resultados almejados e isso se dá consequentemente pelo fato que Poder Judiciário situa-se com bastantes demandas e isto tem tornado o mesmo sobrecarregado.

Neste contexto, em consequência do descontentamento das partes, da morosidade, ineficácia do Judiciário, que se vislumbrou o aparecimento de outros métodos e técnicas mais apropriadas para a solução dos conflitos, que buscam sedimentar as relações humanas mais duradouras, permanentes e contínuas, assim, necessitam que sejam restauradas. Nesta ótica, além da mediação e conciliação, que são métodos regidos pela lei e verdadeiramente eficazes, apresenta-se a Constelação familiar como ferramenta auxiliadora.

A Metodologia das Constelações Familiares permite a exposição e exteriorização de conflitos que estão adormecidos e latentes, auxiliando na restauração do equilíbrio familiar. A técnica da Constelação familiar permite e contribui para que os litigantes encontrem e percebam as problemáticas familiares e estes consigam resolvê-los de maneira eficaz, contribuindo e au-

xiliando o Poder Judiciário a encontrar a solução para o litígio, de uma maneira mais célere e satisfatória, além disso, encontrar caminho para uma Justiça mais humanizada.

Destarte a introdução das Constelações Familiares no Poder Judiciário nacional permite a mudança das concepções jurídicas no país, em que, especialmente o modelo de resolução de demandas é o litigioso, para um método transformado para um sistema modelo de solução de conflitos consensual e pacificador.

Assim, portanto conclui-se evidentemente que as Constelações Familiares são instrumentos de sucesso na resolução de conflitos. É método dinâmico, técnica importante de ser adotada, em momentos antes das audiências de conciliação e mediação. São diversos casos nos Tribunais de Justiça dos Estados, em que pode ser comprovada a eficácia dessa técnica, expresso através do grande número de conciliações obtidas.

Por conseguinte, torna-se necessário concretizar o incremento e regulamentação das Constelações Familiares, possibilitando que todos a conheçam de fato, o que é a prática, como é desenvolvida. Ademais, reafirma-se que a adoção das constelações sistêmicas para a solução judicial de conflitos familiares caracteriza-se em um momento que humaniza, e organiza a estrutura dos vínculos de afeto no ambiente familiar.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, E. TJGO é premiado por mediação baseada na técnica de constelação familiar. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79702-tjgo-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica-de-constelacao-familiar>. Acesso em: 11 set. 2022.

BANDEIRA, R. Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de conciliação. Disponível em: . Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. Novo Código de Processo Civil. Decreto-Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRUNO, V. Leis Sistêmicas a Serviço da (Re) Conciliação: Cejusc e Nupemec promovem mais uma prática de Constelação Familiar. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias/leis-sistemicas-a-servico-da-reconciliacao-cejusc-e-nupemec-promovem-mais-uma-pratica-de-constelacao-familiar/>. Acesso em: 14 set. 2022.

BERG, Ernesto Artur. Administração de conflitos: abordagens práticas para o dia a dia. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BURBRIDGE, R. Marc; BURBRIDGE, Anna. Gestão de conflitos: desafios do mundo corporativo. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. CNJ. Resolução n.125/10 CNJ de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2022.

\_\_\_\_\_. CNJ. Revista Eletrônica Justiça em Números 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2018-2408218compressed.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

CÉSPEDES, A S R. A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação. Florianópolis, 2017. 58 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

CHIAVENATO, Idalberto. Gestão de pessoas: e o novo papel dos recursos humanos na organização. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 415-427.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Filhos do Afeto. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAÇA, Marusa Helena da. Constelações Familiares com Bonecos: e os elos de amor que vinculam aos ancestrais. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2018.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. Constelações Familiares: O reconhecimento das ordens do amor. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2017.

\_\_\_\_\_, Bert. Simetria oculta do amor. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 2015.

\_\_\_\_\_, Ordens do Amor: um guia para o trabalho de constelações familiares. 1. ed. São Paulo: Custrix, 2018.

MAIA, A.; ANDRADE, A, GARCEZ, J. Maria, “Conflitos nas relações humanas”; 2016

MACHADO, Costa. FERRAZ, Anna Cândida. Constituição Federal comentada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Salvador: Manole. 2018.

MARQUES, Ana Paula Lemos Baptista. A mediação familiar: instrumento para resolução de conflitos e Reforma do Judiciário. Disponível em: . Acesso em: 19 out. 2022.

MORODIN, M, Instituto de Mediação e Arbitragem – RS, 2015 <http://nem-esm.blogspot.com/2015/11/nem-memoria-marilene-marodin.html>. Acessado em 20 de nov. 2022.

MOORE, Christophe W. O processo de mediação; 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998

NASCIMENTO, Eliane Freira do; FONSÊCA, Crhystianne Moura Santos; NASCIMENTO, Renato Souza do. Mediação de Conflitos e seus contextos de aplicação. 1. ed. São Paulo: Garcia Edizioni, 2018.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. Manual de Mediação: Guia Prática de Autocomposição. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SIQUEIRA, Paulinne dos Santos. Direito Sistêmico: a utilização do método de resolução de conflito na adoção de crianças e adolescentes. Rio de Janeiro: Editora Dialética, 2018.

STORCH, S. Como o juiz Sami Storch conseguiu transformar seu interesse pessoal no método da constelação familiar para conseguir mais acordos na Vara da Família em Castro Alves, na Bahia. Disponível em: . Acesso em: 30 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

THESTON, N. O que é Constelação Familiar – Conceito e História. Disponível em: <https://www.nelsontheston.com.br/o-que-e-constelacao-familiar-conceito-e-historia>. Acesso em: 05 nov. 2022.



## **Adoção homoafetiva: a possibilidade da adoção tal como a perspectiva da ampliação de cidadania e processo de socialização da criança adotada**

### **Homoafetive adoption: the possibility of adoption such as the perspective of the expansion of citizenship and the process of socialization of the adopted child**

---

Carlos Eduardo Ferreira Costa

*Professor Doutor, vinculado ao curso de Direito da UNITNS*

Daniel Ferreira de Melo

*Graduando em Direito pela UNITNS*

Igor Pereira Jacob

*Graduando em Direito pela UNITNS*

Kamila Soares Leal

*Professora Mestra, vinculada ao curso de Direito da UNITNS*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.3

## RESUMO

A realidade das famílias no mundo vem se modificando com o passar dos anos no que se refere à sua organização e à sua formação. A presente pesquisa objetivou analisar a possibilidade de possíveis aspectos que podem interferir diretamente no processo da ampliação de cidadania bem como no processo de socialização de crianças adotadas por casais homoafetivos, trazendo também, embasamento jurídico onde existe a possibilidade da ação. Em primeiro lugar, a adoção é um conceito que varia de acordo com a época e a tradição de cada sociedade, abrangendo princípios e tradições distintas em cada uma delas. A adoção homoafetiva faz parte do campo do Direito de Família e é considerada um dos temas mais complexos relacionados ao desenvolvimento humano. É um assunto que requer uma profunda reflexão, pois não se trata apenas de um procedimento legal para conferir legitimidade a uma criança ou adolescente, mas sim de possibilitar que a adoção promova o amor mútuo entre as partes envolvidas. Adotou em sua abordagem o modelo qualitativo, pois seu caráter subjetivo deixa de contemplar dados exatos, uma vez que esse tipo de pesquisa não tem o condão de medir dados, mas, sim, de identificar a sua natureza. Por fim, é trazido também, a problemática dos possíveis problemas no desenvolvimento intelectual e social da criança adotada por homossexuais.

**Palavras-chave:** direito das famílias. adoção por casais homoafetivos. famílias. orientação sexual dos pais.

## ABSTRACT

The reality of families in the world has been changing over the years with regard to their organization and training. This research aimed to analyze the possibility of possible aspects that can directly interfere in the process of expansion of citizenship as well as in the process of socialization of children adopted by same-sex couples, also bringing a legal basis where there is the possibility of action. First of all, adoption is a concept that varies according to the time and tradition of each society, covering different principles and traditions in each of them. Homoaffective adoption is part of the field of Family Law and is considered one of the most complex themes related to human development. It is a subject that requires deep reflection, because it is not only a legal procedure to give legitimacy to a child or adolescent, but to enable adoption to promote mutual love between the parties involved. He adopted in his approach the qualitative model, because its subjective character ceases to contemplate exact data, since this type of research does not have the power to measure data, but rather to identify its nature. Finally, the problem of possible problems in the intellectual and social development of the child adopted by homosexuals is also brought.

**Keywords:** family law. adoption by homosexual couples.s. families. parents' sexual orientation.

## INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a humanidade tem sido marcada por várias formas de preconceito, como base na raça, cor, classe social, religião e orientação sexual. Embora muitos desses preconceitos tenham sido superados em várias culturas, infelizmente ainda persistem em outras. Com o passar do tempo, a definição de família tem passado por reconstruções significativas. A adoção de uma criança ou adolescente é um ato jurídico que envolve assumir alguém como filho,

de forma permanente, proporcionando-lhes amor, educação, proteção e segurança. Ao adotar uma pessoa com uma origem e história diferentes, é necessário investir emocionalmente e ter a capacidade de compreensão e acolhimento.

A escolha do tema sobre adoção homoafetiva para desenvolver uma pesquisa aprofundada sobre os possíveis problemas que o adotado pode enfrentar no seu crescimento em sociedade foi algo complexo, hoje, as filas para adoção de crianças em todo o mundo é imensa, muitos casais heterossexuais inférteis buscam as instituições de adoção em busca de realizar um sonho de constituir uma família o que não difere na busca por casais homossexuais na mesma intenção, e se existe uma possibilidade de realizar desejos dos casais em ter um filho e o das crianças em ter um lar com pais afetuosos, independente destes, serem homossexuais ou heterossexuais assim ocorrerá.

O estudo que se fez propõe como problema: Qual a influência da orientação sexual do adotante na formação do adotado? Sobre a hipótese para essa pergunta, verifica-se que pertencer a uma família é direito inquestionável inerente a qualquer pessoa. A maioria das crianças e jovens aptos à adoção foram retirados de suas famílias biológicas por diversos motivos ou foram abandonados. Acreditando nisso, é questão de direito que tenham nova oportunidade de se firmarem em um novo ambiente familiar. Neste novo ambiente, procuram e esperam receber o afeto e todo cuidado e proteção que deve existir neste tipo de relacionamento. Assim, tem-se que a hipótese crível é que qualquer pessoa ou casal (indiferentemente da orientação sexual), que comprove ter condições financeiras, psicológicas, morais e, principalmente, interesse em adotar, poderia fazê-lo. Dessa forma, não poderia ser possível que a orientação sexual dos adotantes fosse considerada de maneira preconceituosa, o que, de alguma forma, pode privar a criança ou adolescente de ingressar em uma nova família

Por outro lado, mesmo com os debates na sociedade sobre esse assunto, é evidente que há um número significativo de crianças e adolescentes aguardando por sua inclusão em um ambiente familiar. Weber (2007) destaca que essas crianças e adolescentes institucionalizados sofrem consequências psicológicas devido à limitada interação social e às dificuldades em estabelecer e manter vínculos afetivos dentro dessas instituições. Além disso, de acordo com a mesma autora, observa-se a formação de uma autoimagem negativa, o que, por sua vez, afeta o desenvolvimento humano dessas pessoas e suas relações interpessoais.

Essa pesquisa adotou em sua abordagem o modelo qualitativo, pois seu caráter subjetivo deixa de contemplar dados exatos, uma vez que esse tipo de pesquisa não tem o condão de medir dados, mas, sim, de identificar a sua natureza. O que prevaleceu foi o exame rigoroso da natureza e das interpretações possíveis para o que se está investigado.

O método desta pesquisa aplicado para o desenvolvimento foi o dedutivo, que parte de argumentos gerais para argumentos particulares e, para isso, foram utilizados procedimentos técnicos baseados na doutrina, artigos, legislação e jurisprudência.

Não se pode negar as conquistas significativas que os casais homoafetivos têm alcançado na luta por seus direitos, na busca pelo fim do preconceito e no reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar legítima, superando a visão antiquada que a considerava uma doença. Essas conquistas, embora em ritmo lento, têm gerado impactos positivos. No entanto, ainda existe um olhar desfavorável em relação à homoafetividade, o que levanta

questionamentos e preocupações sobre o desenvolvimento intelectual das crianças adotadas por esses casais. Serão essas crianças vítimas do preconceito da sociedade brasileira? Serão capazes de se desenvolver de maneira semelhante às crianças criadas por pais heterossexuais? A homossexualidade dos pais afeta de alguma forma o desenvolvimento psicológico dos filhos? Essas são perguntas que serão abordadas ao longo deste artigo.

No tópico dois deste trabalho será discutido sobre o trâmite que os pais passam para a liberação da adoção, trâmite este jurídico e psicológico sofrido pelas duas partes adotante e adotado. Já no terceiro tópico trazemos a possibilidade jurídica da adoção, em seguida, é trazido estudos que comprovam a inexistência de danos causados a criança por serem adotados por casais homossexuais.

## REQUISITOS PARA ADOTANTE E TRÂMITE

Além de ser uma demonstração de amor, adotar uma criança é uma contribuição para o planeta, pois todos precisam de cuidado e afeto para se desenvolverem melhor e fazerem diferença durante seu crescimento.

No Brasil, a legislação prevê a possibilidade de adoção, conforme estabelecido na LEI Nº 13.509, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2017. Essa lei altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), abordando temas como entrega voluntária, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças e adolescentes. Além disso, também inclui garantias trabalhistas aos adotantes, estendendo as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Adicionalmente, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), foi acrescentada para estabelecer uma nova possibilidade de destituição do poder familiar.

Desde a promulgação da Lei 13.509/2017, o processo de adoção no Brasil ganhou novas regras. A partir dessa data, o processo passou a dar prioridade aos interessados em adotar grupos de irmãos e menores de idade com deficiências, doenças crônicas ou necessidades de saúde especiais.

Alves, Oliveira, Baroni, Franco e Zacarias, 2007, aduz:

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 norteia que, no processo de adoção, deve-se considerar como prioridade as reais vantagens para o adotando. Destarte, a adoção, quer por homossexuais, quer por heterossexuais, apresenta-se como uma via real de inclusão e respeito aos direitos da criança e/ou adolescente.

A adoção tem como principal objetivo atender ao melhor interesse da criança, proporcionando-lhe uma família quando ela não a tem. É importante ressaltar que a adoção não busca substituir um filho falecido, mas sim preencher a lacuna da infertilidade. Além disso, é crucial que os adotantes tenham em mente que não existe um filho perfeito, seja biológico ou adotado, assim como qualquer outro ser humano, independentemente de sua origem. É fundamental que os adotantes assumam o papel de adultos na relação.

Venosa, (2018) defende:

O Direito das famílias é um ramo do Direito Civil, organizado por um grande número de normas de ordem pública, o que não o torna um ramo do Direito Público; pelo contrário,

é ramo do Direito Privado, pois regula a vida do indivíduo do seu nascimento até a morte.

É uma realidade que diversos casais não podem geral um filho, até mesmo muitos casais heterossexuais passam por esse pesadelo em querer, de alguma forma, ter um filho e constituir uma família, isso é baseado também em casais de pessoas do mesmo sexo, ou até mesmo pessoas que decidem seguir sua vida modo solo, logo vem o anseio de adotar uma criança, enfrentar todo o trâmite de adoção, para, finalmente concretizar esse sonho.

A adoção por casais homoafetivos é um assunto altamente controverso que ainda gera debates e controvérsias nos âmbitos jurídico, religioso e social. O objetivo deste artigo é pesquisar a adoção de crianças por casais homoafetivos e explorar o impacto psicológico dessas crianças diante dos preconceitos e dos dogmas ainda presentes na sociedade.

Em termos etimológicos, a palavra “homossexual” tem origem nas palavras gregas e latinas “homo” ou “home” e “sexu”. “Homo” significa semelhante, enquanto “sexu” refere-se ao mesmo sexo. Portanto, essa combinação de palavras indica uma relação sexual entre duas pessoas do mesmo sexo.

Dias (2001) assim aduz:

O vocábulo “homossexualidade” foi criado pela médica húngara Karoly Benkert e introduzido na literatura técnica no ano de 1869. É formada pela raiz da palavra grega homo, que quer dizer semelhante, e pela palavra latina *sexus*, passando a significar ‘sexualidade semelhante.

Exprime tanto a ideia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homologo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo (DIAS, 2001, p. 37).

Hoje, para adotar uma criança, você precisa ser maior de dezoito anos, homem ou mulher e independe de estado civil. A fim de adotar, os interessados devem seguir os requisitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente para se habilitarem. A habilitação é essencial e visa avaliar a capacidade do adotante em exercer a responsabilidade parental.

Além disso, é necessário apresentar uma série de documentos obrigatórios, tais como identidade, CPF, requerimento preenchido, estudo social elaborado por um profissional do Juizado da Infância e da Juventude da localidade de residência dos pretendentes, certidão de antecedentes criminais, certidão negativa de distribuição cível, atestado de saúde física e mental, comprovante de residência, comprovante de renda, certidão de casamento (ou declaração referente à união estável) ou certidão de nascimento (no caso de solteiros), fotos dos requerentes, além de outros documentos que a autoridade judicial considere relevantes.

Os pretendentes serão submetidos a uma entrevista conduzida por profissionais da Vara da Infância, incluindo psicólogos e assistentes sociais, a fim de conhecer seus motivos e expectativas em relação à adoção. Após isso, serão submetidos a uma avaliação social e psicológica. Além disso, os candidatos participarão de um curso preparatório oferecido pela Vara da Infância ou por grupos de apoio, no qual receberão informações sobre os objetivos e procedimentos da adoção.

Uma vez que todas essas exigências forem cumpridas, o processo será encaminhado ao Ministério Público e ao tribunal para uma decisão final. Os pretendentes serão então incluídos no Cadastro Nacional de Adoção e estarão aptos a adotar uma criança que corresponda ao perfil

desejado, nos estados que tenham indicado como possíveis para a realização da adoção.

O período de habilitação varia de acordo com a região. Atualmente, a questão étnica não representa um obstáculo significativo, uma vez que existem candidatos de diversas raças para crianças pequenas. No entanto, o desafio principal reside na adoção de grupos de irmãos e, devido ao preconceito, na adoção de crianças mais velhas e adolescentes.

A homossexualidade é uma prática que sempre presente na história da humanidade, haja vista ser uma das várias possíveis orientações afetivo-sexuais; caracterizada pela manifestação de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico, não se reduzindo a uma mera escolha ou opção (SILVA, *apud* DINIZ, 2008; p. 89).

Na cidade do Rio de Janeiro, como exemplo, o período médio para a habilitação é de seis a nove meses. No entanto, o tempo de espera pela chegada da criança depende do perfil desejado pelos adotantes. Por exemplo, se a preferência for por um grupo de irmãos, de origem negra ou parda, com idades entre 9 e 10 anos, o tempo de espera será significativamente menor em comparação com a adoção de uma recém-nascida de origem branca.

Como em tudo existe um trâmite a ser seguido, para adoção não seria diferente, são inúmeros passos para finalmente ser concedido a guarda da criança aos pais adotantes, é importante lembrar que o trâmite de adoção não difere para os casais heterossexuais.

## A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Como são impedidos de terem filhos biológicos, muitos casais escolhem a adoção. Gonçalves (2014) pondera que, individualmente, a adoção por homossexual tem sido admitida, com a realização de estudo psicossocial, que tem por objetivo identificar o melhor interesse do adotando.

Dito isso, Pinheiro (2017, p. 203) deixa claro que a “adoção de crianças por casais homossexuais gera muitas questões de ordem religiosa, moral, jurídica e psicológica”.

Atualmente, já existem muitos adotados com pais homossexuais e mães lésbicas exercendo o papel da paternidade ou até mesmo da maternidade em relações monoparentais e até como casal. Negar essa realidade ou não aceitar a adoção para essas famílias é um erro grave e cruel (SÁNCHEZ, 2009)

A princípio, gays e lésbicas se candidatavam à adoção, omitindo a informação de que mantinham relacionamento homoafetivo ou não. Isso trazia prejuízos ao adotado, uma vez que não era realizado o devido estudo social para avaliar também os seus parceiros (DIAS, 2013).

Quanto à questão do registro civil do menor criado por um casal homoafetivo, não há nada na legislação que impeça a duas pessoas do mesmo sexo de constarem como pais ou mães de uma pessoa. [...] afinal, a parentalidade é um conceito primordialmente socioafetivo, não necessariamente biológico. Uma pessoa não exerce a função paterna ou materna pelo simples fato de ser o(a) genitor(a) da criança ou adolescente em questão: a parentalidade somente existirá de fato caso haja amor, carinho, compreensão, solidariedade e respeito pelo menor, além da concessão de educação e da imposição de limites a este, características necessárias a uma boa criação que independem da orientação sexual da pessoa ou do fato de se tratar de um casal homoafetivo ou heteroafetivo, já que ambos têm as mesmas condições de criar adequadamente um menor (VECCHIATTI, 2012, p. 482

Em razão da realidade e dificuldade, no ano de 2006, o Tribunal de Justiça do Estado do

Rio Grande do Sul, julgou o recurso de apelação sob número 70013801592, no qual o recorrente foi o Ministério Público e as recorridas um casal formado por duas mulheres que já tinham em sua companhia dois meninos, que são irmãos biológicos. Observa-se que uma das mulheres já havia adotado ambos os meninos, porém sem informar sua orientação sexual e, agora, por sua vez, a companheira pleiteava também a adoção das crianças. Demonstrou-se no processo, ainda em primeiro grau, que ambas as mulheres tinham bom relacionamento e afeição com os meninos, e que, agora requerente da adoção, poderia, além de tudo, oferecer melhores condições patrimoniais aos adotados. Proferiu-se a seguinte decisão:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes 40 hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Como foi discorrido, é uma realidade e existe a possibilidade da adoção por casais homossexuais e é um entendimento pacificado como vimos a apelação em favor do caso julgado.

## **A INFLUÊNCIA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DO ADOTANTE NA FORMAÇÃO DO ADOTADO**

Uma das configurações mais notórias e por muito tempo polêmica no ordenamento jurídico brasileiro é a família constituída por pessoas do mesmo sexo. Por isso, no senso comum, quando se fala em adoção de crianças ou adolescentes por uma família formada por um casal homossexual, geralmente se expressa de maneira preconceituosa. Algumas vezes isso pode acontecer em razão da falta de conhecimento ou pela intolerância de aceitar o diferente de si mesmo. Objetiva-se, com o presente capítulo, esclarecer a formação familiar e o lugar conquistado na legislação e jurisprudência pátria por aquelas famílias, especialmente discutindo e argumentando sobre a interferência da orientação sexual dos adotantes na formação psíquica e social do adotado.

Num primeiro momento, a sexualidade humana parece não ter relevância para o Direito e ainda existe um preconceito em se analisar as questões sobre sexualidade no Direito, fazendo com que, dessa maneira, as afastamos como se não nos interessassem. Entretanto, no Direito de Família elas são necessariamente relevantes, considerando que está se tratando de relações humanas que pressupõe vontade e desejo e, por isso, são da ordem da sexualidade (PEREIRA, 2012).

O autor defende, ainda, que:

[...] neste momento histórico em que a palavra de ordem é o direito à cidadania e a inclusão dos excluídos, muita evolução jurídica já se fez. Embora a cultura norte-americana tenha tentado provar que o homossexualismo seja uma doença, a Psicanálise vem dizer que se trata apenas de uma preferência sexual. Mas há sempre uma curiosidade, uma indagação sobre as suas causas (PEREIRA, 2013, p. 32). Nesse contexto, tem-se que as questões sobre a sexualidade humana interessam sim ao mundo jurídico, uma vez que ligadas diretamente ao Direito de Família, que, como já mencionado anteriormente, está ligado diretamente às relações de afeto e carinho.(IBID)

Nos antepassados, as relações de pessoas do mesmo sexo, não eram condenadas nem marginalizadas. Porém, nas civilizações clássicas antigas, como Grécia e Roma, a sexualidade do indivíduo era irrelevante, inclusive a relação e o amor entre pessoas do mesmo sexo eram aceitos naturalmente. Já com a era cristã, surgiram os pensamentos que conhecemos hoje como homofobia, os legisladores passaram a ver na relação homoafetiva uma ameaça à estabilidade populacional em razão de, desta relação, não ser possível se auferir prole.

Como enfatiza Sánchez (2019, p. 17):

[...] segue-se educando as crianças como se não houvesse homossexuais, pois quando um adolescente ou jovem tem consciência de que é homossexual, surpreende-se e sente-se completamente angustiado, ameaçado, perturbado e desorientado, sofrendo durante anos ou, às vezes, por toda a vida. A educação de filhos e filhas, supondo-se que serão heterossexuais, produz uma surpresa quase sempre negativa, tanto nos pais quanto nos filhos: o inesperado desorienta, alimenta temores, podendo chegar a produzir rejeição até hoje.

Como bem explica Dias (2013, p. 39), “pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos”. E, enfatiza essa menção, essa realidade mudou, incluindo assim as famílias recompostas, as monoparentais e as homoafetivas.

De maneira lógica e concisa, Dias (2013, p. 205) defende:

O fato é que a homossexualidade acompanha a história do homem. Sabe-se da sua existência desde os primórdios dos tempos gregos. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver.

## **A INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS ÀS CRIANÇAS CRIADAS EM FAMÍLIAS HOMOPARENTAIS**

É muito comum o termo homo parental ser alvo de questionamento, isso porque associa o cuidado dos filhos com a orientação sexual dos pais. Os estudos sobre homoparentalidade têm a finalidade de demonstrar que pessoas homossexuais podem ou não ser bons pais e mães, da mesma forma que o seriam se heterossexuais fossem. Zambrano (2006, texto digital) revela que “os estudos demonstram que é a capacidade de cuidar e a qualidade do relacionamento com os filhos o determinante da boa parentalidade, e não a orientação sexual dos pais.”

Um questionamento recorrente em relação a uma família homoparental, é sobre quem será o pai e quem será a mãe, Zambrano (2006, texto digital) considera que esta temática é:

[...] uma artificialidade que desconsidera o fato de que um homem gay não se torna mulher por ter o seu desejo sexual orientado para um outro homem, assim como uma mulher lésbica não se torna homem pela mesma razão. Se pensarmos em termos de “função parental”, podemos dizer que a função “materna” ou “paterna” poderá ser desempenhada por qualquer dos parceiros, mesmo quando exercida de forma mais marcante por um ou outro dos membros do casal, sem que isso os transforme em mulher ou homem. (ZAMBRANO, 2006)

Passos (2010) defende que a sexuação deve ser pensada como um elo que mobiliza a vida afetiva do casal:

Desta forma, nem a função paterna exigiria a presença de um homem, nem a materna solicitaria a existência de uma mãe biológica ou de uma mulher para o seu exercício. A exigência seria, no primeiro caso, de uma figura que, próxima à relação mãe-bebê, favoreça a separação aí necessária e consiga ampliar o mundo do bebê, levando-o a conhecer e reconhecer novas figuras em seu entorno. Essa expansão do seu universo lhe permite uma inserção na cadeia simbólica da qual deriva sua condição de sujeito. Essa figura pode ser, portanto, a companheira da mãe. O fundamental é que ela esteja investida subjetivamente desse lugar de suporte da relação do bebê com sua mãe (PASSOS, 2010, p. 74).

Da perspectiva psicológica, Pinheiro (2017, p. 205) afirma:

[...] temos que o desenvolvimento emocional da criança não se encontra comprometido pelo simples fato de que seus pais tenham o mesmo sexo. O que apreendemos no nosso cotidiano é que o comprometimento do desenvolvimento emocional das crianças acontece, principalmente, em decorrência da omissão ou da má condução dos pais, da escola e do Poder Público no que diz respeito à satisfação das necessidades mínimas de todo ser em desenvolvimento. Para o desenvolvimento emocional adequado de uma criança, imprescindível é que tenha pessoas que dela se ocupem de forma adequada, com amor e dedicação.

É uma realidade e é inegável, que as famílias com configurações diferenciadas existem, e especificamente no caso da família homossexual, existe em torno dela um cerco de preconceito, falta de informação e até, podemos dizer, um medo do desconhecido. Contudo, juridicamente, a adoção por casais homossexuais é admitida e no ramo da psicologia se percebe que não se vislumbram prejuízos à criança adotada, quando respeitado o devido processo de adoção.

Neste sentido, Machado (2004) aduz:

Disserta que os estudos da psicologia sobre as “visões sociais de discriminação” têm como foco principal o preconceito e os estereótipos. Tais construtos estariam a nível de consciência individual e coletiva. Assim, Jones (1972) definirá preconceito como um “pré-julgamento” negativo acerca de um grupo social, quer seja uma raça, religião, entre outros. Entretanto, os preconceitos não são apenas crenças distorcidas e um posicionamento afetivo contra determinado grupo social (Machado, 2004); mas envolve comportamentos em situações concretas de discriminação.

Pesquisas da psicologia trazem dados que comprovam a inexistência de riscos trazidos as crianças.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das teses apresentadas, podemos notar que, devido às múltiplas transformações ocorridas no núcleo familiar ao longo dos últimos anos, as leis têm se adaptado às concepções sociais sobre família. Assim, está sendo desconstruída a ideia de que uma família se limita apenas a pai, mãe e filhos, e está sendo reconhecido que uma família é constituída por laços de afeto, independentemente dos membros que a compõem.

Nessa perspectiva, à medida que a família é reconhecida como uma entidade baseada no afeto, torna-se importante também reconhecer a família homoafetiva, que surgiu a partir da aceitação da união civil entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, a aceitação da adoção por casais homossexuais. Embora ainda não seja amplamente aceita pela sociedade, não existem leis que proíbam essa prática. Desde a promulgação da Constituição de 1990, o ato de adotar busca sempre o bem-estar da criança, livre de qualquer forma de ameaça.

No desenvolvimento do estudo foi explanado também a inexistência de prejuízos a crianças criadas em famílias homoparentais. Fica evidente, com o referencial teórico interdisciplinar apresentado, que a capacidade de cuidar e a qualidade do relacionamento entre pais e filhos é determinada pela boa parentalidade entre os 56 indivíduos e não a orientação sexual dos pais. No mesmo sentido, que não é a estrutura familiar que definirá o desenvolvimento saudável da criança e sim a funcionalidade da família, sendo que possíveis adversidades podem ocorrer em qualquer uma das configurações familiares existentes.

Igualmente, chama a atenção que nenhuma corrente doutrinária do ramo da psicologia aponta que necessariamente a composição da família deva ser de pessoas com sexos opostos para um desenvolvimento emocional adequado das crianças envolvidas. Do mesmo modo, que não é possível afirmar que todos os casais homoafetivos ou heteroafetivos são aptos à adotar. Então, conclui-se que, da mesma forma que nem todos os casais heterossexuais tem condições de realizar um processo de adoção, nem todos os casais homossexuais tem tais condições. Entretanto, os estudos mencionados apontam que aqueles que estão aptos não irão influenciar negativamente a formação e o desenvolvimento do adotado.

## REFERÊNCIAS

ALVES, S. A., Oliveira, T. L., Baroni, V., Franco, L. D., & Zacarias, R. (2007). Adoção de crianças por homossexuais. Retirado em 17 set. 2022, de <http://www.viannajr.edu.br/jornal/dir/artigos/pdf/Art03200601.pdf>.

DIAS, Maria Berenice. Adoção homoafetiva. (Escrito em abril de 2010). In: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/-adocao-homoafetiva.cont>, Retirado em 30 nov. 2022.

WEBER, L. N. D. (2007). Quero que alguém me chame de filho ou do direito à convivência familiar e comunitária. Disponível em: [URL]. Retirado em 30 nov. 2022.

PASSOS, Maria Consuelo. Os filhos da homoparentalidade: elementos para pensar o processo de subjetivação. In: FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (Org.). Casal e família: Permanências e rupturas. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010. E-book.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70013801592. Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2006.

MACHADO, A. O. (2004). Identidade e discriminação: Um estudo realizado com homens e mulheres homossexuais. Dissertação de Mestrado não-publicada, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. Porto Alegre. 2006. Disponível em: [URL]. Acesso em: 09 out 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.

LÔBO, Paulo. Paulo. Famílias. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Retirado em 15 nov. 2022.

PINHEIRO, Carla. Psicologia Jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Acesso em: 28 de novembro de 2022.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012. E-book. Disponível em: [URL]. Retirado em 15 nov. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SÁNCHEZ, Félix L. Homossexualidade e Família: novas estruturas. Porto Alegre: Artmed, 2009. E-book. Disponível em: Retirado em 28 nov. 2022.

LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 22 de novembro de 2022.

LEI Nº 13.509, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm). Acesso em: 22 de novembro de 2022.

BALEIRO, Ana Cristina Nobre. A estrutura familiar no direito brasileiro pós Constituição de 1988 (Monografia). Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES, Montes Claros (MG), 2001. Retirado em 28 nov. 2022.



# **O direito á liberdade e a poliafetividade: (im) possibilidade de reconhecimento**

## **The right to freedom and poliaffectivity: (im) possibility of recognition**

---

Raissa Celita Rambo

*Acadêmica de Direito do 5º ano da Faculdade ISEPE/RONDON*

Glauci Aline Hoffmann

*Mestre em Direito Processual e Cidadania e Professora do Curso de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON e UNIOESTE.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.4

## RESUMO

As relações poliafetivas estão cada vez mais presentes na sociedade brasileira, mas ainda não são reconhecidas no âmbito jurídico. Portanto a presente pesquisa tem como objetivo analisar a problemática que gira em torno do não reconhecimento das uniões poliafetivas pelos Tribunais Superiores e se esse não reconhecimento fere diretamente o direito à liberdade garantido pela Constituição Federal (Brasil, 1988) em seu art. 5º. Para isso será analisado o art. 5º da CF/88 (BRASIL, 1988), os requisitos da união estável e também se analisara os argumentos utilizados pelos Tribunais Superiores, como o do princípio da monogamia, são validos ou meramente utilizados para encobrir preconceitos enraizados na sociedade ao longo dos anos. A presente pesquisa será realizada por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa desenvolvida com método descritivo. Para que seja possível apresentar o entendimento majoritário dos doutrinadores e o posicionamento contrário dos Tribunais brasileiros.

**Palavras-chave:** direito à liberdade. poliafetividade. reconhecimento. princípio da monogamia.

## INTRODUÇÃO

As uniões poliafetivas tiveram grande repercussão em âmbito jurídico nacional no ano de 2012, quando uma tabeliã do cartório de notas da cidade de Tupã lavrou uma escritura pública de união estável entre três pessoas. Foi a partir desse momento que outros casais poliafetivos buscaram regulamentar as suas uniões.

Na sociedade contemporânea brasileira as relações poliafetivas estão cada vez mais presentes haja vista que as formas de relacionamentos se tornaram mais flexivas e diferenciadas.

A discussão do presente tema é de grande importância, já que com o grande aumento das relações plurimas o sistema jurídico se encontra em uma grande encruzilhada, tendo em vista que é necessário que essas relações sejam regulamentadas pelas normas brasileiras, mas ao mesmo tempo se deparam com o impedimento dessa regularização sobre preceitos morais e religiosos.

Portanto a presente pesquisa será realizada através de pesquisa bibliográfica qualitativa desenvolvida com método descritivo e utilização jurisprudencial para analisar se os argumentos utilizados pelos Tribunais Superiores para o não reconhecimento das relações poliafetivas ferem diretamente o direito à liberdade, que é garantido aos cidadãos brasileiros pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º.

Argumentos esse que se baseiam principalmente no princípio da monogamia, será analisado se a utilização do princípio da monogamia é coerentemente usada ou se apenas é aplicada para justificar o preconceito velado existente em relações as uniões plurimas.

Para se realizar essa pesquisa é necessário compreender um pouco sobre o direito à liberdade garantido pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), e a ideia de que não são apenas as liberdades previstas ao longo dos incisos do art. 5º da CF/88 (BRASIL, 1988) que são garantidos pelo Estado, mas que todo cidadão tem a liberdade de escolher como quer viver, como será apresentado no capítulo 2 dessa pesquisa.

No capítulo 3 será discutido como a poliafetividade se caracteriza, e o motivo para que o Conselho Nacional de Justiça proíba que os cartórios lavrem escrituras públicas de uniões poliafetivas. Posteriormente no capítulo 4 a presente pesquisa discorrerá sobre as uniões estáveis e seus requisitos de constituição, para que se possa compreender que as uniões estáveis poliafetivas devem ser reconhecidas.

Por fim a presente pesquisa discorrerá sobre os argumentos utilizados pelos Tribunais Superiores para o não reconhecimento da poliafetividade como núcleo familiar e se esse reconhecimento fere diretamente o direito à liberdade garantido pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), pelo art. 5º.

## DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE

Foi em 5 de outubro de 1988 que foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), intitulada como Constituição Cidadã, pela ampla participação popular na sua criação e declarar como condição do Estado Democrático de Direito brasileiro a dignidade da pessoa humana, ela foi considerada ainda como a mais democrática e avançada na história constitucional brasileira devido a experiência acumulada ao longo dos acontecimentos constitucionais pretéritos, possibilitando em uma estabilidade institucional, e trazendo em seu conteúdo um conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matérias econômicas, culturais, sociais e ambientais. (MARINONI; MITIDEIRO; SARLET, 2019).

A Constituição brasileira (BRASIL, 1988) é uma das mais avançadas do mundo além de ser muito aclamada pelos doutrinadores, sendo extensa trazendo 250 artigos, nos quais são previstos os direitos e garantias fundamentais além de temas indispensáveis como a administração pública e a separação dos três poderes. Assim como também deixou claro um grande cuidado com a dignidade humana devido a todos os acontecimentos gerados pela ditadura militar que ocorreu entre os anos de 1964 e 1985. (HACK, 2012).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz os chamados direitos e garantias fundamentais em seu título II, o qual vai abranger desde o art. 5º até o art. 17, discorrendo sobre os direitos e deveres sociais e coletivo, os direitos sociais e de nacionalidade assim como também sobre os direitos políticos e partidos políticos. Esse título da Constituição é um dos mais importantes por vir a tratar justamente de matérias materialmente constitucionais, e nesses artigos que se encontram os direitos mais fundamentais e básicos dos cidadãos como por exemplo o direito à liberdade. (HACK; 2012).

De acordo com o caput do art. 5º da CF/88 (BRASIL, 1988), perante a lei todos são iguais, sem qualquer distinção garantindo aos brasileiros e residentes estrangeiros que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, são direitos invioláveis.

O direito a liberdade é um direito fundamental de 1ª dimensão por se tratar de direito civil, de acordo com Bonavides (2011, p. 563-564), “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico (...)”.

Pedro Lenza (2019), apresenta que o art. 5º da CF/88 (BRASIL, 1988) possui um rol meramente exemplificativo, o que não exclui que direitos e garantias advindos de outro regime

e princípios, que foram adotados pela Constituição sejam aceitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos direitos garantidos pelo art. 5º na CF/88 (BRASIL, 1988), é o direito à liberdade, a qual foi consagrada de forma genérica o que já vem sendo parte de uma tradição constitucionalista brasileira, é possível se verificar que no caso do Brasil a Constituição apresenta duas formas de se elencar o direito à liberdade, sendo de maneira específica como é no caso do rol de direitos a liberdades apresentados ao longo dos incisos do art. 5º como por exemplo o direito à liberdade de expressão ou o direito de ir e vir, ou de maneira geral que são aqueles direitos a liberdades não apresentados ao longo do art. 5º, mas que estão presentes quando há uma interpretação dessa norma. (MARINONI; MITIDEIRO; SARLET, 2019).

A positivação do direito geral de liberdade nas Constituições brasileiras não tem sido alvo de contestações pelos doutrinadores brasileiros, o que pode ser visto como uma vantagem institucional possibilitando que um apoio normativo sólido em nível nacional, permitindo que o direito à liberdade tenha uma maior proteção. Esse direito de liberdade em âmbito geral pode ser interpretado em conjunto com o §2º do art. 5º da CF/88, no qual se estabelece um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, o qual permite que direitos não previstos de forma explícita sejam integrados na norma Constitucional. (MARINONI; MITIDEIRO; SARLET, 2019).

Para Hack (2012), o art. 5º da CF/88 também é genérico em relação ao direito de liberdade devido à grande importância a autodeterminação de cada cidadão brasileiro, sendo assim permite-se que haja livre-arbítrio, ou seja a liberdade de que todo cidadão escolha como quer viver e se relacionar.

Hack (2012, p. 87), ainda apresenta que:

O indivíduo é livre para buscar seus caminhos, podendo agir da maneira como achar melhor na busca da sua felicidade. No Brasil, portanto, não se admite a planificação típica de regimes totalitários, em que o Estado decide o que é melhor para os cidadãos, escolhendo suas profissões e outros aspectos de sua vida.

Ou seja, o direito à liberdade garantido pela Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), no art. 5º é exemplificativo, o que garante que outras formas de liberdade sejam garantidas e não apenas as que constam nos incisos do art. 5º, o que permite que a liberdade de escolher como se relacionar amorosamente seja um direito fundamental e garantido pela Constituição Federal. Portanto as pessoas que mantem relacionamentos poliafetivos possuem a garantia constitucional de que a sua escolha seja aceita.

Em vista disso no capítulo que se segue o presente trabalho discorrerá sobre a poliafetividade.

## **A POLIAFETIVIDADE**

Na sociedade atual existe inúmeras formas de relacionamentos, heterossexuais, homossexuais, bissexuais sendo eles monogâmicos ou não, como é o caso dos relacionamentos poliafetivos podendo ser até mesmo um relacionamento aberto (quando o vínculo não é exclusivo entre o casal) ou fechado (quando o vínculo é exclusivo entre o casal). Os relacionamentos poliamorosos vem sendo cada vez mais presentes nas sociedades gerando acirradas discussões

haja vista a quebra do modelo tradicional familiar que predominava.

Os relacionamentos poliamorosos buscam o envolvimento íntimo e afetivo entre três ou mais pessoas, independentemente da forma que é exteriorizado, porque amar uma única pessoa é algo inconcebível. O poliamor busca romper a ideia de exclusividade que as relações monogâmicas possuem, tendo como conceito básico que os relacionamentos possuam liberdade e honestidade entre os seus membros. (CAMELO, 2019).

A poliafetividade é uma estruturação familiar entre três ou mais pessoas que possui como objetivo principal a formação de um núcleo familiar, no qual se tem o conhecimento e o consentimento de todos os envolvidos e uma relação em que se tem como base a boa-fé e solidariedade. (FILHO; VIEGAS, 2019).

Quando se busca uma definição para a poliafetividade Dias (2021) apresenta que existem diversos termos, como poliamor, poliamorismo, família poliafetivas ou poliamorosa assim como também existem diversos arranjos familiares, mas que quando se trata de formas de amar não heteronormativas a uma grande repulsa social e que por conta disso a uma expressa exclusão de direitos causando uma invisibilidade em toda forma de amor que se afaste do modelo monogâmico.

Um caso muito recente de união poliafetiva foi noticiado pelo G1 do Ceará, no qual uma influenciadora mantém relação com dois homens, um deles está com a influenciadora a quase oito anos e o outro passou a fazer parte da relação mais recentemente, o trisal vive em Fortaleza com quatro crianças da qual as duas mais novas são filhas de cada um dos maridos. (G1 CE; 2023)

Com o reconhecimento da união estável e casamento das relações homoafetivas no Brasil, pessoas adeptas aos relacionamentos poliafetivos decidiram tornar público seus relacionamentos buscando um reconhecimento das suas relações.

O primeiro caso que se tem registro aconteceu em 2012 em Tupã no estado de São Paulo onde um homem e duas mulheres oficializaram a união no cartório de notas da cidade. A união do trisal foi oficializada através de uma escritura pública de União Poliafetiva, pela tabeliã de notas e protestos Cláudia do Nascimento Domingues. (G1 BAURU E MARILIA; 2012).

No entanto o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibiu em junho de 2018, os cartórios de fazerem escrituras públicas de uniões poliafetivas sobre a alegação de que a sociedade brasileira não incorporou este modelo de união como forma de família o que dificultaria a concessão desse status tão importante. No entanto essa postura impossibilita a proteção daqueles que desejam regulamentar o que já faz parte da sua vida e do seu cotidiano, além de ser um grande retrocesso ao reconhecimento do pluralismo familiar. (ROSA, 2022).

É possível averiguar quais foram os argumentos utilizados pelos conselheiros na jurisprudência a seguir:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO. 1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e

respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las. (...). 4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos. 5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”. 6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”. 7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; consequentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico. (...). 11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”. 12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos. 13. Pedido de providências julgado procedente. (CNJ - PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0001459-08.2016.2.00.0000 - Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - 48ª Sessão Extraordinária - julgado em 26/06/2018).

A jurisprudência acima citada apresenta os principais argumentos utilizados pelos conselheiros do CNJ, em relação a lavratura de escrituras públicas de uniões poliafetivas, de acordo com eles as lavraturas não podem ser realizadas já que núcleos familiares poliafetivos não estão incorporados aos costumes e convivência do brasileiro, o que não leva há discussões no meio jurídico em relação a esse modelo familiar, argumentaram também que o brasileiro possui a monogamia como um elemento estrutural da sociedade brasileira e que os tribunais repelem a poliafetividade por se tratar de relações que apresentam paralelismo afetivo.

Rosa (2022, p. 233) argumenta, no entanto, que:

Negar proteção jurídica às relações poliamoristas reduzirá a dignidade dos envolvidos, fragilizando a relação estabelecida e afronta a autonomia das pessoas. Até porque ao sistema jurídico não compete criar o conceito de família, mas em verdade, proteger as entidades familiares constituídas pelas pessoas humanas. Por conseguinte, é preciso reconhecer que não pode o sistema jurídico negar tutela a pessoas que formaram um núcleo afetivo com caráter visivelmente familiar, sob pena de afrontar, em última análise a própria dignidade humana. Até porque as pessoas envolvidas não deixarão o seu modo de exprimir a afetividade meramente por conta de uma privação de efeitos jurídicos.

Como dispõe o professor Conrado a proibição estipulada pelo CNJ fere a dignidade dos envolvidos além de ter sido baseada em padrões morais e bons costumes retrógrados, além da clara tentativa de banalizar os sentimentos que fogem dos padrões pré-estabelecidos.

Maria Berenice Dias (2021) argumenta ainda que são muitos os argumentos utilizados para que negassem os efeitos jurídicos a poliafetividade, entre eles o de que essa forma de relacionamento é uma afronta ao princípio da monogamia e um desrespeito ao dever de fidelidade.

A monogamia não se sustenta como princípio jurídico, já que não é considerada um “dever ser” que o Estado impõe para todas as relações familiares. Quando se fala de dignidade da pessoa humana não há possibilidade de compelir alguém a formar uma família essencialmente monogâmica, portanto utilizar a monogamia como princípio estruturante do Direito das Famílias seria como decretar a infelicidade dos cidadãos que pretendem constituir uma família múltipla. (FILHO; VIEGAS, 2019)

Pode-se concluir que as sanções praticadas aos relacionamentos poliafetivos são baseadas em preconceitos e padrões morais, assim como fica claro o fato de que o legislador ainda não sancionou nenhuma lei que proteja esses relacionamentos porque levam em conta esses padrões morais, os relacionamentos morais podem muito bem serem caracterizados como união estável e possuir todas as garantias e direitos que as uniões estáveis possuem.

Portanto no capítulo que se segue o presente trabalho discorrerá sobre a união estável e seus requisitos.

## UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A união estável foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), em seu art. 226, §3º (BRASIL, 1988), o qual apresenta que as uniões estáveis devem ser relações entre homem e mulher com o intuito de constituir entidade familiar possibilitando a conversão dessas uniões em casamento. A união estável também passou a ser regulamentada a partir de 2002 pelo Código Civil (BRASIL, 2002) em seus arts. 1.723 a 1.727.

Foi a partir da regulamentação da união estável que ela passa a gozar de absoluta igualdade e sem qualquer distinção com o casamento, garantindo assim que as pessoas que estabelecem uniões estáveis tenham um tratamento idêntico aos cônjuges em caso de sucessão por exemplo, também buscando valorizar a constituição do núcleo familiar e seu afeto. (DIAS; 2021).

É necessário que fique claro que união estável e casamento são distintas, ou seja não são a mesma coisa e nem querem ser, o casamento por exemplo é uma união formal e solene e a união estável é não solene e informal. Mas possuem a mesma proteção por parte do Estado. (FARIAS; ROSA, 2022).

A união estável é classificada como um ato-fato já que independe de qualquer forma de formalização, segundo Lôbo (2014), as uniões estáveis:

(...) por sua natureza singular, não estão sujeitos aos princípios da validade, isto é, não podem ser nulos ou anuláveis. Tampouco a eles se aplicam as hipóteses de vícios de vontade (erro, coação, dolo, lesão, simulação). Esse ponto é de grande relevância, pois se a união estável pudesse ser originada em ato jurídico, como o casamento, estaria passível de anulação, por exemplo, por coação ou erro essencial sobre a pessoa do companheiro.

Ou seja, união estável é diferente de união matrimonial elas são equiparadas em direitos e garantias estabelecidas pelo Estado, mas possuem grande diferença quando se trata de sua constituição e requisitos essenciais.

Com o reconhecimento da união estável na CF/88 (BRASIL, 1988) foi necessário que Leis Complementares fossem criadas para que se estabelecesse os requisitos e limites de tal entidade familiar. Inicialmente foi promulgada uma Lei que estabeleceu alguns elementos necessários para que a união estável se equiparasse ao matrimônio em relação de direito sucessório e de alimentos, alguns desses requisitos eram, convivência por um período superior a cinco anos, a concepção de filhos e a condição de companheirismo entre os conviventes. No entanto esses requisitos foram modificados com o advento da Lei nº 9.278/96 (BRASIL, 1996) que apenas estabeleceu como requisitos para a união estável a condição de convivência duradoura, pública e contínua. (ROSA, 2022).

Com a promulgação da Lei de nº 9.278/96 (BRASIL, 1996), os requisitos necessários para a constituição de união estável passaram a ser mais brandas, o prazo mínimo de convivência foi eliminado e foram admitidas as uniões estáveis de pessoas separadas de fato, reconheceu o direito real de habitação além de reconhecer a presunção *juris et de jure*, ou seja, garantiu que a partilha dos bens adquiridos na constância da união estável são frutos do esforço comum do casal, afastando assim qualquer questionamento sobre a partilha igualitária dos bens. (DIAS, 2021).

O art. 1.723 do CC/02 (BRASIL, 2002), assim como o art. 226, §3º da CF/88 (BRASIL, 1988) apresentam quais são os requisitos para o reconhecimento da união estável, que são, a publicidade, durabilidade, continuidade, objetivo de constituição de núcleo familiar e dualidade de sexos.

As uniões estáveis devem ser públicas e não clandestinas, é preciso que os envolvidos tenham um comportamento notório, pouco importa se são muitas ou poucas as pessoas que têm conhecimento da união. É necessário que se entenda que o requisito de publicidade não obriga que os envolvidos expressem a todo momento e lugar o seu relacionamento já que a CF/88 (BRASIL, 1988), prevê como direito fundamental a vida privada, é um requisito que pode ser flexibilizado já que não é um requisito excessivamente rigoroso. (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

O requisito da durabilidade surge da necessidade de que o relacionamento seja estável e duradouro, não se tem a necessidade de tempo mínimo para o reconhecimento da união estável, mas é necessário um tempo razoável de relacionamento no qual fique evidente que havia intenção de constituição de núcleo familiar, sendo assim o requisito de continuidade está em conjunto com o requisito da durabilidade. (FARIAS; ROSA, 2022).

O propósito de constituição de família vem para exteriorizar a intenção do casal de viver como se casados fossem é o requisito mais importante, mas também o mais difícil de comprovar já que se trata de caráter subjetivo do casal, a intenção de constituir núcleo familiar só ficará evidente através do comportamento dos integrantes da união. (ROSA, 2022).

Para ficar evidente a importância que esses requisitos possuem para que haja esse reconhecimento a jurisprudência a seguir demonstrara que na falta desses requisitos a união estável não pode ser reconhecida.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. APELO 1 (K. M. V.). RECONHECIMENTO. DISSOLUÇÃO. PARTILHA. ENTIDADE FAMILIAR. ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS AUSENTES. PLEITO DE PARTILHA DE BENS. PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.1. Não demonstrada a conotação de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação, com o propósito do casal de constituir família, engendrando esforços comuns e indicativos dessa finalidade e comprovado se tratar apenas de namoro, inadmissível o reconhecimento da união estável.2. Afastada a união estável, resta prejudicado o pedido de partilha de bens.3. Recurso conhecido e não provido. [...] (TJPR - 11ª Câmara Cível - 0004094-19.2017.8.16.0084/1 - Goioerê - Rel.: DESEMBARGADOR FABIO HAICK DALLA VECCHIA - J. 23.02.2022).

A jurisprudência acima citada, trata-se de recurso de apelação em caso de dissolução e partilha de união estável, no qual os requisitos necessários para o reconhecimento da união não foram demonstrados, enquadrando o relacionamento apenas como namoro, sendo, portanto, indeferido o recurso de apelação.

Em relação ao requisito de dualidade de sexos, tanto a carta magna como o Código Civil

(BRASIL, 2002) apresentam que a união estável existira entre homem e mulher, possivelmente essa exigência foi normatizada devido aos padrões morais da época, mas fazer tão exigência na atual sociedade é incompatível com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), pois ela é garantista, humanista, igualitária e promove as liberdades individuais. (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Em relação a interpretação que se deve fazer do art. 226, §3º da CF/88 (BRASIL, 1988) e do art. 1.723 do CC (BRASIL, 2002), Farias e Rosenvald (2017, p. 477) apresentam que:

Não se poderia admitir uma interpretação restritiva dos elementos caracterizadores da união estável. Até porque, seja heteroafetiva, ou seja, homoafetiva, a união estável tem a mesma base fundante, se apresentando como uma relação de afeto e de solidariedade.

O primeiro Tribunal de Justiça que fixou competência para julgar as ações decorrentes de uniões estáveis homoafetivas na Vara de Família foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que possibilitou que a partir daquele momento as dissoluções de união estável entre pessoas de mesmo sexo não fossem mais tratadas como uma dissolução de sociedade de fato. (ROSA, 2022).

Foi no ano de 2011 que o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 4.277 a qual foi proposta pela Procuradoria Geral da República, em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132, o qual foi proposta pelo governador do Rio de Janeiro. O STF julgou procedente e reconheceu por unanimidade as uniões homoafetivas como entidade familiar, possuindo as mesmas regras e consequências das uniões heteroafetivas. (ROSA, 2022).

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SOCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. (...). Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...). A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (...). A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. (...). A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão

em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. (...). Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212).

A decisão do STF, reconhecendo as relações homoafetivas como uniões estáveis mudou a maneira de se lidar com estas uniões, já que com esse reconhecimento casais do mesmo sexo passaram a ter seus direitos e garantidos por Lei, possibilitando por exemplo em casos de dissolução de união estável a partilha dos bens adquiridos na constância da união, como também a conversão da união estável em casamento.

Com isso em mente deve se questionar quais são os motivos que levam o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), a negar o reconhecimento de uniões poliafetivas. Portanto no capítulo que se segue será apresentado os argumentos utilizados pelo STJ e STF para o não reconhecimento das uniões poliafetivas.

## **(IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA POLIAFETIVIDADE À LUZ DO DIREITO À LIBERDADE**

O argumento utilizado pelos Tribunais Superiores para o não reconhecimento das uniões poliafetivas é que tais relações ferem ao princípio da monogamia, assim como também se caracterizam como concubinato.

De acordo com decisão proferida pelo STJ, em discussão sobre paralelismo de uniões afetivas, fica evidente o argumento utilizado para que uniões poliafetivas não sejam reconhecidas.

Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. - Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. - A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. (...) - Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade? que integra o conceito de lealdade? para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. - As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na

liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para se casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido. (REsp n. 1.157.273/RN, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/5/2010, DJe de 7/6/2010.)

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, nos casos que se configurem relações de uniões afetivas múltiplas como as relações poliafetivas, os juízes devem possuir redobrada atenção ao princípio da monogamia, além disso declara que emprestar aos novos arranjos familiares os efeitos jurídicos da união estável vai contra o que dispõe a lei, já que conforme o art. 1.727 do CC/02 (BRASIL, 2002) as relações constituídas entre homem e mulher que são impedidos de casar configuram concubinato.

Em discussão de Recurso Extraordinário (RE) 1045273, que envolvia a divisão de pensão por morte de um homem que possuía união estável reconhecida com uma mulher e ao mesmo tempo mantinha uma relação homoafetiva durante 12 anos. O STF por maioria de votos julgou ilegítima a existência de duas uniões estáveis paralelas, sobre o argumento de que a existência de união estável judicialmente reconhecida, impede o reconhecimento de outra união concomitante e paralela. E que segundo o Ministro Alexandre de Moraes, o STF reconhecer a validade de casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo não possibilita a bigamia, e que apenas se conferiu plena igualdade nas relações, independente da orientação sexual. Assim como também ressaltou que o Código Civil Brasileiro não admite que pessoas já casadas declarem união estável, e que a Constituição Federativa Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), se sustenta no princípio da monogamia como requisito para o reconhecimento jurídico das uniões estáveis. (STF, 2020).

De acordo com Livia H. O. Poggiali e Luís C. B. Gambigi (2021, p. 380): “parece razoável afirmar que as normas do Código Civil ao imporem um modelo monogâmico para as relações conjugais e convivências invadem a esfera da intimidade e vida privada das pessoas.”

É necessário que se entenda que a monogamia é definida como uma condição das pessoas que se relacionam efetiva e sexualmente com apenas um parceiro ao longo de toda sua vida, podendo ser estas relações de curto ou longo prazo, ou seja, a monogamia pressupõe uma exclusividade entre os indivíduos participantes da relação. (FILHO; VIEGAS, 2019).

No Direito das Famílias Contemporâneo, a monogamia não é um princípio estruturante pois o Estado não pode obrigar as pessoas a se relacionarem e viverem de forma monogâmica, além de que no primado da dignidade da pessoa humana não é possível obrigar um indivíduo a formar um núcleo familiar essencialmente monogâmico, se isso não fazer parte da sua essência de vida. Considerar a monogamia como princípio do Direito de Família Contemporâneo é o mesmo que impedir que os indivíduos que pretendem formar uma família composta por múltiplos membros sejam felizes, é forçar uma maneira de se relacionar com outra pessoa e principalmente é negar o direito à liberdade do indivíduo. (FILHO; VIEGAS, 2019).

De acordo com Maria Berenice Dias (2021, p. 60):

(...) a monogamia não é um princípio do direito estatal de família, é regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. Monogamia é um imperativo da cultura. Um modo de organização da família conjugal. O seu negativo, ou o seu avesso, não significa necessariamente o horror de toda organização social, ou seja, a promiscuidade. (...).

Não se pode considerar a monogamia como princípio até porque a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) não a contempla, ainda que se recrimine o descumprimento ao dever de fidelidade é na verdade tolerado pelas normas brasileiras, como por exemplo em casos de filhos nascidos fora do âmbito matrimonial, eles não sofrem qualquer discriminação perante a Lei e são assegurados de seus direitos mesmo sendo frutos de relações adúlteras. (DIAS, 2021).

O Direito de Família Brasileiro possui vários princípios entre eles estão o da dignidade humana, o da liberdade e o da afetividade. A dignidade humana é o maior princípio e o mais universal de todos, é o princípio do qual se irradiam todos os demais, é o fundante do Estado Democrático de Direito consagrado já no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), garantindo que o Estado não atente contra a dignidade humana. O princípio da liberdade garante o respeito a dignidade humana, em âmbito familiar ele garante a liberdade de escolha da maneira que o indivíduo quer se relacionar seja com uma pessoa ou mais, ou de forma heterossexual ou homossexual. (DIAS, 2021).

Como diz Paulo Lôbo, o princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral. (LÔBO *apud* DIAS, 2021, p. 67).

O princípio da afetividade é o um dos princípios que fundamenta o Direito de Família que visa que o afeto não é apenas um laço que envolve a família, mas também é um viés externo, ou seja, o princípio da afetividade garante que se leve em conta o afeto entre as pessoas. Por mais que o Constituição Federal (BRASIL, 1988) não cite as palavras afeto ou afetividade esse princípio foi consagrado no âmbito estatal a partir do momento em que as uniões estáveis foram reconhecidas. (DIAS, 2021).

A colisão da monogamia com esses princípios, principalmente com o de liberdade é uma ameaça a esfera existencial do ser humano, deve-se levar em conta que nos casos de colisão entre princípios utiliza-se a ponderação, ou seja, se afasta um princípio em detrimento de outro, levando isso em conta não se deve utilizar o princípio da monogamia como argumento para o não reconhecimento das uniões poliafetivas. (VIEGAS, 2017).

Para Maria Berenice Dias (2021), tentar levar a monogamia a um status de princípio pode acarretar resultados desastrosos, como por exemplo em relações simultâneas ou poliafetivas, quando não se aplicaria os efeitos jurídicos a um ou aos dois parceiros sob o fundamento de que essas relações ferem o princípio da monogamia poderia levar ao enriquecimento sem causa de uma das pessoas envolvidas.

Ao se utilizar o princípio da monogamia como um obstáculo ao reconhecimento da poliafetividade esse princípio entraria em colisão com alguns dos princípios fundamentais, estes no qual repousaria a validade da poliafetividade estando entre eles o do princípio da liberdade e

da dignidade humana, além do próprio direito à liberdade garantido na CF/88 (BRASIL, 1988). O princípio da dignidade humana estando presente desde o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e o direito à liberdade estando presente no art. 5º da carta magna. (POGGIALI; GAMBOGI, 2018).

Ao se analisar se esse não reconhecimento fere o direito à liberdade deve-se lembrar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) possui soberania hierárquica em face das outras normas brasileiras, ou seja, é hierarquicamente soberana ao Código Civil (BRASIL, 2002).

Essa hierarquia nas normas brasileiras segue uma lógica semelhante com a da pirâmide de Kelsen, na qual as normas de menor grau obedecem às normas de maior grau. De acordo com a pirâmide de Kelsen as normas constitucionais são soberanas as demais normas já que estariam no topo da pirâmide, sendo seguidas por Leis complementares, delegadas, ordinárias, decretos, tratados e assim sucessivamente estando os costumes na base da pirâmide. (TOTVS, 2022).

Portanto utilizar-se do princípio da monogamia é ir contra a hierarquia das normas brasileiras, já que o princípio da monogamia não é um princípio constitucional e o art. 1.727 do CC/02 (BRASIL, 2002) também não deve ser argumento fundante da não aceitação das uniões poliafetivas, pois a Constituição Federal de 1988 garante que todo cidadão possui direito à liberdade e autonomia privada de escolher como quer se relacionar.

Assim fica-se claro que o não reconhecimento das uniões poliafetivas pelos Tribunais Superiores fere principalmente o direito à liberdade de que todo cidadão brasileiro dispõe, e que o judiciário não busca regulamentar essas uniões por puro preconceito enraizado na sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto fica-se evidente a forte influência que costumes originados por preceitos morais e religiosos tiveram sobre a sociedade brasileira, costumes esses que repudiam qualquer forma de relacionamento que não seja monogâmico, o que vem impossibilitando a normatização das relações poliafetivas.

De acordo com os tribunais superiores as relações poliafetivas não podem ser reconhecidas porque ferem o princípio da monogamia e por se caracterizarem como concubinato, mas conforme apresentado ao longo do trabalho o princípio da monogamia não é existente no ordenamento jurídico brasileiro já que a Constituição não a contempla, portanto não se pode utilizá-lo como motivo para o não reconhecimento dessas relações.

Ao se falar sobre o reconhecimento das uniões poliafetivas deve-se levar em conta que a nossa Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) garante em seu art. 5º o direito à liberdade como um direito fundamental do cidadão, além de garantir que o Estado não interfira na vida privada. Portanto utilizar-se de preceitos morais e de artigos do Código Civil (BRASIL, 2002) como argumento para o não reconhecimento dessas uniões é inconstitucional já que fere diretamente o direito fundamental a liberdade.

Levando-se em conta tudo o que foi discutido no presente artigo científico, ficou-se cla-

ro que as uniões poliafetivas possuem todos os requisitos para se enquadrarem como uniões estáveis e que deveriam ter a possibilidade de serem registradas em âmbito jurídico, e que os Tribunais Superiores e o Conselho Nacional de Justiça apenas não reconhecem a poliafetividade como entidade familiar por puro preconceito, originado por costumes morais e religiosos.

Portanto conclui-se que o não reconhecimento das uniões poliafetivas fere diretamente o direito à liberdade, e que discutir esse tema e de grande importância, haja vista que o reconhecimento de uniões entre mais de duas pessoas deve levar a inúmeras discussões onde devem ser analisadas todas as normas que regulamentam o direito de família, tendo se em vista que esse reconhecimento afetará principalmente a sucessão e a partilha dos bens quando houver separação, além disso deverá se ter um maior cuidado ao se analisar as normas que afetariam diretamente os filhos dos casais poliafetivos.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo; Curso De Direito Constitucional. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO. Brasília. Relator: João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/Infojuris2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=51260&i>. Acesso em: 15 de jan. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1. 157.273 – RN (2009/0189223-0). Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 2010. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901892230&dt\\_publicacao=07/06/2010](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901892230&dt_publicacao=07/06/2010). Acesso em: 17 de mar. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade 4.277. Distrito Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Relator: Min. Ayres Britto. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 17 de mar. 2023.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão de Apelação, processo de nº: 0004094-19.2017.8.16.00841. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. APELO 1 (K. M. V.). RECONHECIMENTO. DISSOLUÇÃO. PARTILHA. ENTIDADE FAMILIAR.

ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS AUSENTES. PLEITO DE PARTILHA DE BENS. PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Relator: Des. Fabio Haick Dalla Vecchia. 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000019555681/Ac%C3%B3-0004094-19.2017.8.16.0084/1>. Acesso em: 17 de mar. 2023.

CAMELO, Tereza Cristina da Cruz. Uniões poliafetivas como hipótese de formação de família e a discussão envolvendo a partilha inter vivos. 2019. 207 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

DIAS, Maria Berenice. MANUAL DE DIREITO DAS FAMILIAS. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. 2021.

FILHO, R. P.; VIEGAS, C. M. A. R.; ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE PROÍBE A LAVRATURA DA ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO POLIAFETIVA. Argumentum. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/963>. Acesso em: 17 de jan. 2023.

FARIAS, C. C.; ROSA, C. P.; DIREITO DE FAMÍLIA NA PRÁTICA. 1. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; CURSO DE DIREITO CIVIL: famílias. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

HACK, Érico; DIREITO CONSTITUCIONAL: conceitos, fundamentos e princípios básicos. 1. ed. Curitiba, 2012.

INFLUENCIADORA mantém relação com dois maridos após acordo: “Não tenho mais depressão”. G1 Ceará. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2023/04/02/influenciadora-mantem-relacao-com-dois-maridos-apos-acordo-nao-tenho-mais-depressao.ghtml>. Acesso em: 20 de mar. 2023.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 23. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%2525252525C3%2525252525A7%-2525252525C3%2525252525A3o+da+uni%2525252525C3%2525252525A3o+est%-2525252525C3%2525252525A1vel+como+ato-fato+jur%2525252525C3%2525252525ADdico+e+suas+repercuss%2525252525C3%2525252525B5es+processuais#:~:text=Por%20ser%20ato%20fato%20jur%C3%ADdico,converta%2Dse%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADdica>. Acesso em: 17 de jan. 2023.

MARINONI, L. G.; MITIDEIRO, D.; SARLET, I. W.; CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. APELO 1 (K. M. V.).

POGGIALI, L. H. O.; C. B. GAMBOGI, L. União poliafetiva: família de fato. E de direito? Revista Ártemis, [S. I.], v. 26, n. 1, p. 368–386, 2018. DOI: 10.22478/ufpb.1807-8214.2018v26n1.36745. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/view/36745>. Acesso em: 23 de fev. 2023.

RECONHECIMENTO. DISSOLUÇÃO. PARTILHA. ENTIDADE FAMILIAR. ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS AUSENTES. PLEITO DE PARTILHA DE BENS.

PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Relator: Des. Fabio Haick Dalla Vecchia. 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000019555681/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0004094-19.2017.8.16.0084/1#>. Acesso em: 15 de mar. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO. 9. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF rejeita reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457637>. Acesso em: 15 de mar. 2023.

TOTVS. O que é Pirâmide de Kelsen, como funciona a hierarquia das normas e sua aplicação nas empresas. Disponível em: <https://www.totvs.com/blog/gestao-juridica/piramide-de-kelsen/#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20a%20Pir%C3%A2mide,pelo%20jurista%20austr%C3%ADaco%20Hans%20Kelsen>. Acesso em: 20 de mar. 2023.

União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. G1 BAURU E MARÍLIA, 2012. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>. Acesso em: 17 de jan. 2023.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Orientador: Leonardo Macedo Poli. 2017. 232 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.



# Alienação parental inversa

## Reverse parental alienation

---

Clederson Alves da Silva

*Acadêmico de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON*

Matheus Portela

*Professor Orientador da Faculdade ISEPE/RONDON*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.5

## RESUMO

A alienação parental está prevista através da lei 12.318/2010 que conceitua a alienação parental como sendo a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, sendo esta induzida por um de seus familiares, mas a legislação, contudo, não se atentou em proteger também a pessoa idosa que apresenta uma série de limitações, fazendo-se necessário à sua proteção de forma mais direta e objetiva. Neste sentido este trabalho teve por objetivo avaliar a possibilidade de aplicação da lei 12.318/2010 para o idoso. Para atender o objetivo proposto foram utilizados os procedimentos metodológicos classificados quanto ao nível de natureza exploratória, optando pela abordagem qualitativa e empregando o procedimento de pesquisa bibliográfica para coleta de dados. Inicialmente a pesquisa conceitua a dignidade da pessoa humana, a evolução e tipos de família. Seguidamente, define a alienação parental, demonstrando as consequências dessa prática e conceituando a alienação parental inversa. Finaliza-se analisando algumas decisões do Tribunal de Justiça, a fim de verificar como o órgão vem tratando a problemática da alienação parental inversa. Pode-se concluir que apesar de que a pessoa idosa vem sendo objeto de preocupação perante a sociedade brasileira, ainda é necessário que Estado revise e avalie urgentemente a lei 12.318/2010 incluindo os idosos.

**Palavras-chave:** alienação parental. lei. legislação. familiares. família.

## INTRODUÇÃO

A população idosa no Brasil, nas últimas décadas, tem aumentado consideravelmente, tal crescimento tem ocorrido de maneira rápida e progressiva, necessitando assim, que a comunidade brasileira passe por uma readaptação, a fim de obter condições adequadas de suprir as demandas e necessidades básicas que se fazem típicas desse grupo etário (MATOS, 2019).

Neste contexto, podem ocorrer situações de abuso, negligência ou exploração financeira por parte dos familiares ou cuidadores. Esses comportamentos podem ter efeitos adversos na saúde e bem-estar dos idosos, levando a uma perda de autonomia e qualidade de vida.

Segundo Braga (2011), mesmo que a expectativa de vida dos idosos tenha aumentado, os seus organismos ainda continuam mais suscetíveis a doença, ou seja, a velhice os torna frágeis psicologicamente, deixando-os deprimidos e mais dependentes de seus familiares. Por este motivo, é necessário que a família, o Estado e a sociedade os amparem. Esta fragilidade deixa o idoso exposto à prática da alienação por parte de um de seus filhos, curador ou parentes próximos. Neste caso, o idoso é afastado da convivência com os outros filhos que são vítimas e que denominamos alienados.

A alienação parental é um termo frequentemente usado no contexto de crianças e adolescentes, referindo-se à manipulação de um dos pais para alienar a criança do outro genitor. O tema sobre alienação parental foi desenvolvido pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner que em 1985, que desenvolveu a teoria da síndrome alienação parental (SAP) que a define como um distúrbio infantil que acomete crianças e adolescentes envolvidos em situações de disputa de guarda entre os pais.

No Brasil, a alienação parental (AP), manifesta-se entre a dissolução dos cônjuges, entre as crianças e os adolescentes na forma da lei 12.318/2010, mas a lei não regulamentou a alie-

nação que, eventualmente, pode ser cometida em face de uma pessoa idosa (CALMON, 2020).

Com base na construção da alienação parental de crianças e adolescentes, a doutrina começou a questionar se a alienação parental poderia ocorrer, também, em relação às pessoas idosas. A própria Constituição no art. 229 estabelece o dever de reciprocidade entre pais e filhos, de modo que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (CALMON, 2020).

Neste sentido este trabalho tem por objetivo avaliar a possibilidade de aplicação da lei 12.318/2010 para o idoso. Na forma da lei se diz criança e adolescente, mas pode existir uma analogia entre a lei?

## DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana refere-se à ideia de que todo ser humano possui um valor intrínseco, independentemente de sua origem étnica, nacionalidade, sexo, religião, orientação sexual, condição socioeconômica ou qualquer outra característica pessoal. Ela é inerente à própria condição humana e não pode ser retirada ou negada a ninguém. A dignidade implica no reconhecimento da igualdade e da singularidade de cada indivíduo, bem como no respeito à sua autonomia e integridade física, psicológica e moral (BARROSO, 2013).

A garantia da dignidade da pessoa humana exige uma abordagem holística, que abranja diversos aspectos da vida humana. Ela implica no acesso a condições de vida dignas, como moradia adequada, alimentação suficiente, cuidados de saúde, educação, trabalho decente e segurança social. Também envolve o respeito à integridade física e psicológica, proibindo a tortura, o tratamento cruel, desumano ou degradante (ZANETTI, 2013).

Sob a ótica do direito a dignidade da pessoa humana está baseada na ideia de que cada ser humano possui direitos inalienáveis e fundamentais, que devem ser garantidos e protegidos pelo Estado e pela sociedade como um todo. Esses direitos incluem, entre outros, o direito à vida, à liberdade, à integridade física e mental, à privacidade, à igualdade perante a lei, à não discriminação, à liberdade de expressão e à participação política. Esses direitos estão assegurados pela constituição Federal que no seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988) diz:

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Já no seu artigo 3º, inciso IV, estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, o que está diretamente ligado à ideia de dignidade.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Além disso, o artigo 5º da Constituição estabelece um rol extenso de direitos e garantias individuais, todos eles em consonância com a proteção da dignidade da pessoa humana.

## **Evolução histórica da família sob a ótica do direito**

Sob a ótica do direito, a evolução histórica da família reflete as transformações sociais, culturais e jurídicas ao longo dos tempos. A instituição familiar tem sido um pilar fundamental nas sociedades, e seu entendimento e proteção pelo direito evoluíram consideravelmente, acompanhando as mudanças na concepção e organização da família (GONÇALVES, 2011).

Segundo Garcia (2018) antigamente, o conceito de família era baseado em laços consanguíneos e patriarcais. A família era uma unidade econômica e política, centrada no poder do chefe da família, geralmente o pai ou o avô. O direito romano, por exemplo, reconhecia a figura do pater famílias, o chefe de família com autoridade sobre todos os membros, incluindo filhos, netos, escravos e outros dependentes.

Com o advento do cristianismo e a disseminação dos valores religiosos, a família ganhou uma conotação mais moral e religiosa. A Igreja Católica exerceu uma influência significativa sobre as leis familiares, estabelecendo a monogamia, a indissolubilidade do casamento e a proibição do divórcio. O casamento era visto como um sacramento e a família era considerada a base da sociedade (MONTREZOL, 2016).

Para Engels (1984, p. 30) na tradução do livro de Lewis Henry Morgan, diz; “A origem da família e da propriedade privada do Estado” pode concluir que existiu uma época primitiva, e identificou os tipos de família que existiram ao longo da história. É o elemento ativo, nunca permanece estacionada, mas passa de uma forma inferior para forma superior, à medida que a sociedade evolui. Os sistemas de parentesco, é um elo contrário, são passíveis só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente (ENGELS, 1984, p. 30).

Durante a Idade Média, a família continuou a ser uma unidade econômica e social, mas também começou a ter um papel político, com casamentos entre famílias nobres que eram frequentemente arranjados com o objetivo de fortalecer alianças e garantir a transmissão de riquezas e poder. Nessa época, o direito consuetudinário (costumeiro) desempenhava um papel central na regulamentação das relações familiares (NORONHA E PARRON, 2012).

A partir da Idade Moderna, com o advento do Estado moderno e a codificação das leis, a família passou a ser cada vez mais regulada pelo direito. A Revolução Francesa e o Código Napoleônico tiveram um impacto significativo na evolução do direito de família. O casamento civil foi instituído como uma forma legal de contrair matrimônio, o divórcio foi legalizado e a igualdade entre marido e esposa começou a ser reconhecida (GARCIA, 2018).

Segundo Noronha e Parron (2012) no século XIX, surgiram movimentos em defesa dos direitos das mulheres e das crianças, o que influenciou a legislação familiar. Gradativamente, a noção de igualdade de gênero foi sendo incorporada nas leis, e direitos como o direito de propriedade e o direito à guarda dos filhos foram ampliados para as mulheres. Já no século XX, a família passou por profundas transformações, impulsionadas pela urbanização, industrialização e mudanças culturais. A família nuclear, composta por um casal e seus filhos, tornou-se o modelo predominante, mas ao longo do século, novas formas de organização familiar surgiram, como

famílias monoparentais, famílias recompostas, uniões estáveis e famílias homoafetivas.

O processo de evolução da família contemporânea segundo Pereira e Dias (2003):

A travessia para o novo milênio transporta valores totalmente diferentes, mas traz como valor maior uma conquista: a família não é mais um núcleo econômico e de reprodução, onde sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser muito mais um espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor, e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito.

Para o direito o reconhecimento legal dessas novas formas de família tem sido um desafio. Muitos países têm revisado suas leis para incluir e proteger essas diferentes configurações familiares. O casamento entre pessoas do mesmo sexo foi legalizado em várias jurisdições, e direitos como a adoção por casais homoafetivos têm sido garantidos em diversos lugares. A evolução da família continua, com debates e transformações em torno de questões como barrigas de aluguel, reprodução assistida, co-parentalidade, entre outros. O direito tem o desafio de acompanhar essas mudanças e garantir a proteção dos direitos e interesses de todos os membros das diferentes famílias (GARCIA, 2018).

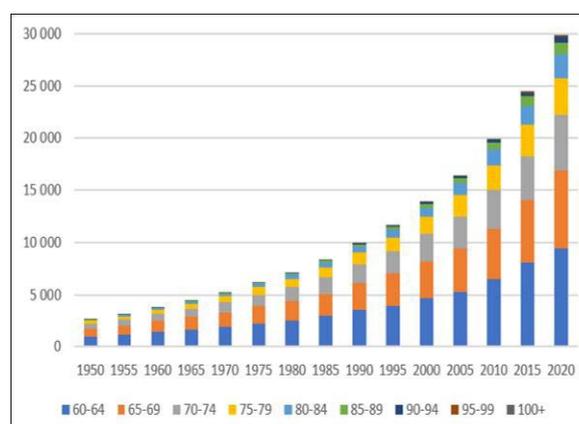
## Família e Idosos

Ramos (2014, p. 22) diz que o princípio da história da família foi marcado por entidades familiares com poucos membros em idade avançada, pois, “chegar à velhice, era muito raro, em razão das condições insalubres para a existência e a longevidade humana”.

Esse cenário modificou-se e atualmente segundo Rozendo e Justo (2012) nos últimos anos no Brasil, houve um aumento significativo na proporção da população idosa. Isto implicou reformas na Previdência Social e modificações nas políticas públicas relacionadas aos direitos humanos dessa população. Zimmerman (2000) complementa dizendo que houve um progressivo aumento da população idosa e isto se deu por conta de alguns fatores, dentre os quais dois são relevantes: a diminuição da natalidade e o aumento da longevidade.

A imagem 1 elaborada com base dos dados da ONU -Organização das Nações Unidas -demonstra a evolução do número de pessoas idosas de 1950 até 2020. É possível verificar o aumento da expectativa média de vida da população, bem como o quantitativo da população idosa. Desse modo, provocando mudanças estruturais na pirâmide etária que evidenciam uma transição demográfica.

**Figura 1- Evolução do número de idosos no Brasil por faixa etária.**



Fonte: Divisão de população da ONU <https://esa.un.org/unpd/wpp>.

Neste sentido Rodrigues (2018) diz que o crescimento da população idosa no mundo, em virtude da crescente expectativa de vida nos países, não tem sido valorizado. Os anciões, na sua grande maioria, continuam sendo tratados como estorvos para suas famílias.

Atente-se para o fato de que a velhice não se tornou uma questão social relevante apenas pelo fato de as sociedades apresentarem um número cada vez maior de velhos, mas, especialmente, em razão de esses mesmos velhos e demais grupos sociais a eles solidários terem se mobilizado no sentido de exigir que direitos essenciais lhes fossem reconhecidos (RAMOS, 2014, p. 33).

Segundo Oliveira (2021) a família é a base da sociedade e tem um papel crucial no cuidado e suporte dos idosos. O Art. 229 da Constituição estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Nesse mesmo sentido, o Art. 230 aborda a importância da proteção aos idosos, a fim de resguardar o direito à vida destes, frisando ainda que “dever da família, da sociedade e do Estado, amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhes o direito à vida.”

O direito desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos dos idosos e na promoção de um ambiente familiar adequado para o seu bem-estar. Segundo Alonso, (2005, p. 33):

O Direito dos Idosos surge como uma alternativa para compensar ou, pelo menos, minimizar os danos causados por uma organização socioeconômica que não valoriza o que nós somos, mas aquilo que nós produzimos. E se não produzimos não somos nada, praticamente não participamos da vida social.

Matos (2019) diz que no Brasil, o trabalho desenvolvido em favor dos idosos até os anos 70 era desenvolvido como obras de caridade, sendo realizado geralmente com cunho religioso ou por questões filantrópicas. Mas ao longo da história houve um reconhecimento gradual da necessidade de promover a igualdade, a dignidade e o bem-estar dos idosos.

Até 1988, a proteção à pessoa idosa estava prevista apenas em alguns artigos da Lei n.º3.071/1916 do Código Civil que tratava acerca do direito à prestação de alimentos recíproco entre pais e filhos, o Decreto de n.º 2.848/1940 do Código Penal, por sua vez, tratava a questão da pena podendo atenuá-la, suspendê-la ou torná-la prescrita para os indivíduos que fossem maiores de 70 anos; já o Código Eleitoral através da Lei n.º4.737/1965, assegurava apenas que o voto deveria ser facultativo a pessoas idosas (OLIVEIRA, 2021).

A criação da Constituição Federal de 1988 tornou-se um grande marco, um verdadeiro divisor de águas para o cenário brasileiro, pois foi a partir desse momento que começa a existir uma preocupação maior com as demandas sociais e é dado um enfoque maior as questões ligadas à pessoa idosa (MATOS,2019).Complementando Oliveira (2021) diz que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em relação a proteção constitucional às pessoas idosas, assegura que a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de ampará-los. Mas embora haja esta previsão, o constituinte não definiu quem são as pessoas idosas e não regulou seus direitos.

No ano de 2003 foi promulgada a Lei nº 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, que se tornou o principal instrumento de proteção dos direitos das pessoas idosas no Brasil. O Estatuto do Idoso estabelece direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à cultura, ao lazer, à convivência familiar e comunitária, entre outros e traz um novo olhar ao idoso

buscando reinseri-lo a partir dessa nova condição, fornecendo-lhe meios de continuar ativo e autônomo com novos projetos de vida e de futuro. Além disso, a lei prevê medidas de proteção contra a violência, o abandono, a discriminação e o desrespeito aos direitos dos idosos (MATOS, 2019).

Para Matos (2019, p. 16) o estatuto do idoso:

(...) trouxe consigo temáticas inovadoras que garantem a possibilidade de viver com mais saúde e de modo dinâmico, deixando de lado o sedentarismo e a vida sem estímulos. Trata acerca das questões básicas de suprimento necessário a vida da pessoa com mais de 60 anos, como por exemplo, resguarda o direito à alimentação e habitação, o direito à liberdade, vida e à saúde, ao mesmo tempo em que se preocupa em proporcionar a inclusão social dessa categoria quando garante o lazer, a educação, a cultura, o trabalho, o transporte coletivo, a assistência social, dentre outras coisas. Ademais aparece como um grande passo ao desenvolvimento de políticas públicas para as pessoas que já alcançaram essa faixa etária.

Oliveira (2021) diz que a partir da promulgação do Estatuto do Idoso, houve um esforço para implementar políticas públicas voltadas para os idosos. Dentre as políticas implementadas, destacam-se a criação de programas de assistência social, a instituição do Benefício de Prestação Continuada (BPC), a criação do Conselho Nacional do Idoso e a promoção de campanhas de conscientização sobre os direitos dos idosos. Já em 2019, foi aprovada a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Pessoa Idosa, que estabelece diretrizes para a prevenção e o combate à violência contra os idosos.

Ainda segundo o estatuto do idoso que em seu Art. 2º diz:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

É possível perceber que a dignidade da pessoa humana aparece como um princípio basilar também no Estatuto do Idoso, uma vez que, tem como objetivo resguardar os chamados direitos individuais e sociais para uma vida com qualidade e bem-estar, também citados no artigo 5º da Constituição Federal.

## **Alienação parental lei 12.318/2010**

Freitas, (2015) relata que o interesse pelo estudo sobre a alienação parental surgiu em 1985 a partir do interesse do professor especialista do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia e perito judicial, Richard Gardner, pelos sintomas que eram provocados nas crianças quando ocorriam os litígios entre os familiares após o divórcio, tendo sido através dessa circunstância que ele identificou a Síndrome de Alienação Parental (SAP), como o conjunto dos sintomas decorrentes da alienação parental. Complementando Dias (2020, p. 404) diz que somente após muitos anos que o “termo alienação parental foi registrado na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-11), como problema relacional do cuidador com a criança (QE52.0).”

O *caput* do artigo 2º da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, da qual dispõe sobre a alienação parental, prevê:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

A lei da alienação parental completou 12 anos no dia 26 de Agosto 2022, e em seus termos diz que a alienação vem afetar a formação intelectual da criança e é promovida por um de seus genitores podendo ser também pelos próprios avós que querem afastar seus netos de seus próprios pais, para que não estabeleçam vínculos com seus genitores, podendo dificultar o exercício da autoridade paterna, regulamentando a convivência familiar de forma correta como tem que ser dentro de uma família estruturada (OLIVEIRA, 2021).

Como formas exemplificativas de alienação parental, o parágrafo único do artigo 2º, da Lei nº 12.318/10, prevê:

[...]

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - Dificultar o exercício da autoridade parental;

III - Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Já referente ao procedimento judicial e as medidas a serem adotadas, estes estão descritos no artigo 4º e seguintes, e uma vez declarado indício de ato de alienação parental, o qual, inclusive pode ser verificado em ação autônoma ou incidental, o processo passará a ter tramitação prioritária e será determinada, com urgência, a oitiva do Ministério Público, fiscal da lei, para a tomada, pelo juiz, de “[...] medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente [...]” (BRASIL, 2010).

## **Alienação parental de idosos**

Segundo Verdi (2018) o idoso, muitas vezes frágil, física e psicologicamente, que depende da ajuda daquele que cuida dele porque mora com ele, passa a vivenciar o demérito da sua família por fatos que lhe são dirigidos de forma ardilosa. Madaleno e Madaleno (2019) complementam dizendo que aquele que tem responsabilidade direta sobre o idoso “[...] começa a criar histórias inverídicas, a rememorar fatos desvirtuados, que nunca ocorreram, sempre com a intenção de desmerecer e de denegrir o outro [familiar].” Colaborando Akiyama (2019) relata que

“[...] forma a afastar a convivência do idoso com os demais [familiares], em especial, filhos que são vítimas, que denominamos alienados”.

Figueiredo e Alexandridis, (2020), dizem que a alienação parental pode ocorrer de diferentes formas, inclusive de maneira “inversa”. Desse modo, os filhos podem vir a praticar atos de alienação contra seus próprios genitores. Para os autores, a Constituição Federal, ao estabelecer em seu artigo 229 que os filhos maiores têm o dever de amparar os pais na velhice, abriu espaço para discussões sobre a ocorrência de alienação parental contra idosos. Ainda, conforme os autores, a conduta da alienação parental contra o idoso estaria vinculada no potencial interesse à herança, ocorrendo, geralmente, de um filho contra os demais.

Colaborando Madaleno e Madaleno (2019), relatam que o artigo 229 da Constituição Federal concede a proteção integral da criança e do adolescente, mas concede também o mesmo direito às pessoas idosas. Segundo os autores, a alienação parental ocorre também com idosos, principalmente quando os alienadores se “beneficiam das vantagens proporcionadas pelos recursos e reservas financeiras dos idosos, podendo partir também daquele que tem o idoso sob a sua responsabilidade direta, [...] ou sob seus cuidados especiais” (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 158).

A alienação parental do idoso não está presente na Lei 13.318/2010 (Lei da Alienação Parental) e nem no Estatuto do Idoso. Porém, é possível o enquadramento, pois, assim como as crianças e adolescentes, também se trata de indivíduo vulnerável que possui direito a convivência familiar. Dessa forma, as consequências e prejuízos causados são semelhantes ao previsto na Lei 13.318/2010

## **Características e condutas do alienador**

A prática da alienação parental inversa está na maioria das vezes relacionada ao interesse pecuniário e patrimonial, em que pessoas de má índole procuram se apropriar dos bens dos idosos para obter qualquer vantagem econômica e financeira às custas deles (AKIYAMA, 2019;). Dias (2020 p. 422-423) diz que a alienação é “[...] praticada quando existe uma relação de confiança, como um familiar, o cuidador ou pessoa que exerce algum tipo de influência em sua vida” no qual possui “[...] a sórdida intenção de explorar pessoa idosa e vulnerável, mostrando-se solícita, acessível, carinhosa e até mesmo apaixonada, logo indo viver na mesma moradia [...] (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 197).

Madaleno e Madaleno, (2019, p. 199) complementam dizendo:

[...] passam a isolar o idoso das pessoas que lhe são próximas e caras pela afeição preexistente, cujos vínculos são psicologicamente destruídos, e, assim, com gestos eficazes, eliminam as áreas de contato, proibindo ou dificultando as visitas, tirando o telefone celular, ou deixando de repassar as chamadas do telefone convencional, tirando o computador, afastando parentes e amigos e convencendo o próprio idoso a rejeitar a presença dessas pessoas [...]

E dessa forma passam a “[...] adquirir a confiança do idoso, agindo, assim, apenas em busca de seu interesse pessoal, recolhendo em seu benefício próprio os recursos do idoso e se acercando de poderem se apossar por diferentes expedientes fraudulentos dos bens do idoso” (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 198).

Segundo Freitas (2015, p. 47) “não há dúvidas de que a Alienação Parental gera dano

moral [...]” tendo em vista toda dor e sofrimento que a alienante causa com a referida conduta, da qual resulta em consequências negativas que abalam aos sentimentos da vítima e prejudicam a saúde emocional do idoso (COSTA, 2012).

O comportamento do alienador é prejudicial e pode causar danos significativos à saúde física, mental e emocional do idoso. Os efeitos dessas condutas abusivas podem incluir depressão, ansiedade, isolamento social, perda de autoestima, dificuldades cognitivas e até mesmo risco de morte. Existem diversas características e condutas que podem identificar um alienador de idosos, Madaleno e Madaleno (2019) relatam algumas das principais como:

**Isolamento social:** O alienador busca isolar o idoso de seus familiares, amigos e outras pessoas de confiança. Ele pode tentar controlar e limitar o acesso do idoso a qualquer pessoa que possa questionar suas ações ou revelar seus verdadeiros motivos.

**Manipulação emocional:** O alienador utiliza táticas manipulativas para criar dependência emocional do idoso. Ele pode fazer uso de chantagem emocional, ameaças veladas, humilhação ou culpa para controlar o comportamento e as decisões do idoso.

**Exploração financeira:** Uma característica comum do alienador é explorar financeiramente o idoso. Isso pode envolver roubo de dinheiro, acesso indevido a contas bancárias, uso indevido de cartões de crédito ou pressão para fazer mudanças no testamento em favor do alienador.

**Difamação e descredibilização:** O alienador pode tentar desacreditar o idoso perante os outros, espalhando boatos, mentiras ou exagerando situações para fazer com que os demais duvidem da integridade e da capacidade do idoso.

**Controle e intimidação:** O alienador procura exercer controle total sobre a vida do idoso. Isso pode incluir a tomada de decisões sem o consentimento do idoso, impor restrições excessivas ou ameaçar com consequências negativas caso o idoso não siga suas ordens.

**Negligência e abuso físico:** Além do abuso psicológico, o alienador pode também negligenciar as necessidades básicas do idoso ou até mesmo recorrer a abuso físico. Isso pode incluir a privação de alimentos, medicamentos ou cuidados médicos adequados, bem como agressões físicas diretas.

A alienação parental inversa segundo Oliveira (2021) ofende os direitos dos idosos e causa diversos danos, ainda que exclusivamente morais. Porém, mesmo diante desses prejuízos que podem acometer a saúde e integridade deles, o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quanto à reparação ou a compensação desses danos.

## **Responsabilidade civil na alienação parental inversa**

O artigo 229 da Constituição Federal prevê que “[...] os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988), e o artigo 4º, §1º do Estatuto do Idoso diz que “é dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso” e “[...] zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”. O caput do artigo 4º do Estatuto do Idoso, prevê que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (BRASIL, 2003). Assim segundo Freitas (2015) a prática da alienação

parental inversa fere o direito fundamental, causa danos e descumpre os deveres expostos na lei, o que gera ato ilícito.

Apesar da existência de princípios do Direito Civil e da Constituição, que, de certo modo, orientam e norteiam os casos de não cumprimento da lei, estes não são suficientes para disciplinar condutas de alienação inversa e minimizar sua ocorrência. Assim, restando a ausência de uma proteção normativa própria que defina parâmetros concretos de reconhecimento, enfrentamento e responsabilização da conduta em debate, bem como uma lacuna legal que vem sendo driblada na jurisprudência e por aplicação analógica da Lei 12.318/10 (BRUNINI *et al.*, 2022).

Segundo o artigo 3º da Lei 12.318/2010 de Alienação Parental a alienação parental fere o direito fundamental de convivência familiar:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010).

Segundo Brunini *et al.* (2022) existe um projeto de Lei (PL) 9446/17, apresentado em 20/12/2017, pela Deputada Federal Carmem Zanotto -PPS/SC, que tem por objetivo disciplinar o instituto e trazer responsabilização a inúmeros casos jamais identificados pelo judiciário. Uma das mais importantes alterações propostas pelo PL 9.446/17 é a inclusão do §4º no artigo 10 do Estatuto do Idoso, com a seguinte redação: “§4º. O abandono afetivo ou alienação parental contra o idoso por seus familiares implicará na responsabilização civil” (BRASIL, 2017).

A importância deste projeto de lei foi justificada:

Apesar de o dever de cuidado das famílias para com os idosos seja regulamentado no artigo 98 da Lei 10.471/03 – Estatuto do Idoso, grande parte dos idosos sofre os mais variados tipos de abandono e maus tratos, geralmente cometidos pelos próprios familiares. Um caso que se torna cada vez mais comum é o de alienação parental do idoso, que significa o seu afastamento do convívio com os demais membros da família, deixando-o totalmente desamparado e vulnerável a várias formas de pressão, coação e constrangimento para obtenção de vantagens psicológica e material (BRASIL, 2017).

Outra mudança proposta é na Lei n. 12.318/10 -Lei de Alienação Parental- que passaria a abranger as condutas que atentem ao idoso, com o seguinte texto:

Art. 2 Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança, adolescente ou diminuição e alteração de faculdades psíquicas do idoso, promovida ou induzida por um dos genitores, avós, familiares de até terceiro grau ou pelos que tenham a criança, o adolescente ou o idoso sob a sua autoridade, guarda, curatela ou vigilância para que repudie genitor, filhos ou membros da família que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com estes. Parágrafo único

(...)

I -Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade ou de membro da família ou da conduta de filhos e familiares com relação aos pais na velhice, carência ou enfermidade;

(...)

IV -Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

(...)

VI -Apresentar falsa denúncia contra genitor, familiares ou avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança, adolescente ou idoso;

VII -Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós, ou do idoso com familiares;

VIII -Dificultar contato do idoso com filhos e familiares;

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança, adolescente ou do idoso de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor, filhos e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança, adolescente ou idoso e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ao dever dos filhos para com os pais na velhice, carência ou enfermidade ou decorrentes de tutela, curatela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança, adolescente, ou do idoso, inclusive para assegurar sua convivência com genitor, filhos, familiares ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso (BRASIL,2017).

O PL 9.446/17 segundo Alves e Mazzardo (2021) busca preencher a lacuna jurídica existente e demonstra ser a via mais adequada para a proteção do idoso frente à alienação parental. Sua aprovação e respectiva sanção presidencial oportunizariam que as devidas ações fossem manejadas, buscando as medidas pertinentes junto ao Judiciário. Mas infelizmente o projeto se encontra estagnado desde 2018, aguardando apreciação do Plenário, sem previsão de votação.

## Casos reais e jurisprudência

A existência de alienação parental inversa, apesar de ainda não ser reconhecida pela legislação brasileira, uma vez que o Projeto de Lei ainda se encontra em análise, em alguns casos é reconhecida pelos tribunais brasileiros. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive, já se manifestou sobre tal possibilidade, em diferentes momentos conforme descrito a seguir.

Em um caso o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicou analogicamente a Lei de Alienação Parental a pessoa idosa:

[...] AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL - Pretendida supressão do direito de visitas da filha à genitora, com pedido alternativo de modificação do regime de convivência - Propositura pelo curador da interditada, diagnosticada com quadro demencial - Divergência entre irmãos - Aplicação analógica da Lei 12.318/10 em casos de alienação parental contra idosos - Demonstração dos atos praticados pela ré-reconvinte caracterizadores da alienação parental - Evidente a conduta da apelante em denegrir a figura do autor-reconvindo perante a genitora das partes - Dispensável perícia judicial para constatação da alienação parental diante do vasto conjunto probatório - Ademais, manifestou-se a apelante alegando ser desnecessária a produção da referida prova - À luz do melhor interesse da idosa e no intuito de garantir sua integridade psicológica e bem-estar, mostrou-se prudente a imposição de medida protetiva consistente na restrição das visitas da apelante à genitora, nos exatos termos expostos na r. decisão recorrida, a saber, quinzenalmente, aos domingos, das 17h às 19h, na residência do curador e mediante supervisão pelas cuidadoras da idosa - A ampliação do horário das visitas não é recomendável em razão da gravidade dos atos alienadores praticados pela apelante - Inviável, ainda, alterar o local da visitação, qual seja, a residência do autor-reconvindo, já que restou proibida a presença dele no recinto por ocasião das visitas - Também deverá ser mantida a proibição de contato telefônico entre a ré-reconvinte e a genitora e a presença de terceiros quando da visitação, além das cuidadoras - Medidas impostas pelo juízo monocrático que foram adequadas diante das peculiaridades do caso, não se admitindo a aplicação de sanção menos gravosa como pretende a apelante - Pedidos não acolhidos. [...] - Sentença reformada em parte - Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno desta Corte - recurso parcialmente provido. (SÃO PAULO, 2021).

Neste caso, diante da ocorrência de atos de abuso psicológico em face da pessoa idosa, similares àqueles descritos no rol exemplificativo do artigo 2º da Lei nº 12.318/10, o recurso da aplicação análoga da Lei de Alienação Parental pode ser utilizado, com o objetivo de proteger a integridade física e emocional do idoso, garantindo um envelhecimento com dignidade e o convívio em um ambiente familiar irrestrito e de qualidade.

Outro caso foi do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em sede de Apelação Cível n. 0006690-70.2012.8.24.0005, que também já reconheceu a presença de elementos análogos à alienação parental ao inverso, em um caso no qual a ré impedia sua irmã de ter contato com a genitora de ambas, considerada em estado de vulnerabilidade em razão da idade e de problemas de saúde, de modo a condenar a requerida por tal comportamento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO FAMILIAR DISSIDENTE DAS PARTES, IRMÃS ENTRE SI, EM RELAÇÃO À GENITORA. ELEMENTOS ANÁLOGOS À ALIENAÇÃO PARENTAL EM RAZÃO DO ESTADO DE VULNERABILIDADE E DOENÇA DA GENITORA. PONDERAÇÃO DOS DEVERES, DIREITOS E PRESSUPOSTOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES. UTILIZAÇÃO ARBITRÁRIA DE ABUSOS ANÁLOGOS A MEDIDAS RESTRITIVAS, SEM AMPARO EM DECISÃO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESSUPOSTOS CONFIGURADOS. DANO MORAL RECONHECIDO. RECURSO DESPROVIDO. Incontroverso entre as partes, apenas que a genitora sofria de uma série de problemas de saúde, incluindo a degenerativa doença de Alzheimer. Diante do contexto, é de certa forma compreensível a distorção de percepções entre as partes sobre as vontades da genitora. É que a doença, específica, debilita o enfermo de tal forma que, sabidamente, é comum que este seja facilmente sugestionável ou convencido. Disto, é de se mitigar as acusações mútuas, de que as partes, cada uma, considera-se a legítima defensora dos reais interesses da genitora. Tendo em vista o estado de vulnerabilidade da genitora e a patologia específica, o caso não deixa de se parecer com aquele da alienação parental, ao inverso. Em verdade, o que se observa são medidas, próprias daquelas protetivas do Direito de Família, como interdição, tomadas de forma arbitrária e ao arrepio da Lei e dos ditames que regem as relações familiares. O ato de privar a irmã do contato com a genitora, sponte sua, independentemente de autorização judicial e dadas as circunstâncias do caso, gera dano moral indenizável. (TJSC, Apelação Cível 0006690-70.2012.8.24.0005, Relator (a): Domingos Paludo, Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Civil; Data de julgamento: 25/08/2016).

Mas no âmbito dos Tribunais de Justiça brasileiros não há um consenso entre os magistrados. Em março de 2018, foi negado seguimento, por meio de decisão monocrática, ao Agravo de Instrumento n. 70076907096, no TJ do Rio Grande do Sul, por não se entender pela possibilidade de aplicação analógica da Lei da Alienação Parental ao Estatuto da Pessoa Idosa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IDOSO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. DETERMINAÇÃO DE EMENDA À INICIAL PARA ADEQUAR FUNDAMENTOS E PEDIDOS AO ESTATUTO DO IDOSO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ROL TAXATIVADO ART. 1.015 DO CPC. INADMISSIBILIDADE. É descabida a interposição de agravo de instrumento em face de decisão que determinou a emenda à inicial para alteração dos fundamentos e pedidos aos preceitos da Lei 10.741/03, por não se vislumbrar ser caso de aplicação analógica da lei de alienação parental. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, POR MONOCRÁTICA. (TJRS; Agravo de Instrumento 70076907096; Relator (a): Ricardo Moreira Lins Pastl; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/03/2018; Data de Registro: 12/03/2018).

No Agravo em Recurso Especial número 1.141.155 - SP (São Paulo, (2017/0181296-0), o agravado requereu a curatela provisória de sua mãe, que sofre de hidrocefalia, tendo sido o pedido indeferido. Em juízo, os outros filhos, assim como netos da idosa, se manifestaram no sentido de o agravado não possuir idoneidade para ser nomeado curador (STJ, AREsp 1.141.155/SP, Decisão Monocrática, Relator: Min. Moura Ribeiro, julgado em: 23 out. 2017).

Desse modo, foi nomeado curador o filho mais novo, ora agravante. Em apelação, con-

tudo, determinou-se a nomeação de terceiro como curador, em detrimento de animosidade entre os filhos da interditada. Assim, o filho mais novo, que havia sido nomeado curador anteriormente, interpôs recurso especial, alegando que não havia razões para o afastamento.

O recurso especial, contudo, foi desconhecido, uma vez que ambos os filhos não estavam aptos para exercerem o papel de curador da mãe. Segundo o juízo de origem, os filhos não poderiam exercer esse papel porque ambos buscavam desqualificar um ao outro, ficando claro que a maior preocupação de ambos não era com a mãe, e sim com o patrimônio da mesma.

Conforme apontado pelo Ministro Moura Ribeiro, entendimento divergente da decisão do Tribunal de origem teria de ser condicionado a novo exame fático probatório, o que, em sede de agravo em recurso especial, não é cabível. Assim, o agravo foi reconhecido, enquanto o recurso especial foi negado.

Segundo o artigo 2º, parágrafo único, inciso I da Lei de Alienação Parental, uma das formas exemplificativas de alienação parental seria a realização de campanha de desqualificação da conduta do genitor, seja a conduta exercida durante a paternidade ou maternidade. O Projeto de Lei 9.446/2017, que, como demonstrado, busca incluir a previsão da alienação parental inversa na legislação, indica, ainda, que a alienação parental pode ser caracterizada pela desqualificação da “conduta de filhos e familiares com relação aos pais na velhice, carência ou enfermidade”. Desse modo, não resta dúvidas que o ato de desqualificação contínua dos irmãos caracteriza um ato de alienação parental.

Agravo em Recurso Especial número 275.588 - SC (Santa Catarina), (2013/0001730-3), a agravante interpôs recurso contra decisão que deixou de admitir recurso especial. Em recurso, a ora agravante buscava a reanálise da decisão que determinava a interdição parcial e nomeação de curador a seu pai (STJ, ARESP 275.588/SC, DECISÃO MONOCRÁTICA, RELATOR: MIN. ANTONIO CARLOS PEREIRA, JULGADO em: 20 abr. 2015).

Conforme o Tribunal de origem, a agravante impedia o pai de cuidar da própria saúde, agravando as doenças do mesmo. Tal conduta se daria porque a agravante possui litígios societários em andamento, contra o próprio pai. Desse modo, o juiz de primeiro grau determinou a interdição parcial do pai da agravante, sendo escolhido curador especial. Assim, foi nomeado curador especial o irmão da agravante, ora agravado.

Em recurso, a agravante indicou que o irmão não poderia ser nomeado curador, solicitando, assim, a destituição do curador, pelo argumento de que o mesmo infringiu a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). Segundo a autora, o curador pratica alienação parental contra o curatelado, em razão dos irmãos possuírem conflito de interesse.

A autora, contudo, não indica quais dispositivos da Lei 12.318/2010 foram violados, motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça não poderia reconhecer sua violação. Reconhece-se, deste modo, que a utilização da Lei de Alienação Parental não foi discutida em razão da falta de fundamento da autora e não pelo Tribunal ignorar tal possibilidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos no Brasil, houve um aumento significativo na proporção da população idosa e a previsão de que haverá cada vez mais idosos. Isto implicou na necessidade de que seus direitos sejam colocados em evidência, a fim de que sejam defendidos. A pessoa idosa é considerada vulnerável à medida em que já se encontra em um estágio avançado da vida. Assim, tendo em vista que, muitas vezes, com a idade surgem uma série de limitações, faz sentido proteger a pessoa idosa de forma mais direta e objetiva.

A alienação parental de idosos é um problema complexo que afeta não apenas os idosos, mas também toda a estrutura familiar. É essencial que a sociedade e os profissionais jurídicos estejam atentas a esse fenômeno e busquem soluções eficazes para prevenir e remediar seus efeitos negativos. A promoção de uma abordagem multidisciplinar e a implementação de medidas legais adequadas podem contribuir para a proteção dos idosos e a preservação dos laços familiares.

Percebe-se, através de demonstrações do Tribunal Superior da Justiça no julgamento de alguns casos que a pessoa idosa vem sendo objeto de preocupação perante a sociedade brasileira, mas ainda é necessário que Estado revise e avalie urgentemente a lei 12.318/2010 para auxiliar o idoso que contribuiu com o País a vida inteira, e nos momentos finais de sua jornada, passa por diversas violências sem ter o devido amparo legal. É dever do Estado e da sociedade garantir isso, é necessário que esta situação possa ser exposta a corte de uma forma mais ampla e eficaz.

## REFERÊNCIAS

AKIYAMA, Paulo. Alienação parental inversa. Juristas. [S. L.: s. n.], 2019. Disponível em: <https://juristas.com.br/2019/08/06/alienacao-parental-inversa/>. Acesso em: 25 mar 2023.

ALVES, Vitória Barboza; MAZZARDO, Luciane de Freitas; A (im) possibilidade de proteção do idoso em casos de alienação parental. 18º Semana Acadêmica. ISSN 2446-726X. Edição 18ª. 2021. Disponível em <https://sites.fadisma.com.br/entrementesanais/wp-content/uploads/sites/7/2022/07/a-impossibilidade-de-protecao-do-idoso-em-casos-de-alienacao.docx.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

ALONSO, Fábio Roberto Bárboli. Envelhecendo com Dignidade: O Direito dos Idosos como o Caminho para a Construção de uma Sociedade para Todas as Idades. UFF/ Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2005.

BARROSO, Luíz Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 13.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. Curso de direito do idoso. São Paulo: Atlas, 2011. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm). Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm). Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 9.446, de 20 de dezembro de 2017. Altera a Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, para dispor sobre o abandono afetivo do idoso por seus familiares, e a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167174> Acesso em: 20 maio 2023.

BRUNINI, Vitória Coutinho., LAMARÃO, Lis Cunha, ROCHA, Karen Richardson. (2022). ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA: Um Estudo Acerca da Aplicabilidade do Instituto da Responsabilidade Civil. *Revista De Direito e Atualidades*, 2(4). Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6246>. Acesso em: 20 maio 2023.

CALMON, Patrícia Novais. Alienação parental inversa de primeiro e segundo grau. Artigo parcial com publicação na Revista n. 39 do IBDFAM. 2020 disponível em: <https://patriciansoc.jusbrasil.com.br/artigos/899381696/alienacao-parental-inversa-de-primeiro-e-segundo-grau>. Acesso em 20 de nov. de 2022.

COSTA, Mariana Andrade da. A responsabilidade civil por alienação parental. Orientador: Guilherme Sandoval *et al*, 2012. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2011/trabalhos\\_22011/MarianaAndradedaCosta.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/MarianaAndradedaCosta.pdf). Acesso em: 27 mar 2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução de Leandro Konder. In: MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. Obras escolhidas, Volume 3. São Paulo: Alfa-Omega, s/d, p. 7-143.

FREITAS, Douglas Phillips. Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010. 4. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book.

GARCIA Felícia Zuardi Spinola. A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade. IBDFAM, 2018. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/1273/A+evolu%C3%A7%C3%A3o+do+direito+das+fam%C3%ADlias+e+da+condu%C3%A7%C3%A3o+de+seus+conflitos%3A+novos+desafios+para+a+sociedade>. Acesso em 02 de maio de 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de família. Ed 8ª. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. São Paulo: Martin Claret. 2003.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da alienação parental: a importância da detecção: aspectos legais e processuais. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MATOS, Jenifer Avila Marques. Direito dos idosos: uma análise sob a ótica familiar e jurídica para a proteção integral do idoso. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ensino Superior do Seridó - Campus Caicó. Caicó, 2019. 58f.

MONTREZOL, Camila Beatriz. A Síndrome da Alienação Parental e a Lei 12.318/10. Trabalho de conclusão de curso da Faculdade ISEPE. 59 p. 2016.

NORONHA, Maressa Maelly Soares, PARRON, Stênio Ferreira A evolução do conceito de família. Revista Pitágoras - Vol. 3/ 2012.

OLIVEIRA Thais Fernandes de. Responsabilidade civil dos filhos nos casos de alienação parental inversa. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina Tubarão, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha e DIAS, Maria Berenice, Direito de Família e o Novo Código Civil, 3ª.ed. ver. Atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.i. (Prefácio à Segunda Edição).

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Curso de direito do idoso. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES Demétrios de Alencar. Alienação parental contra idosos: uma análise acerca da necessidade de aplicação por analogia da lei federal 12.318/10 visando a proteção da população idosa. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais. 2018. Souza PB.

ROZENDO, A. e JUSTO, J. S. Fundo Nacional do Idoso e as políticas de gestão do envelhecimento da população brasileira. Psicologia Política. Vol. 12, n. 24, p. 283-296, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº1032680-57.2019.8.26.0001. Voto nº 39.227. Relator: ELCIO TRUJILLO, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de julgamento: 22/01/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tjsp/1156919694/inteiro-teor-1156919727>. Acesso em 02 de maio de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

VERDI, Natalia Carolina. Os idosos e a alienação parental. Portal do envelhecer e do longe viver. São Paulo: [s. n.], 2018. Disponível em: <https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/os-idosos-e-a-alienacao-parental/#:~:text=C3%89%20direito%20do%20idoso%20a,dirigidas%20para%20que%20isso%20ocorra>. Acesso em: 25 mar 2023.

ZANETTI, Tânia Maria. Os direitos sociais garantia de dignidade do ser humano. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 out 2013, 06:45. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36848/os-direitos-sociais-garantia-de-dignidade-do-ser-humano>. Acesso em: 04 jun. 2023.

ZIMERMAN, G. I. Velhice: Aspectos Biopsicossociais. 1ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2000

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus e Nosso Senhor Jesus Cristo meu Salvador, e todas as pessoas que acreditaram em mim, me apoiaram, me deram conselhos para que eu nunca desistisse deste meu sonho de graduação em Bacharel no curso de Direito, principalmente para meu herói que amo mais que tudo meu grandioso pai, Sr. Pedro Alves da Silva e meu amado filho Pedro Henrique Proiss Da Silva, e todos os professores e amigos.

O muito obrigado a todos.



# Consequências jurídicas da multiparentalidade

## Legal consequences of multiparenthood

---

Vitor Peri Ruppenthal  
Kauê de Oliveira Peres

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.6

## RESUMO

Em meados de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) conceituou que a paternidade socioafetiva não desobriga o pai biológico da responsabilidade. Os Princípios da Parentalidade Responsável estabelecem que a legislação deve aceitar vínculos afetivos entre as pessoas envolvidas e os descendentes biológicos, e que não há barreira para reconhecer ambas as formas de parentesco – sócio afetivo ou biológico - ao mesmo tempo. Portanto, o objetivo principal deste estudo foi determinar as consequências legais das relações poliparentais. Com efeito, o reconhecimento da filiação múltipla tem diversas consequências jurídicas. São eles: o registo civil e a sua irrevogabilidade, o direito à alimentação, a necessidade de determinar a tutela e a herança.

**Palavras-chave:** paternidade. pai biológico. responsabilidade. legislação. direito à alimentação.

## INTRODUÇÃO

O tema proposto visa analisar a possibilidade das relações poliparentais, as implicações jurídicas e sua aplicação na doutrina familiar, que evoluiu no decorrer dos anos e tornou-se representativo da sociedade atual, conforme evidenciado pela ampla participação dos demais membros da família.

A parentalidade múltipla inclui a possibilidade de um filho ser registado por mais do que uma mãe ou pai, o que pode ser feito em simultâneo com o registo da parentalidade biológica e/ou socialmente influenciada.

Diante disso, surge como questionamento: Uma vez reconhecida a multiparentalidade, quais as consequências jurídicas? Qual serão as implicações legais de reconhecer a possibilidade de ter pais múltiplos ou mães múltiplas? Em resposta a esse problema, pode-se aventar uma hipótese com base na legislação, ou seja, garantir o amparo jurídico dos menores infantes envolvidos no caso e não romper com o parentesco.

Portanto, a base legal para este estudo é discutir o impacto das relações poliparentais e tem implicações sociais, uma vez que um grande número de famílias vive nesta realidade. Os métodos utilizados são a pesquisa dedutiva, através de bibliografias e documentos, considerando o direito pátrio e a Constituição Federal, e se necessário caso específicos, conforme a temática aborda a discussão dessas áreas do direito.

Obviamente, o reconhecimento legal de que pode haver ao mesmo tempo mais de uma mãe ou pai, possui múltiplas implicações para a lei que, como mencionado anteriormente, é objeto deste trabalho, como o direito à alimentação, que de duas formas, a criança tem o direito de receber alimentos de ambos os pais ou mães, e ambos os pais têm o direito de reclamar alimentos para seus filhos.

## CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA MULTIPARENTALIDADE

A tipificação da multiparentalidade trouxe distintas implicações jurídicas. Dentre as quais podemos citar o registo civil, o direito de alimentos, bem como a obrigação de definição de guarda e direitos sucessórios. Nos próximos capítulos, vamos desenvolver um estudo mais profundo a respeito do tema.

## Conceito de família e sua evolução

Ao longo das gerações, a instituição familiar passou por uma série de mudanças, evoluindo a forma como os membros da família se expressam e se relacionam. Do patriarcado até hoje, o poder familiar é compartilhado pelos pais e influenciado pela cultura e religião, passou por um longo processo. Com tantas mudanças ocorrendo, é necessário que o direito se adapte à nova realidade que está surgindo. (FARIAS, 2017).

A genealogia tem tudo a ver com a biografia de uma civilização, porque seu nascimento é um evento natural e porque os humanos precisam formar relacionamentos emocionais de maneira estável. (MIQUILINO, 2020).

Com o tempo, a composição da família começou a mudar e sua estrutura diminuiu, quando sua composição passou a ser a união entre um homem e uma mulher por um ato solene – o casamento. Em outro período histórico, o casamento deixou de ser requisito obrigatório para a constituição da família, tanto que as leis passaram a proteger, por exemplo, as uniões estáveis e mesmo as famílias constituídas por uma pessoa, sem deixar de lado outras formações familiares, como a homossexualidade relacionamentos. (FARIAS, 2017).

Assim, pode-se dizer que nos dias atuais há um novo elemento que está sendo utilizado pelo legislativo, judiciário e pelos demais operadores do direito que está dando uma nova cara a esse instituto, que é o afeto. (MIQUILINO, 2020).

Ainda segundo o autor com o passar do tempo, o conceito de família mudou e até a situação da mulher mudou, ela não era mais submissa para adquirir e exercer seus direitos, um salto gigante foi dado na Constituição Federal de 1988 quando os direitos da mulher foram reconhecidos não só no casamento, mas também na vida social. Discorrendo da Constituição de 1988, este documento trouxe um salto para o direito de família, pois este diploma materializa o princípio do pluralismo das entidades familiares. (MIQUILINO, 2020).

A família foi pluralizada, assumindo diferentes feições e o casamento perdeu a exclusividade, mas não a proteção, ou seja, continua tutelado como uma das formas de constituir a entidade familiar, através de uma união formal, solene, entre homem e mulher, embora não possua mais a característica da exclusividade, convivendo com outros mecanismos de constituição de família, como a união estável, a família monoparental, a família homoafetiva, etc. (FARIAS, 2017).

Assim, podemos afirmar que *“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*, o legislador constituinte deixou evidente que todo e qualquer núcleo familiar, qualquer que seja ele e independente da forma que foi constituído merecem proteção estatal, não podendo sofrer discriminações. O casamento, em meio a esta multiplicidade de núcleos afetivos, continua protegido, apenas perdendo o exclusivismo. (FARIAS, 2017).

A superação da existência de uma família legítima. Não mais se justifica a qualificação do casamento como *família legítima*, em face da *especial proteção dedicada pelo Estado aos núcleos familiares como um todo* (CF, art. 226). Bem por isso, não é mais e possível tratamento discriminatório entre os filhos, nem qualquer distinção protetiva entre os diferentes tipos de entidades familiares. Casamento, união estável, família monoparental, família homoafetiva, família avoenga, família anaparental... são diferentes modelos de família, merecedoras de especial pro-

teção do Estado, sem qualquer categorização ou hierarquia entre eles. Até porque uma pessoa humana não pode merecer mais ou menos proteção jurídica por conta do tipo de família escolhido. (FARIAS, 2017).

Assim, como torna-se nítido a com o passar dos anos as famílias tiveram várias evoluções positivas, que trouxeram benéficos principalmente para os filhos menores de idade.

## A família multiparental

A multiparentalidade trata-se da possibilidade de uma mesma pessoa ter dois pais ou duas mães, o que, aliás, só é possível sob a influência desta nova concepção de família, sobretudo de felicidade. (DIAS, 2015).

Em 2016, a multiparentalidade foi objeto de discussão no STF onde determinou que cabia ao filho decidir pela manutenção do nome do pai socioafetivo, ou do biológico, de ambos. Vejamos:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode

se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. (...). São Paulo, Decreto n. 898060, 23 de agosto de 2017, introduz alterações sobre a multiparentabilidade. São Paulo legislação Relator (a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016).

A família multiparental é caracterizada por uma pluralidade de relações parentais, em razão da combinação de diferentes critérios de filiação, que podem ter origem em diferentes situações, eis que ela surge, muitas vezes, no contexto de recomposição afetiva de um casal, onde um ou ambos possuem filhos provenientes de casamentos ou uniões anteriores, formando uma nova entidade familiar da qual nascem novos vínculos afetivos (FARIAS, 2017).

A multiparentalidade fundamenta-se na Teoria Tridimensional do Direito de Família de Welter e também em princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a pluralidade de entidades familiares e a igualdade de filiações. Trata-se dos casos em que o indivíduo possui mais de um pai e / ou mais de uma mãe oficialmente reconhecidos e registrados em seu registro civil, todos surtindo idênticos efeitos (LOBO, 2018).

Christiano Cassetari (2014), propõe uma nomenclatura específica para diferenciar as hipóteses de multiparentalidade das demais, onde “A multiparentalidade pode ser paterna, quando o indivíduo dispõe de 3 ou mais pessoas como genitores, sendo dois ou mais do gênero masculino; e / ou materna, hipótese de existência de três ou mais pessoas como genitores, sendo dois ou mais do gênero feminino”, os quais expressa o conceito pessoal e subjetivo como o indivíduo se reconhece perante a sociedade, sendo elas as possibilidades de multiparentalidade.

Assim, tornou-se possível reconhecer a existência das chamadas relações multipartais, que incluem basicamente a possibilidade de uma criança ter mais de uma mãe ou mais de um pai, em circunstâncias normais, um pai biológico e outra origem. A emoção, o pai do sangue e o pai do coração, o afeto, o carinho, se constrói no laço da convivência.

## **Efeitos do reconhecimento da Multiparentalidade**

Após reconhecido o instituto da multiparentalidade, passa-se a existir alguns efeitos jurídicos, conforme veremos no presente capítulo. O primeiro deles trata-se dos alimentos, onde a lei tipifica que os alimentos são o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo.

Diante dessa proteção máxima da pessoa humana, precursora da personalização do Direito Civil, e em uma perspectiva civil constitucional, entendemos que o art. 6º da CF/1988 serve como uma luva para preencher o conceito atual dos alimentos. Esse dispositivo do Texto Maior traz como conteúdo os direitos sociais que devem ser oferecidos pelo Estado, a saber: a

educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Anote-se que a menção à alimentação foi incluída pela Emenda Constitucional 64, de 4 de fevereiro de 2010, o que tem relação direta com o tema aqui estudado. Ademais, destaque-se que, conforme a doutrina contemporânea constitucionalista, os direitos sociais também devem ser tidos como direitos fundamentais, tendo aplicação imediata nas relações privadas (SARMENTO, 2004).

O artigo 1.694 do Código Civil expõe que os parentes e familiares podem requerer uns aos outros os alimentos que a eles necessitam, ou seja, no caso do reconhecimento da multiparentalidade, os alimentos poderão ser exigidos e requeridos de toda a família socioafetiva, como irmãos, tios, avós, etc. De mesmo modo que também é possível que a família afetiva requeira alimentos para o filho afetivo. A responsabilidade familiar demanda espírito de cooperação e auxílio entres os parentes e familiares (BRASIL, 2002).

Os alimentos são prestações regulares que buscam atender as necessidades vitais de quem não possui meios suficientes de supri-los por conta própria, eis que o objetivo não é só o de proporcionar a um relativo o essencial à sua subsistência, mas também o imprescindível e o necessário, no que se refere a todos os seus direitos, como a sua educação, saúde, moradia e vestimenta, assegurando um maior cuidado com a condição social do alimentado (GOMES, 2002).

Outro efeito jurídico é em relação ao nome, tem-se que sendo os nomes uma manifestação dos direitos da personalidade, uma vez reconhecidas as relações poliparentais, é perfeitamente possível que apareçam no registro público os nomes de todos os progenitores, incluindo as influências biológicas e sociais, incluindo os nomes de todos os avós. (BRASIL, 2002).

A admissão da multiparentalidade pressupõe o reconhecimento da possibilidade de cumulação entre as filiações biológicas e afetivas, ambas com igualdades. Desta forma, reconhecimento da filiação socioafetiva e biológica no registro de nascimento é, além de um direito dos envolvidos, como também uma obrigação constitucional, em decorrência dos princípios norteadores tanto da filiação como da multiparentalidade, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade (DIAS, 2015).

Entretanto, tal entendimento não é irrefutável na doutrina, havendo doutrinadores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal que atestam que o reconhecimento da paternidade socioafetiva implica no afastamento do vínculo biológico, não podendo este exercer o poder familiar ou que requeiram contra este, alimentos ou direito à herança, por exemplo. Defendem assim, que a filiação socioafetiva produzirá efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais (FARIAS, 2017).

Aqui vale a observação de que o Conselho Nacional de Justiça padronizou as certidões de casamento, nascimento e óbito em todo o país, substituindo os campos pai e mãe para somente filiação, e dos avós paternos e maternos para avós, o que foi um avanço, não havendo assim maiores problemas na aceitação do registro de mais de dois pais na certidão de nascimento, podendo ser registrado a multiparentalidade sem nenhum embaraço registral. (SOUZA, 2015).

A possibilidade de dupla filiação registral consagra documentalmente o registro da multiparentalidade, devendo os atos judiciais e extrajudiciais que declararem e reconhecerem a filiação devem ser averbadas em registro público, como dispõe o artigo 10, inciso II do Código Civil,

que fundamenta a necessidade de averbação de dupla filiação reconhecida (BRASIL, 2002).

Sobre a herança, vários são os dispositivos legais que tratam do tema, a começar pelo art. 5º, inciso XXX, da CF/88, que garante o direito à herança, sendo que o art. 227, §6º, também da CF/88, preserva a igualdade entre os filhos, corroborado pelo artigo 1.596 do CC, que proíbe qualquer discriminação feita entre eles. Por fim, o artigo 1.784 do CC, que determina que após a abertura da sucessão, a herança será transmitida aos herdeiros necessários presentes no artigo 1.845 do mesmo diploma legal, que, por sinal, consagra os filhos como herdeiros necessários. (MIQUILINO, 2020).

Desse modo, não há dúvidas de que no caso de multiparentalidade, por não ser possível um tratamento discriminatório, o filho terá direito a duas heranças, tanto do pai biológico quanto do pai afetivo, sendo uma consequência natural do reconhecimento dessa forma de família. (MIQUILINO, 2020).

De acordo com a teoria da pluriparentalidade, a existência de um vínculo de filiação socioafetivo não poderia eliminar a possibilidade de concomitante filiação biológica. Isso porque se tratavam de critérios diferentes e, em razão disso, poderiam coexistir simultaneamente. Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior foram um dos primeiros a se posicionar favoravelmente ao argumento: Parece permissível a duplicidade de vínculos materno e paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico preestabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica (*Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 382-383). Superando um histórico de divergências jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a compatibilidade da pluriparentalidade com a isonomia constitucional garantida entre os filhos, fixando a seguinte tese jurídica a respeito da temática: *A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*. (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 898.060/SC, Repercussão geral 622, rei. Min. Luiz Fux, j. 22.9.16). A presente decisão traz à baila a questão da sucessão dos ascendentes e a formação de uma nova linha para cada ascendente que for acrescentado. Desta forma, havendo dois pais e uma mãe, três serão as linhas sucessórias ascendentes, dividindo-se, de forma igualitária, o monte partilhável em cada uma delas. E, desta forma, deve-se proceder em relação a cada ascendente que se reconhecer. Trata-se da aplicação lógica do disposto no presente artigo, lembrando-se que o legislador tomou por consideração da existência do secular par andrógino e não as inovações decorrentes do reconhecimento da concorrência entre biologia e afeto. Medida hermenêutica justa e lícita que atualiza o conteúdo do artigo, sem se fazer fugir da *ratio essendi* que conduziu a sua construção. (FARIAS, 2017).

Outra questão que surge ao reconhecer relações poliparentais diz respeito à tutela. Historicamente, a ideia de convivência entre os genitores foi pensada para famílias biparentais, com base no exercício da guarda entre pai e mãe, e na admissibilidade do argumento da multiparentalidade, luz sobre o assunto: A influência da sociedade na filiação, declarada em registros públicos ou não, não evita o reconhecimento da filiação concomitante com base na origem biológica com força jurídica própria. (BRASIL, 2002).

Assim, no que diz respeito à tutela, entendemos ser mais correto analisar a situação caso a caso e tomar uma decisão com base no princípio do superior interesse da criança ou jovem, em vez de estabelecer prioridades no abstrato, porque o que importa é a criança e aqueles com quem ela tem afinidade. Juntos, é perfeitamente possível estabelecer a guarda compartilhada se houver várias pessoas. (FARIAS, 2017).

Com relação ao direito de visitas, este deve ser adotado a mesma forma que ocorre nos casos de biparentalidade, priorizando sempre o devido interesse da criança, visto que os pais têm direito à visita, sem diferenciação entre pais afetivos e biológicos. (BRASIL, 2002).

Nestes termos preceitua o artigo 1.589 do Código Civil, quando diz que “ o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação” (BRASIL, 2002).

O doutrinador Luís Paulo Cotrim Guimarães (2000), funda que mesmo o pai socioafetivo não tenha sido declarado por sentença, o mesmo detém o direito de visitação, apesar de tal parecer e direito não estar expresso no nosso ordenamento jurídico. Por consequência, o autor estabelece que embora não exista uma legislação configurada a respeito da paternidade socioafetiva, aplica-se além dos princípios constitucionais fundamentais configurados a todos, utiliza-se também a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Outro efeito está no caso de casamento, tem-se que em havendo o reconhecimento da multiparentalidade, conseqüentemente a crianç a cuja paternidade/maternidade foi duplicada terá parentesco em linhas reta e colateral (até quarto grau) com a família do pai/mãe afetivos e pai/mãe biológicos, valendo este grau de parentesco para os impedimentos matrimoniais, de modo que não poderá casar, por exemplo, com um tio, seja do lado afetivo, seja do lado biológico. (MIQUILINO, 2020).

Outro ponto a se destacar está na a inexistência de vedação expressa   cumulação de pensões decorrentes da relação de paternidade/filiação, de modo que morrendo ambos os pais, os filhos terão direito ao recebimento de duas pensões, o que já não acontece com o cônjuge/companheiro, que tem o direito de optar pela mais vantajosa. (MIQUILINO, 2020).

Portanto, diante da presenç a de expressa previsão legal do caráter de dependência do filho independentemente da sua condição – se biológico ou afetivo - e da ausência de regra legal vedando a cumulação de pensões,   conclusão a que se chega   que, uma vez reconhecida uma relação multiparental, devem ser assegurados ao filho todos os direitos previdenciários decorrentes da pluralidade dos vínculos de paternidade, de modo que ele faz jus à cumulação de pensões, tanto do pai biológico, quanto do afetivo. (MIQUILINO, 2020).

Assim, podemos entender que o filho após ser declarada a multiparentalidade pode exigir o pagamento de qualquer um dos pais, desde que não em duplicidade.

## **O reconhecimento da multiparentalidade pelos Tribunais**

Em 21 de setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) tipificou que a paternidade socioafetiva não exclui o pai biológico da responsabilidade. Assim, foi determinado por maioria de votos, onde os ministros recusaram provimento ao Recurso Extraordinário n. 898.060-SC com reconhecida eficácia geral. No caso analisado, o pai biológico recorreu da sentenç a que instituiu sua obrigação paterna, com efeitos patrimoniais, independente do convívio com o pai socioafetivo. (BRASIL, 2016).

Segundo a relatora, Ministra Louise Fox, os princípios da paternidade responsável estabelecem que a legislação deve aceitar um vínculo afetivo entre o interessado e uma pessoa derivada de descendência biológica e que não há barreira para reconhecer as duas formas de paternidade ao mesmo tempo com a relação pais-filho - socioafetiva ou biológica - desde que seja do interesse da crianç a. (VIGNOLI, 2006).

Para o ministro, o reconhecimento pela legislação de padrões de família que diferem do ideário tradicional não habilita uma decisão entre laços afetivos e biológicos, uma vez que o melhor interesse das gerações futuras reside no reconhecimento jurídico de ambas as relações. Senão vejamos as últimas modificações do instituto da multiparentalidade segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

1. A paternidade não pode ser vista apenas sob enfoque biológico, pois é relevante o aspecto socioafetivo da relação tida entre pai e filha. 2. As provas dos autos demonstram que o apelante estabeleceu forte vínculo com a menor, tanto que, com o divórcio dos genitores, a guarda e o lar de referência é o paterno. 3. A tese de multiparentalidade foi julgada pelo STF em sede de repercussão geral e decidiu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios. 4. Ante a existência dos dois vínculos paterno-filiais, que não podem ser desconstituídos, a orientação que melhor atende aos interesses das partes, notadamente o da menor, é o reconhecimento de ambos os vínculos paternos: o biológico e o socioafetivo, com as devidas anotações no seu registro civil. (SÃO PAULO, Acórdão 1066380, 20160210014256<sup>a</sup>, *introduz a relevância do aspecto socioafetivo em relação entre pai e filhos*. São Paulo, 3<sup>a</sup> Turma Cível, data de julgamento: 16/11/2017, publicado no DJe: 13/12/2017).

Ainda podemos citar o acórdão n. 1139624 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. PARENTESCO. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. CONFIGURAÇÃO. RELAÇÃO PATERNO-FILIAL. RECIPROCIDADE. PATERNIDADE BIOLÓGICO-REGISTRAL. CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. O pedido de reconhecimento da paternidade socioafetiva da autora encontra amparo no artigo 1.593, do Código Civil, que preconiza ser o parentesco natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. A posse do estado de filho, como requisito para o reconhecimento da socioafetividade nas relações paterno-filiais, consiste na crença da condição de filho fundada em laços de afeto. Havendo reciprocidade de tratamento na relação paterno-filial, é viável o reconhecimento da paternidade socioafetiva. A paternidade biológica declarada em registro público não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem socioafetiva, com os efeitos jurídicos próprios. Tese fixada com repercussão geral no julgamento do RE n. 898060/SC, pelo Supremo Tribunal Federal. (DISTRITO FEDERAL, Acórdão 1139624, 20160710176515APC, Relator: ESDRAS NEVES, 6<sup>a</sup> TURMA CÍVEL, data de julgamento: 21/11/2018, publicado no DJE: 27/11/2018. P.: 468/480)

Sobre o tema ainda temos o acórdão n. 1109020 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DE FAMÍLIA. DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DO MENOR. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REEXAME DE ACÓRDÃO. ART. 1.040, II, CPC. REPERCUSSÃO GERAL. RE 898060. TEMA 622, STF. MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE NÃO SEGUIDO.

1 - Em que pese a orientação firmada pelo Supremo Tribunal no RE 898.060, e tema de repercussão geral 622, tem-se que a tese firmada em repercussão geral não se amolda à solução a ser tomada na presente demanda.

2 - Inexistem elementos convincentes para claramente demonstrar que o reconhecimento da multiparentalidade - isto é, a existência concomitante do nome dos pais (biológico e registral/socioafetivo) no registro do menor, de onde despontariam todos deveres e direitos inerentes à paternidade - atenderia satisfatoriamente aos interesses da criança.

3 - A decisão tomada pela Corte Suprema não pode ser aplicada indistintamente a todas as hipóteses em que exista um conflito entre a paternidade socioafetiva e a biológica. Até mesmo, conforme já advertia de longa data a doutrina e a jurisprudência, esse confronto deve ser resolvido com bastante ponderação, e sempre diante das circunstâncias do caso concreto, não se descuidando o julgador, que o interesse da criança e a sua condição de pessoa em desenvolvimento se apresentam de forma preponderante, devendo ser espe-

cialmente tutelada.

4 - Sob esta ótica - em que prestigia o melhor interesse do menor -, destaca-se que a decisão ora reexaminada levou em consideração que o pai biológico não havia se afastado dos seus deveres de paternidade em relação aos seus outros dois filhos e irmãos do menor, manifestando-se, quanto a este, o desejo de estreitar as relações paternas, bem como assumir as obrigações decorrentes da paternidade. Assim, diante do quadro que se apresentava, entendeu-se que a realidade do estado de filiação, inevitavelmente, seria levada ao conhecimento do menor.

5 - Pretendeu-se, portanto, que a veracidade genética/biológica fosse prestigiada, principalmente como forma de evitar que o conhecimento tardio sobre a realidade do estado de filiação resultasse em danos emocionais e psicológicos irreparáveis ao menor. Vale apontar, por outro lado, que a retificação no registro de nascimento do infante em nada impediria ou mesmo seria motivo para prejudicar a continuidade da relação de afeto entre o pai registral/socioafetivo e o menor.

6 - Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 1.674.849/RS, ponderou que a “possibilidade de se estabelecer a concomitância das parentalidades socioafetiva e biológica não é uma regra, pelo contrário, a multiparentalidade é uma casuística, passível de conhecimento nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas a justifiquem, não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável.”

7 - Conclui-se, portanto, que acolhimento da tese emanada da Excelsa Corte não se harmoniza com o nosso ordenamento jurídico e, em verdade, revela incongruências que afetam não só o direito de família, mas também o campo sucessório e o direito previdenciário.

8 - Desse modo, em reexame possibilitado pelo artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil, mantém-se o posicionamento anteriormente adotado nos acórdãos 982.307 e 1018366, a fim de manter a determinação de que o registro civil do menor seja retificado para que nele conste, tão somente, o nome do seu pai biológico. (DISTRITO FEDERAL, Acórdão 1109020, 20130110330594APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 11/7/2018, publicado no DJE: 18/7/2018. Pág.: 275/280)

Senão vejamos alguns acórdãos do Tribunal de Justiça de Goiás:

APELO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COEXISTÊNCIA DE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM REPERCUSSÃO GERAL (RE 898.000-SP). SENTENÇA REFORMADA. PROVIMENTO. I - É possível o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo, uma vez que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser exercitado sem nenhuma restrição em face dos pais, não havendo falar que a existência de paternidade socioafetiva tenha o condão de obstar a busca pela verdade biológica da pessoa. II - A Suprema Corte assentou o entendimento no sentido de que a existência de paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concocomitante com o de origem biológica. III - Reformada a sentença de improcedência, para julgar procedente o pleito inicial e reconhecer a dupla paternidade no registro civil do autor apelante, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes. IV - Apelo provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, Apelação (CPC) 5175346-02.2017.8.09.0051, Rel. Des (a). BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO, 4ª Câmara Cível, julgado em 22/04/2020, DJe de 22/04/2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE EXCLUSÃO PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM VIRTUDE DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. REGISTRO ESPONTÂNEO DE FILHO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. AUSENTE ALEGAÇÃO DA PRESENÇA DE VÍCIOS. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO DEMONSTRADA. MULTIPARENTALIDADE. DUPLA PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. 1. Em atenção ao princípio da congruência ou da adstrição, consagrado pelos referidos dispositivos legais, o juiz está limitado à causa de pedir e ao pedido do autor e, se for o caso, do reconvincente, motivo pelo qual qualquer concessão que não tenha sido postulada gera a nulidade da sentença. 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário

nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. O STJ, no julgamento do Resp. nº 1.352.529-SP, mencionou que a chamada adoção à brasileira, muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida à condição resolutiva. 4. Não é possível a desconstituição do registro civil de nascimento quando o reconhecimento da paternidade foi efetuado sem nenhum tipo de vício que comprometesse a vontade do declarante. 5. De acordo com o STJ, a simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro. STJ, AgInt no AREsp 1041664/DF. 6. O reconhecimento da paternidade biológica não macula, tampouco impede a coexistência dos vínculos socioafetivo e biológico. 7. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, Apelação (CPC) 5526241-54.2018.8.09.0051, Rel. JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, 2ª Câmara Cível, julgado em 04/12/2019, DJe de 04/12/2019).

O Supremo Tribunal de Justiça tipifica que:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. DUPLA PATERNIDADE OU ADOÇÃO UNILATERAL. DESLIGAMENTO DOS VÍNCULOS COM DOADOR DO MATERIAL FECUNDANTE. CONCEITO LEGAL DE PARENTESCO E FILIAÇÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE ADMITINDO A MULTIPARENTALIDADE. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DECLARADO PELO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF ATENDIDO PELO CNJ. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SÓCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico. 2. A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante. (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil). 3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar. 4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança. 5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito ou outra origem do art. 1.593 do Código Civil. 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança. 7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica. 8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento n. 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio. 9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado. 10. (SÃO PAULO, RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. RECURSO ESPECIAL Nº 1.608.005 - SC (2016/0160766-4) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINORECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA RECORRIDO: D K RECORRIDO: J C ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA INTERES: M B C, DJe: 21/05/2019).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRAJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENCIAL DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. 1. O propósito recursal diz respeito à possibilidade de concomitância das paternidades socioafetiva e biológica (mul-

tiparentalidade). 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (ADI n. 4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionada à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. 4. Apreciando o tema e reconhecendo a repercussão geral, o Plenário do STF, no julgamento do RE n. 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 24/8/2017, fixou a seguinte tese: a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. 5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho. 6. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor e, em contrapartida, o pai socioafetivo assiste (e pretende continuar assistindo) à filha afetiva e materialmente. Ficou comprovado, ainda, que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que se vale da criança para conseguir atingir suas pretensões. 7. Ressalva-se, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido. (SÃO PAULO, RECURSO ESPECIAL Nº 1.674.849 - RS (2016/0221386-0) RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE RECORRENTE: A C V D (MENOR) REPR. POR: A P F V ADVOGADO: PIETRO TOALDO DAL FORNO E OUTRO (S) - RS075757 RECORRIDO: E A C D ADVOGADO: MAURICIO PAZ JUSTEN E OUTRO (S) - RS066904 RECORRIDO: A V H ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M. DJe: 23/04/2018).

Parentesco socioafetivo, publicado em registros públicos ou não, não coíbe o reconhecimento de parentesco concomitante com base na origem biológica, exceto no contexto de uma avaliação judicial do abandono emocional voluntário e indesculpável de uma criança por seus pais. (DIAS, 2015).

Assim, podemos afirmar que os tribunais vêm reconhecendo a multiparentalidade como um instituto processual, onde contribuiu para a propagação dos direitos dos menores infantes, bem como os deveres dos pais sejam eles biológicos ou socioafetivos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão é que a filiação socioafetiva surge como amplamente aceito, visto que, à medida que nossos julgamentos avançam, as decisões passam a ser tomadas com base na emoção e no que é percebido como melhor para a criança, determinando que os pais não cumpram seus deveres de sangue puro. Relacionamentos podem ser removidos das certidões de nascimento e um pai socialmente influente tomará seu lugar. Dessa forma, as conexões socioemocionais se sobrepõem às conexões biológicas.

O pertencimento social tem uma consequência enorme, chamada de poliafinidade, que é o tema desta monografia. Ou seja, o reconhecimento da multiparentalidade enfatiza que o pai não é apenas o pai biológico, mas também o pai afetivo, desde que cumpra todos os deveres paternos prescritos ao filho e lhe proporcione os devidos direitos, bem como alimentação, acesso e herança. A “fama” e o tratamento entre eles são reconhecidos, e é uma relação pai-filho social-

mente reconhecida, com tratamento pai-filho.

Uma implicação jurídica da consideração da multiparentalidade nos arranjos familiares atuais é que os filhos reconhecidos por laços afetivos devem, na prática, ter os mesmos direitos que os filhos com laços genéticos, como o direito à vida, à guarda dos próprios filhos e à guarda dos filhos, direito dos próprios filhos, ou não biológicos, pensão alimentícia, sobrenome e herança. A igualdade entre os filhos deve existir em todas as circunstâncias e é proibido qualquer tipo de discriminação quanto à natureza dessa filiação, sejam eles biológicos, adotivos ou de influência social. Se a convivência familiar com qualquer figura parental, biológica ou afetiva se romper, o menor terá mecanismos legais para proteger seus direitos fundamentais.

A igualdade entre os filhos deve existir em todas as circunstâncias e é proibida a discriminação quanto à natureza dessa filiação, sejam eles biológicos, adotivos ou de influência social. Se a convivência familiar com qualquer figura parental, biológica ou afetiva se romper, o menor terá mecanismos legais para proteger seus direitos fundamentais.

Pode-se concluir que a multiparentalidade é uma modalidade que permanece no ordenamento jurídico e sofre algumas modificações ao longo do tempo à medida que a sociedade também evolui. Resguardar ainda os direitos dos menores e proteger seus melhores interesses, especialmente no núcleo familiar, resguardando os princípios da dignidade humana e do afeto para que terceiros não possam julgar a estrutura familiar

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Acórdão 1109020, 20130110330594APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 11/7/2018, publicado no DJE: 18/7/2018.

BRASIL, Apelo provido. (TJGO, Apelação (CPC) 5175346-02.2017.8.09.0051, Rel. Des (a). BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO, 4ª Câmara Cível, julgado em 22/04/2020, DJe de 22/04/2020.

BRASIL, Acórdão 1139624, 20160710176515APC, Relator: ESDRAS NEVES, 6ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 21/11/2018, publicado no DJE: 27/11/2018.

BRASIL, Acórdão 1066380, 20160210014256APC, Relatora: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 16/11/2017, publicado no DJe: 13/12/2017.

BRASIL, RECURSO ESPECIAL Nº 1.674.849 - RS (2016/0221386-0) relator: ministro Marco Aurélio Bellizze recorrente: a c v d (menor) repr. Por: a p f v advogado: Pietro Toaldo Dal Forno e outro (s) - rs075757 recorrido: e a com de advogado: Mauricio Paz Justen e outro (s) - rs066904 recorrido: a v h advogado: sem representação nos autos - SE000000M. DJe: 23/04/2018.

BRASIL, RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. RECURSO ESPECIAL Nº 1.608.005 - SC (2016/0160766-4) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINORECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA RECORRIDO: D K RECORRIDO: J C ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA INTERES.: M B C, DJe: 21/05/2019.

BRASIL, RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. TJGO, Apelação (CPC) 5526241-54.2018.8.09.0051, Rel. JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, 2ª Câmara Cível, julgado em 04/12/2019, DJe de 04/12/2019.

BRASIL, RECURSO 898060, Relator (a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível no site [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 14/06/2023.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; FIGUEIREDO, Luciano; EHRHARDT JR., Marcos; DIAS, Wagner Inácio Freitas. Código Civil para concursos. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

GOMES, Orlando. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. O direito de visitação do pai não-biológico. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, ano 1, p. 95-102, abr./jun. 2000.

LIMA, Adriana Karlla de. Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: Acesso em 01/6/2023.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. v. 5, 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIQUILINO, Carolina Silva. Multiparentalidade e seus efeitos jurídicos. Disponível no site [https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/multiparentalidade-e-seus-efeitos-juridicos.htm#indice\\_15](https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/multiparentalidade-e-seus-efeitos-juridicos.htm#indice_15). Acesso em 01/06/2023.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Katyana Guasth Queiroz de; FERNANDES, Dílson Bastos. MULTIPARENTALIDADE: A possibilidade de coexistência da filiação biológica e socioafetiva e seus efeitos jurídicos. Revista online Fadivale, Governador Valadares: 2015.

VIGNOLI, Eduardo Torres. Planejamento familiar no Brasil: abordagens constitucionais, omissões institucionais e equívocos na intimidade. Dissertação apresentada à Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público. Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior. Belo Horizonte 2006.



# **A violência doméstica contra a mulher e as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha**

## **Domestic violence against women and the emergency protective measures provided for in the Maria da Penha Law**

---

Luara Mendonça Almeida

*Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS*

Elto Abreu da Silva

*Doutorando em Direito pela FADISP de São Paulo - SP. Mestre em Ciências Ambientais pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Taubaté - SP, Advogado, Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, (2019) Especialista em Direito Processual Civil, com formação para o Magistério Superior. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Imperatriz - FACIMP e graduação no Curso Normal Superior pela Universidade do Tocantins (2004). Atualmente é Professor Mestre da Universidade Estadual do Tocantins, Curso de Direito, Câmpus de Augustinópolis. Analista Jurídico da Secretária de Administração - Praia Norte - TO*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.7

## RESUMO

O presente estudo científico parte da premissa de que a violência doméstica contra a mulher é um fenômeno que apresenta diversas complexidades. Pretende-se analisar e avaliar a eficácia das medidas protetivas de urgência referenciadas na Lei Nº 11.340/2006, nas hipóteses de violência doméstica. No Brasil os casos de violência doméstica contra a mulher é um problema de ordem social e política, com um número crescentes de mortes e lesões corporais em todos os Estados da federação. A metodologia norteadora para construção desse artigo, utilizou-se de pesquisa bibliográfica de cunho documental. Conclui-se ao termino da pesquisa que apesar de todas as conquistas, como aqueles decorrentes do reconhecimento da igualdade de direitos entre os sexos, consagrado pela CF/88, o sentimento de domínio do homem contra a mulher é um legado cultural que não parece diminuir com o avanço da proteção legal da mulher.

**Palavras-chave:** violência doméstica. Lei Maria da Penha. medidas protetivas de urgências.

## ABSTRACT

This scientific study starts from the premise that domestic violence against women is a phenomenon that presents several complexities. It is intended to analyze and evaluate the effectiveness of the urgent protective measures referenced in Law Nº 11.340/2006, in cases of domestic violence. In Brazil, cases of domestic violence against women are a social and political problem, with an increasing number of deaths and bodily injuries in all states of the federation. The guiding methodology for the construction of this article used bibliographical research of a documental nature. It is concluded at the end of the research that despite all the achievements, such as those resulting from the recognition of equal rights between the sexes, consecrated by CF/88, the feeling of dominance of men over women is a cultural legacy that does not seem to diminish with the advancement of women's legal protection.

**Keywords:** domestic violence. Maria da Penha Law. emergency protective measures.

## INTRODUÇÃO

A violência de gênero, em especial contra a mulher, há muito se constituiu como costume nas sociedades, em que homens, historicamente dominantes, tratavam as mulheres como pertences. Isso é verificável, por exemplo, através de diferenças sociais e de direitos como possibilidade de voto, condições igualitárias de trabalho, etc.

A violência é um constante na natureza humana. Desde a aurora do homem e, possivelmente, até o crepúsculo da civilização, este triste atributo parece acompanhar passo a passo a humanidade, como a lembrar, a cada ato em que reemerge no cotidiano, nossa paradoxal condição, tão selvagem quanto humana<sup>1</sup>.

Nesse contexto, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que, em todo o mundo, uma a cada três mulheres já sofreram violência física e/ou sexual em algum

<sup>1</sup> PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/06 Análise Crítica e Sistêmica*. Livraria do Advogado Editora. 2018, p. 06.

momento de sua vida<sup>2</sup>. A mulher sempre foi relegada a um segundo plano, posicionada em grau submisso, discriminada e oprimida, quando não escravizada e objetificada.

O presente artigo tem por temática “A violência doméstica contra a mulher e as medidas protetivas de urgência previstas na lei maria da penha”. Teremos por objetivo geral analisar as espécies de medidas protetivas de urgência internas na lei maria da penha nas hipóteses de crimes relacionados a violência doméstica, descrevendo sua eficácia no enfrentamento da violência doméstica no Brasil.

Estudos apresentam que os índices de caso envolvendo algum tipo de violência doméstica no Brasil é crescente. Nesse contexto, o estudo tem por premissa responder ao seguinte questionamento: As medidas protetivas de urgência, inseridas na Lei Maria da Penha são eficazes no propósito de proteger as mulheres vítimas de violência doméstica/familiar?

A metodologia aplicada consistiu na realização de pesquisa bibliográfica atualizada, de natureza quali-quantitativa e caráter exploratório, utilizando-se principalmente de conceitos do Direito Penal, dentre outros, baseando-se ainda no método investigativo na análise das bibliografias utilizadas, não se produzindo conhecimentos novos.

Foram utilizados livros relativos ao tema bem como acessados os mecanismos de pesquisa de alguns repositórios públicos na internet, dos quais se extraíram trabalhos científicos, bem como o sítio eletrônico do governo federal, denominado planalto, dos quais se extraíram os textos da legislação constitucional e infraconstitucional citados, estes devidamente publicados na íntegra através do diário oficial da união, tudo da forma indicada no tópico destinado às referências bibliográficas, visando a construção de um referencial teórico variado e coerente, utilizando-se do método indutivo como instrumento para inferência das hipóteses e, por conseguinte, o teste destas.

Para atingir os objetivos acima apontados, o presente artigo está organizado da seguinte forma: no primeiro tópico será analisado a evolução histórica da violência doméstica no Brasil; no tópico seguinte apresentaremos a definição e as formas legais de violência doméstica, o próximo tópico versará sobre aspectos relevantes da Lei Maria da Penha em referência ao seu processo de criação no Brasil. Em seguida descreveremos as medidas protetivas de urgência consolidadas na Lei Maria da Penha e na sequência abordagem sobre o questão da Inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

## CONTEXTO HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

As mulheres, historicamente, sempre ocuparam posição social inferior à dos homens, o que se origina das culturas de sociedades passadas ainda enraizadas na atual, embora muitas melhorias tenham sido alcançadas.

É desnecessário discorrer longamente sobre o papel secundário e obscuro reservado as mulheres na Antiguidade e no Medievo, quando apenas o homem poderia ser sujeito de direitos e detentor de poderes<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> World Health Organization (WHO). *Global Status Report on Violence Prevention*. Geneva: WHO; 2014.

<sup>3</sup> PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/06 Análise Crítica e Sistêmica*. Livraria do Advogado Editora. 2018, p. 06.

No entender de Maria Fernanda Soares Fonseca<sup>4</sup> culturalmente, a mulher admirada é submissa, recatada e delicada, enquanto o homem é insubordinado, afrontoso e progressista, o que influi na educação social e intelectual dos indivíduos, desde a mais tenra idade.

Deste modo, levando em consideração o cenário de supremacia masculina durante a construção da sociedade moderna, pode-se dizer que as mulheres começaram muito tardiamente a exercer simples funções do cotidiano. Dentro dessa ótica, constata-se que somente em 1827 é que, no Brasil, as mulheres foram permitidas a frequentar os centros de educação, até então apenas homens tinham direito de se matricular nos colégios, fato que só mudou em 15 de outubro com a promulgação da Lei Geral<sup>5</sup> que em seu artigo 11 dizia: “Haverão escolas de meninas nas cidades e vilas mais populosas, em que os Presidentes em Conselho, julgarem necessário este estabelecimento”.

É muito claro que até este ponto no passado a mulher ocupava uma posição de importância e valor social tão baixo que sequer seria digna de alfabetização, vale ressaltar que desde então passaram-se apenas 193 anos, o que aponta extrema proximidade entre a atualidade e um período onde à mulher não eram atribuídos os valores sociais mais comuns e básicos para a existência.

De acordo com Luíza Levorse. Pretto e Marcos Eduardo Faes Eberhard<sup>6</sup>, verifica-se que a violência contra a mulher foi reconhecida como uma das formas de violação aos direitos humanos na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em Viena, 1993, e tratada como um problema de saúde pública.

Para entender a violência doméstica, temos que ultrapassar os muros da família e procurar a resposta no nosso momento histórico atual, marcado por toda espécie de violência, gerador da ideia de que todos só procuram o seu próprio bem e por isso são igualmente ruins<sup>7</sup>.

Desse modo Guilherme de Souza Nucci<sup>8</sup> acrescenta que há muito tempo se discute, no Brasil, qual a sanção merecida pelo autor da violência no lar, especialmente contra a mulher. Por certo, não é caso de se defender a aplicação de penas desproporcionais e necessariamente de prisão.

Em face dessa contingência Damasio de Jesus<sup>9</sup> afirma que a violência contra as mulheres é um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo. Devido ao seu caráter devastador sobre a saúde e a cidadania das mulheres, políticas públicas passaram a ser buscadas pelos mais diversos setores da sociedade, particularmente pelo movimento feminista.

Em conformidade com Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho<sup>10</sup>, a Constituição da República evidencia, em seu artigo 226, § 8º, que o Estado asseguraria a assistência na pessoa

<sup>4</sup> FONSECA, Maria Fernanda Soares et al. *O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros*. *Juris, Rio Grande*, v. 28, n. 01, p. 49-65, 2018.

<sup>5</sup> Lei de 15 de Outubro de 1827 que “Manda ‘criar’ escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império”.

<sup>6</sup> PRETTO, Luíza Levorse. EBERHARD, Marcos Eduardo Faes. *A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência no crime de feminicídio*. Porto Alegre 2020, p. 2

<sup>7</sup> SEIXAS, Maria Rita D’angelo. DIAS, Maria Luiza. *Violência Doméstica e a Cultura da Paz*. 1ª. Ed. São Paulo: Santos, 2013, p. 10.

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 213.

<sup>9</sup> JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei N. 11.340/2006*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 08.

<sup>10</sup> JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei N. 11.340/2006*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 7.

de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A partir dos discursos apresentados Rodrigo da Cunha Pereira<sup>11</sup> entende que o movimento feminista foi um grande marco do século XX e deu à mulher um lugar de sujeito e não mais de assujeitada ao pai ou ao marido, permitindo-a apropriar-se do seu desejo, o que provocou uma reviravolta nas relações familiares, culminando, inclusive, na quebra do princípio da indissolubilidade do matrimônio, já que não estaria mais disposta a tudo submeter-se.

A violência familiar nem sempre é física e nem sempre a dor física é a mais profunda, sendo do conhecimento público que o sofrimento psíquico, a geração do medo e do temor pela segurança do cônjuge, convivente ou filhos, causa forte abalo e profunda instabilidade emocional.<sup>12</sup>

## DEFINIÇÃO E FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMESTICA

A violência é, cada vez mais, um fenômeno social que atinge governos e populações, tanto global quanto localmente, no público e no privado, estando seu conceito em constante mutação, uma vez que várias atitudes e comportamentos passaram a ser considerados como formas de violência<sup>13</sup>.

Guilherme de Souza Nucci<sup>14</sup> explica que o termo doméstico, diz respeito à vida em família, usualmente na mesma casa, tanto assim que sempre se definiu a agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal (crime cometido prevalecendo-se das relações domésticas), como sendo “as ligações estabelecidas entre participantes de uma mesma vida familiar, podendo haver laços de parentesco ou não”.

Em conformidade com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>15</sup> o conceito de violência sofreu variações ao longo da história e ganhou importância e maior significado para o Direito com o movimento feminista ao reivindicar o lugar de sujeito de direito e de desejo tanto quanto os homens, e também com a compreensão de que criança/adolescente são sujeitos de direitos.

Para entender a violência doméstica, temos que ultrapassar os muros da família e procurar a resposta no nosso momento histórico atual, marcado por toda espécie de violência, gerador da ideia de que todos só procuram o seu próprio bem e por isso são igualmente ruins.

Em conformidade com a Convenção de Belém do Pará, “violência contra a mulher” pode conceituada como qualquer conduta, de ação ou omissão, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, no âmbito público ou privado.

De acordo Seixas e Dias<sup>16</sup>, a violência doméstica pode ser definida como conjunto de formas de ação ou omissão que se exerce no lar, que causam lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, qualquer que seja a pessoa que a exerça ou sofra.

11 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Disponível em: Grupo GEN, (2ª Edição). Grupo GEN, 2020, p. 515.

12 MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 11ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 181.

13 JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei N. 11.340/2006*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 7.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 568.

15 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Disponível em: Grupo GEN, (2ª Edição). Grupo GEN, 2020, p. 520.

16 SEIXAS, Maria Rita D'angelo. DIAS, Maria Luiza. *Violência Doméstica e a Cultura da Paz*. 1ª. Ed. São Paulo: Santos, 2013, p. 05.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci<sup>17</sup> legalmente a violência contra a mulher está definida no art. 5.º da Lei específica, nas seguintes situações:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: a) no âmbito da unidade doméstica, que compreende o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; b) no âmbito da família, que abrange a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; c) em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.<sup>(19)</sup>

Tendo em vista o foi observado Em conformidade com Damásio de Jesus<sup>18</sup> entende que o advento da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, constituiu avanço inovador do Brasil em sede de direitos humanos, mostrando-nos, em agosto de 2006, como o 18º país da América Latina a aperfeiçoar sua legislação sobre a proteção da mulher.

Quanto as formas de formas de violência domestica e familiar contra a mulher a Lei Maria da Penha em seu artigo 7º apresenta as seguintes: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e ainda a violência moral.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II A violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento to ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Esta definição mais clara e expressa de todas as formas de violência consiste, por si só, em um mecanismo importantíssimo de repressão às abusividades levadas a efeito em face da mulher, pois aumenta o escopo do bem jurídico tutelado para além da integridade física, englobando os aspectos pessoais e internos da mulher que integram a totalidade de sua pessoa.

Em face dessa contingência Silva, Coelho Caponi<sup>19</sup>, explicam que a violência física ocor-

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 347.

<sup>18</sup> JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei N. 11.340/2006*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

<sup>19</sup> SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. *Violência silenciosa: violência*

re quando alguém causa ou tenta causar dano, por meio de força física, de algum tipo de arma ou instrumento que pode causar lesões internas: (hemorragias, fraturas), externas (cortes, hematomas, feridas).

Salienta-se que o termo violência psicológica doméstica foi cunhado no seio da literatura feminista como parte da luta das mulheres para tornar pública a violência cotidianamente sofrida por elas na vida familiar privada<sup>20</sup>.

Em conformidade com Silva, Coelho Caponi<sup>21</sup>, a violência psicológica pode ser compreendida como:

Toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. Inclui: ameaças, humilhações, chantagem, cobranças de comportamento, discriminação, exploração, crítica pelo desempenho sexual, não deixar a pessoa sair de casa, provocando o isolamento de amigos e familiares, ou impedir que ela utilize o seu próprio dinheiro. Dentre as modalidades de violência, é a mais difícil de ser identificada. Apesar de ser bastante frequente, ela pode levar a pessoa a se sentir desvalorizada, sofrer de ansiedade e adoecer com facilidade, situações que se arrastam durante muito tempo e, se agravadas, podem levar a pessoa a provocar suicídio<sup>22</sup>.

Assim, as formas de violência psicológica doméstica nem sempre são identificáveis pela vítima. Elas podem aparecer diluídas, ou seja, não serem reconhecidas como tal por estarem associadas a fenômenos emocionais frequentemente agravados por fatores tais como: o álcool, a perda do emprego, problemas com os filhos, sofrimento ou morte de familiares e outras situações de crise.<sup>23</sup>

Nesse sentido, Silva, Coelho e Caponi<sup>24</sup>, afirmam que violência sexual é toda a ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga uma outra à realização de práticas sexuais contra a vontade, por meio da força física, da influência psicológica (intimidação, aliciamento, sedução), ou do uso de armas ou drogas.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci<sup>25</sup> a agressão sexual do marido contra a mulher é considerada, hoje, violência doméstica, sujeita às consequências, ao menos processuais.

Em conformidade com Damásio de Jesus<sup>26</sup> a violência sexual é um crime clandestino e subnotificado, praticado contra a liberdade sexual da mulher. Provoca traumas físicos e psíquicos, além de expor a doenças sexualmente transmissíveis e à gravidez indesejada.

Em conformidade com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>27</sup> a violência patrimonial

A violência patrimonial se caracteriza quando a parte economicamente mais forte na relação conjugal, e na maioria das vezes após o seu fim, usa e abusa de seu poder e domínio da administração dos bens de propriedade comum, não repassando ao outro os frutos dos bens conjugais, gerando uma situação de opressão, dominação e abuso de poder sobre

*psicológica como condição da violência física doméstica. Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 11, p. 93-103, 2007, p. 96*  
20 AZEVEDO, M.A.; GUERRA, V.N.A. *Violência psicológica doméstica: vozes da juventude*. São Paulo: Lacri - Laboratório de Estudos da Criança/PSA/IPUSP, 2001, p.25.

21 SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. *Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 11, p. 93-103, 2007, p. 96*

22 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. *Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. (Caderno de Atenção Básica, 8.

23 SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. *Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 11, p. 93-103, 2007, p. 96*

24 SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. *Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 11, p. 93-103, 2007, p. 96*

25 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 213.

26 JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei N. 11.340/2006*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 02.

27 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Disponível em: Grupo GEN, (2ª Edição). Grupo GEN, 2020, p. 520.

o outro

A violência patrimonial é compreendida como todo ato que resulte em prejuízo econômico, aos bens ou patrimônio da mulher. Assim, estudos revelam que a violência patrimonial se manifesta nas seguintes: roubo, furto ou dano aos bens pessoais, destruição de documentos, danificar intencionalmente material de trabalho, danificar intencionalmente objetos de valor financeiro ou afetivo e controle constante sobre o dinheiro e as despesas.

Em conformidade com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>28</sup> a violência patrimonial

São todos os atos comissivos ou omissivos do agressor que afetam a saúde emocional e a sobrevivência dos membros da família. Inclui o roubo, o desvio e a destruição de bens pessoais ou da sociedade conjugal, a guarda ou retenção de seus documentos pessoais, bens pecuniários ou não, a recusa de pagar a pensão alimentícia ou de participar nos gastos básicos para a sobrevivência do núcleo familiar, o uso dos recursos econômicos da pessoa idosa, da tutelada ou do incapaz, destituindo-a de gerir seus próprios recursos e deixando-a sem provimentos e cuidados (Art. 7º, IV, Lei nº 11.340/06)

A última forma de violência doméstica apresentada pela Lei Maria da Penha está relacionadas a violência moral, compreendida como qualquer ato de injúria, calúnia e difamação que atente contra a integridade moral da mulher.

A violência moral se manifesta em: acusações falsas, publicação ou exposição da vida íntima ou insinuações ou falas que atentem contra a índole da mulher

## LEI MARIA DA PENHA

Sobre a origem da Lei Maria da Penha no Brasil, narra Luíza Levorse Pretto e Marcos Eduardo Faes Eberhard<sup>29</sup>, que a mesma surgiu de um caso de violência doméstica e familiar emblemático no Brasil. Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica bioquímica cearense, sofreu duas tentativas de homicídio do então companheiro Marco Antônio Heredia Vivero: a primeira se deu com um tiro nas costas, que a deixou paraplégica, e a segunda por eletrocussão, durante o banho - além de mantê-la em cárcere privado, causando-lhe diversos traumas físicos e psicológicos.

Assim a Lei Maria da Penha tem por objetivo concretizar, no plano infraconstitucional o preceito constitucional que impõe ao Estado a obrigação de coibir a violência no âmbito das relações domésticas, posto que, o princípio da não discriminação encontra-se vertido no texto constitucional e impõe ao Estado atitudes não apenas absenteístas, mas também protagonistas no sentido de, mediante ações afirmativas, equilibrar a desigualdade existente no plano fático entre diversos agentes sociais, na busca de uma sociedade livre justa e solidária, baseada na dignidade da pessoa humana, no pleno exercício da cidadania, livre de preconceitos de qualquer natureza.

A Lei N° 11.340/2006 conhecida como Lei Maria da Penha, em seu artigo 1º prevê:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados

<sup>28</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Disponível em: Grupo GEN, (2ª Edição). Grupo GEN, 2020, p. 520.

<sup>29</sup> PRETTO, Luíza Levorse. EBERHARD, Marcos Eduardo Faes. *A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência no crime de feminicídio*. Porto Alegre 2020, p. 3

internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A esse respeito as autoras Maria Rita D'angelo Seixas e Maria Luiza Dias<sup>30</sup>, fazem referência a manifestação da Promotora de Justiça, do Estado do Mato Grosso, Dr<sup>a</sup>. Lindalva Rodrigues Corrêa, conforme passamos a transcrever:

A Lei Maria da Penha, ainda que tardiamente promulgada, já que o Brasil é o 18º país da América Latina a efetivar uma lei com tais características, constitui um marco inigualável na luta por igualdade de gênero e foi elaborada atendendo aos ditames constitucionais vigentes, tratando-se de medida de ação afirmativa, tanto servindo para a punição do agressor, como para o tratamento da vítima e de seus familiares, a fim de se buscar a efetiva diminuição da desigualdade e da violência em si, visando, em última análise, resguardar e proteger as famílias brasileiras.

Antes de a Lei Maria da Penha entrar em vigor, a violência doméstica e familiar contra a mulher era tratada como crime de menor potencial ofensivo e enquadrada na Lei n. 9.099/1995. Na prática, isso significava que a violência de gênero era banalizada e as penas geralmente se reduziam ao pagamento de cestas básicas ou trabalhos comunitários. Em outras palavras, não havia dispositivo legal para punir, com mais rigor, o homem autor de violência.

A violência doméstica e o feminicídio, no âmbito nacional e estadual, têm resultados estatísticos preocupantes - sempre elevados -, o que põe em dúvida a eficácia das medidas protetivas de urgência.

As relações afetivas podem ser campo para manifestação de violência de gênero, esse é um dos fenômenos investigados na pesquisa de opinião Percepções sobre controle, assédio e violência doméstica: vivências e práticas, realizada pelo Instituto Patrícia Galvão, em parceria com o Ipec e apoio da Uber, em setembro de 2022. O estudo mostra a disparidade na percepção de homens e mulheres sobre as situações violentas, tanto durante o relacionamento, quanto nos términos. O levantamento contou com entrevistas por telefone com 1.200 pessoas (800 homens e 400 mulheres), de 16 anos ou mais, entre 21 de julho e 1º de agosto de 2022.<sup>31</sup>

Guilherme de Souza Nucci<sup>32</sup> está mais do que provado e reconhecido pela ONU e pela OMS que a violência contra a mulher – qualquer pessoa do gênero feminino – é presumidamente vulnerável, mormente diante do homem, fisicamente mais forte e dominador, em sociedade machista e patriarcal, como a maior parte delas mundo afora

Hoje sabemos que a violência é um problema social de grandes dimensões e na relação de casal é tão significativa por dados da Organização das Nações Unidas (ONU), que chega a ser considerada endêmica, em razão da alta incidência<sup>33</sup>.

Apesar de existirem leis que protejam as mulheres contra a violência domésticas, muitas não denunciam os abusos por medo de represárias ou de não serem acreditadas. Isso significa que o número de casos de violência doméstica contra a mulher no Brasil é provavelmente muito maior do que os registrados pelas autoridades competentes<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> SEIXAS, Maria Rita D'angelo. DIAS, Maria Luiza. *Violência Doméstica e a Cultura da Paz*. 1ª. Ed. São Paulo: Santos, 2013, p. 05.

<sup>31</sup> Instituto Patrícia Galvão. <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/>

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 612.

<sup>33</sup> SEIXAS, Maria Rita D'angelo. DIAS, Maria Luiza. *Violência Doméstica e a Cultura da Paz*. 1ª. Ed. São Paulo: Santos, 2013, p. 08.

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 91.

Argumentam Pretto e Eberhard<sup>35</sup>, que a violência e o feminicídio são problemáticas fruto da sociedade patriarcal e machista, sustentada pela desigualdade de gêneros, que se utiliza das diferenças biológicas entre os sexos para fortalecer um sistema de hegemonia masculina. Historicamente, o homem é considerado o sexo imponente, forte e autoritário, enquanto a mulher é submissa, frágil.

Os mesmos autores<sup>36</sup>, inspirados em tais parâmetros, pontificam que:

Esse sistema predominantemente masculino molda os indivíduos de ambos os sexos: o sexo masculino, naturalmente, compreende-se como dominador, por sua função social de provedor e líder, que, para manter a dominância, utiliza-se de qualquer artifício, especialmente da força bruta; enquanto o sexo feminino é moldado de forma a sistematizar a superioridade masculina nas relações e naturalizar a violência contra as mulheres, que, por seu dever de submissão, silenciam, enquanto a falta de punição dos agressores torna-se evidente.

Em face dessa contingência, o Ministro Alexandre de Moraes, evidencia que se tornou obrigatória a ampliação do debate público e o aumento da preocupação social com o problema da violência e da desigualdade da mulher, de que decorreu a adoção de medidas políticas e legais, como a promulgação da Lei da Maria da Penha, a aprovação da qualificadora de feminicídio no crime de homicídio, a consolidação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, a criação de secretarias especializadas na proteção dos direitos da mulher e a adoção dos Planos Nacionais de Política para as Mulheres e do Pacto Nacional de Enfrentamento da Violência contra as Mulheres.

## MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

À mulher que se afirme vítima de violência doméstica ou familiar é garantido um procedimento diferenciado para a obtenção de medidas jurisdicionais que lhe concedam tutela inibitória ou reintegratória do ilícito afirmado; ou seja, medidas que sirvam para impedir o ilícito, a sua repetição ou a sua continuação.

Sobre esse assunto, Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>37</sup> afirma que no Título IV, Dos Procedimentos, especialmente no Capítulo II, a Lei cuida das Medidas Protetivas de Urgência, que podem ser concedidas em favor da mulher em situação de violência doméstica e familiar que visam prevenir novos ilícitos e impedir sua continuidade.

Sobre a importância das medidas protetivas de urgências a jurista Maria Berenice Dias<sup>38</sup>, evidencia que:

Elenca a Lei Maria da Penha um rol de medidas para assegurar efetividade ao seu propósito: garantir à mulher o direito a uma vida sem violência. Tentar deter o agressor bem como garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole agora não é encargo somente da polícia.

Conforme afirma Caravantes (2000, p.229), a violência intrafamiliar pode ser compreen-

<sup>35</sup> PRETTO, Luíza Levorse. EBERHARD, Marcos Eduardo Faes. A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência no crime de feminicídio. Porto Alegre 2020, p. 28.

<sup>36</sup> PRETTO, Luíza Levorse. EBERHARD, Marcos Eduardo Faes. A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência no crime de feminicídio. Porto Alegre 2020, p. 3

<sup>37</sup> CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos. 2014, p. 113.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

dida como qualquer ação ou omissão que resulte em dano físico, sexual, emocional, social ou patrimonial de um ser humano, onde exista vínculo familiar e íntimo entre a vítima e seu agressor.

A violência doméstica contra a mulher (VDCM) vem despertando interesse tanto de ordem pública quanto científica por configurar um problema de magnitude que atinge as famílias e a sociedade de forma multifatorial.

Em conformidade com Seixas e Dias<sup>39</sup> a violência doméstica é uma perigosa realidade, porque todos têm impulsos amorosos e agressivos e a família, que é a referência e deve nos proteger e ensinar a amar e como controlar a raiva e dar saída às pulsões internas com limites, ou seja, como nos socializar, faz exatamente ao contrário.

Nesse contexto, a Lei Maria da Penha, tem como principal finalidade proteger as mulheres, direcionadas na preservação de sua integridade, tanto física quanto moral, na esfera familiar/doméstica ou fora dela, de acordo com o alcance de suas medidas<sup>40</sup>.

Determina o artigo 19 da Lei Maria da Penha que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério público, devendo este ser prontamente comunicado.

Sobre esse assunto, Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>41</sup> afirma que o pedido de medidas protetivas pode ser formulado diretamente pela vítima à autoridade policial, que nesta hipótese, tem capacidade postulatória, sendo desnecessária nesta fase que esteja acompanhada de advogado ou defensor público Cavalcante<sup>42</sup>.

Por outro aspecto, conquanto o artigo 19, § 1º, da Lei 11.340/06 disponha que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz de imediato, sem audiência das partes, é certo que se o requerimento não demonstrar os indícios de um crime cometido com violência doméstica e familiar contra a mulher ou o perigo da demora, poderá o magistrado designar audiência de justificação.

Sobre esse assunto, Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>43</sup> afirma que o requerimento de medidas protetivas consiste em simples requerimento da ofendida, de forma que não são exigíveis formalidades processuais, o que não a desobriga de demonstrar a existência dos pressupostos legais para o acolhimento da pretensão.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério público.

39 SEIXAS, Maria Rita D'angelo. DIAS, Maria Luiza. *Violência Doméstica e a Cultura da Paz*. 1ª. Ed. São Paulo: Santos, 2013, p. 08.

40 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/06 Análise Crítica e Sistemática*. Livraria do Advogado Editora. 2018, p. 92.

41 CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 118.

42 CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 119.

43 CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 120.

Tendo em vista as especificidades, Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>44</sup> entende que as medidas protetivas de urgência visam prevenir novos ilícitos e impedir sua continuidade, é facultado ao juiz, no caso concreto, aplicar outras medidas não previstas em lei, para conceder a proteção integral à ofendida e seus familiares.

De acordo com a norma legal, verifica-se que nesse contexto as medidas de proteção podem ser aplicadas de maneira isolada ou cumulativa, podendo ser substituídas por outras de maior eficácia, a fim de garantir a proteção à vítima. Novas medidas também podem ser concedidas a requerimento do Ministério Público ou da ofendida ou revistas aquelas já deferidas, tudo a fim de proteger a vítima, seus familiares e seu patrimônio.

As medidas protetivas de urgência representam uma determinação do poder judiciário brasileiro com a finalidade de proteger a mulher em situação de violência doméstica, familiar ou na relação de afeto, conforme a necessidade da solicitante. Nesse contexto, verifica-se que as medidas protetivas podem ser demandadas já no atendimento policial, na delegacia, e ordenadas pelo juiz ou juíza em até 48 horas, devendo ser emitidas com urgência em casos em que a mulher corre risco de morte.

As medidas protetivas de urgência, estão elencadas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, que descreve um rol de providências que deverão ser efetivadas nos casos de configuração violência doméstica com a finalidade legal de garantir a proteção e integridade física e psicológica da mulher. Essas hipóteses são as seguintes:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I. Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II. Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III. Proibição de determinadas condutas, entre as quais:

IV. Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

V. Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

VI. Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

VII. Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

VIII. Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

IX. Comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e

X. Acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

E como objeto de atuação de todo esse sistema integrado de atendimento à mulher, aliado às formas de atendimento às vítimas, o art. 22 da Lei Maria da Penha cria as medidas

<sup>44</sup> CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 125.

protetivas de urgência em face do agressor, que são ações adotadas pelo Estado em face dos agressores para coibir a prática de agressão, e possibilitar às vítimas o exercício da sua rotina e atividades básicas sem o medo de que novas agressões lhe venham a ocorrer.

Dentre as medidas originariamente previstas na legislação, é possível destacar a determinação de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, ou a proibição de determinadas condutas, como a aproximação ou contato com a vítima, ou mesmo frequência de lugares.

Quanto à medida que determinar a suspensão da posse ou restrição do porte de armas Rogério Sanches Cunha<sup>45</sup> explica que “Suspensão” da posse de arma significa o impedimento temporário para a utilização de arma, já a “restrição” do porte de arma significa a limitação do porte para aqueles que o possuem.

Sobre a possibilidade de decretação por parte do magistrado determinado o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>46</sup> pontifica que:

Essa medida deve ser aplicada aos casos em que a permanência do agressor no lar consiste em fator de risco para a ofendida e eventuais filhos, a fim de garantir sua integridade física e psicológica, a ser avaliado pelo magistrado com cautela, tendo em vista os graves impactos nos direitos do averiguado.

Outro aspecto apresentado como medida de proteção a vítima de violência doméstica está disposto no art. 22, III, da Lei 11.340/2006 relacionado a proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

Diante da possibilidade de aplicação de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, como determina o artigo 22, IV, da Lei 11.340/2006 ensina Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>47</sup> que

A imposição da medida de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores deve ser concedida nos casos em que haja risco à integridade física e psicológica dos dependentes menores, que podem também ser vítimas de violência doméstica, como no caso de abuso sexual, por exemplo. Poderá ser deferida liminarmente se estiverem presentes os requisitos legais, sem prejuízo da realização de estudo psicossocial dos envolvidos pela equipe multidisciplinar da vara especializada.

E por fim o inciso V do artigo 22 da Lei Maria da Penha determina a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, conforme estabelece o os critérios do artigo 1.695, do Código Civil<sup>48</sup> Brasileiro de 2002.

Em face dessa contingência Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>49</sup> esclarece que uma

<sup>45</sup> CUNHA, Rogério Sanches et. al. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>46</sup> CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 121.

<sup>47</sup> CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 121.

<sup>48</sup> Art. 1695 do Código Civil. São devidos alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

<sup>49</sup> CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da*

vez fixados os alimentos como medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha, são eles devidos desde a data da fixação tanto à mulher quanto aos filhos, inclusive, à homossexual.

Para a concessão desta medida, o magistrado deve avaliar além dos pressupostos legais já mencionados, consubstanciados em uma situação de urgência que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher. Sob essa ótica Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>50</sup> entende que:

Essas medidas que visam garantir a integridade física e psicológica da ofendida, uma vez que nos conflitos familiares que abrangem situações de violência, não raras vezes o agressor procura reiteradamente a vítima, pessoalmente, por telefone ou através de mensagens eletrônicas, insultando ou proferindo ameaças, inclusive, em seus locais de estudo ou de trabalho. A concessão da medida de proibição de aproximação do agressor da ofendida deve estabelecer o distanciamento mínimo a ser observado, que deve atender às situações do caso concreto. Por exemplo, se os envolvidos moram na mesma rua, deve-se fixar distância compatível com as respectivas moradias.

Salienta Elaine Cristina Monteiro Cavalcante<sup>51</sup> que essas medidas têm natureza cautelar, pois visam resguardar a integridade física e psicológica da ofendida, e podemos afirmar que as medidas previstas no artigo 22, I, II e III têm natureza penal, enquanto as medidas previstas nos incisos IV e V têm natureza civil, próprias do direito de família.

Esclarece Maria Berenice Dias<sup>52</sup>, que as medidas protetivas de urgência possuem conteúdo satisfativo, são concedidas em procedimento simplificado e o entendimento majoritário é de que são medidas cautelares, em que pese os amplos debates doutrinários, por se encaixarem na natureza penal e cível.

Salienta-se que os artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha, trazem medidas protetivas com a finalidade de proporcionar amparo de proteção destinadas ao amparo da mulher.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III Determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV Determinar a separação de corpos.

V Determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Paralelamente o artigo 24 da referida em seus quatro incisos, estabelecem um rol de medidas que poderão ser determinadas liminarmente pelo poder judiciário na proteção do patrimonial dos bens conjuntos do casal ou aqueles de propriedade exclusiva da mulher, conforme transcrevemos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medi-

*Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 121.

<sup>50</sup> CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 123.

<sup>51</sup> CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. *Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos*, 2014, p. 123.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. JusPodivm: Salvador, 2022, p. 173.

das, entre outras:

I Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III Suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

A respeito, encontramos a seguinte colocação proferida pelos juristas Fredie Didier e Rafael Oliveira<sup>53</sup>, conforme apresentamos:

Pode-se dizer, então, que subsiste um verdadeiro princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência, o que corrobora a tendência, já estabelecida no ordenamento processual civil no que diz respeito à tutela específica dos deveres de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro (arts. 461 e 461-A, do CPC), de conferir ao magistrado a possibilidade de se valer, em cada caso concreto, da medida que reputar mais adequada, necessária e proporcional para alcançar o resultado almejado, ainda que tal medida não esteja prevista ou regulamentada na lei.

A finalidade das medidas protetivas de urgência é, como explicitado pelo nome, proteger as mulheres em situação de vulnerabilidade decorrente da violência doméstica, coibindo os agressores e quebrando o ciclo da violência doméstica, composto por três fases<sup>54</sup>.

Quanto a finalidade das medidas protetivas de urgência, Maria Berenice Dias<sup>55</sup>, pontifica que:

A discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim da medida protetiva é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas.

As medidas protetivas dividem-se em duas espécies: as medidas protetivas que proíbem o agressor de praticar determinadas condutas (art. 22 da Lei) e as medidas protetivas destinadas ao amparo da mulher (arts. 23 e 24 da Lei).

De acordo com Flávia Piovesan<sup>56</sup> antes da Lei Maria da Penha, não havia legislação específica sobre o tema, e atos de violência contra a mulher eram tratados como infração penal de menor potencial ofensivo. De modo contrastante, com a nova lei, o ordenamento brasileiro passou a expressamente caracterizar a violência doméstica como forma de violação a direitos humanos.

## CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Corroborando com esse assunto Rodrigo da Cunha Pereira<sup>57</sup> assenta que o Supremo Tribunal Federal em julgamento de duas Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade (ADC 19 e ADIn 4424), em 09/02/2012 confirmou a constitucionalidade dos artigos 1º, 12, I, 16,

<sup>53</sup> DIDIER, Fredie Jr. *Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher), família e responsabilidade, teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010.

<sup>54</sup> PRETTO, Luíza Levorse. EBERHARD, Marcos Eduardo Faes. A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência no crime de feminicídio. Porto Alegre 2020, p. 5.

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. JusPodivm: Salvador, 2022, p. 175

<sup>56</sup> PIOVESAN, Flávia. *Curso de Direitos Humanos: Sistema interamericano*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>57</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Disponível em: Grupo GEN, (2ª Edição). Grupo GEN, 2020, p. 521.

33 e 41 da Lei 11.340/2006.

O Ministro do Supremo Tribunal, Luis Roberto Barroso<sup>58</sup>, em obra acadêmica apresenta julgado, que considerou compatível com a Constituição a Lei Maria da Penha, que instituiu regras diferenciadas para punir a violência doméstica contra a mulher.

Nesse contexto em 09 de fevereiro de 2012, na Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 19<sup>59</sup>, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, analisando a constitucionalidade da lei maria da penha o Supremo Tribunal Federal

Assim Rodrigo da Cunha Pereira<sup>60</sup> pondera que no entendimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, concluiu-se que:

Não seria desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Além disto, a Lei Maria da Penha apresenta uma sintonia com os objetivos solidificados na Convenção de Belém do Pará, ratificados pelo Brasil

Sobre esse assunto, Guilherme de Souza Nucci<sup>61</sup> acrescenta que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, têm firmado o entendimento de não caber pena alternativa para qualquer delito cometido no contexto da violência doméstica. Isso não significa a condenação ao cárcere, pois existe o benefício da suspensão condicional da pena (sursis) para evitar tal situação. Sobre o assunto, confira-se no STJ: Súmula 588: “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conformidade com os ensinamentos de Pretto e Eberhard <sup>62</sup> é fácil concluir que a evolução legislativa brasileira em relação ao tema da violência doméstica, no que concerne às medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, produz resultados importantes na proteção das vítimas de feminicídio. Entretanto, é preciso fortalecer as medidas de fiscalização ao cumprimento das Medidas Protetivas, pois, sozinhas, não surtem o efeito aspirado.

Inovou a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – ao criar um leque abrangente de medidas protetivas que obrigam o agressor e protegem a ofendida, visando impedir ou remover atos ilícitos. Por outro aspecto, a lei municiou o magistrado de mecanismos coercitivos para propiciar a eficácia das medidas, possibilitando até a aplicação de outras medidas não previstas em lei, desde que adequadas à situação de fato, com vistas à proteção da ofendida.

Como esclarece Maria Rita D'angelo Seixas e Maria Luiza Dias<sup>63</sup>, as consequências da violência doméstica são desastrosas, porque atingem o celeiro humano de novas personalida-

<sup>58</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais*. 10ª Ed. Editora Saraiva, 2022, 155.

<sup>59</sup> BRASIL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 19*. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator. Min. Marco Aurélio, Julgada em 09 de fevereiro de 2012.

<sup>60</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Disponível em: Grupo GEN, (2ª Edição). Grupo GEN, 2020, p. 231.

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 347.

<sup>62</sup> PRETTO, Luíza Levorse. EBERHARD, Marcos Eduardo Faes. *A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência no crime de feminicídio*. Porto Alegre 2020, p. 28.

<sup>63</sup> SEIXAS, Maria Rita D'angelo. DIAS, Maria Luiza. *Violência Doméstica e a Cultura da Paz*. 1ª. Ed. São Paulo: Santos, 2013, p. 9.

des desvirtuando-as, impedindo o seu desenvolvimento e sendo multiplicadora de violência.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais. 10ª Ed. Editora Saraiva, 2022.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em: 27 jul. 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. Estudos Feministas, Florianópolis, 2006.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 15, nº 38, p. 113-132, janeiro-abril/2014.

CUNHA, Rogério Sanches. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 5ª. Ed. JusPodivm: Salvador, 2022.

FONSECA, Maria Fernanda Soares *et al.* O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros. Juris, Rio Grande, v. 28, n. 01, p. 49-65, 2018. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/7680/5330>. Acesso em: 27 set. 2022.

FREITAS, Micael Portela. GONÇALVES, Jonas Rodrigo. SANTOS, Raíssa Tainá Costa (2023). A evolução da Lei Maria da Penha e a busca pela efetividade das medidas protetivas. Revista Processus De Políticas Públicas E Desenvolvimento Social, 5(9), 24–40. Disponível em: <https://doi.org/10.5281/zenodo.766833>. Acesso em 02 de maio de 2023.

JESUS, Damásio de. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei N. 11.340/2006. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 11ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. Disponível em: Grupo GEN, (2ª Edição). Grupo GEN, 2020, p,

PIOVESAN, Flávia. Curso de Direitos Humanos: Sistema interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/06 Análise Crítica e Sistêmica. Livraria do Advogado Editora, 21 de mar. de 2018

PRETTO, Luíza Leorse. EBERHARD, Marcos Eduardo Faes. A (in) eficácia das medidas protetivas

de urgência no crime de feminicídio. Porto Alegre 2020. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2023/02/luiza\\_pretto.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2023/02/luiza_pretto.pdf); Acesso em 02 de maio de 2023.

QUEM é Maria da Penha. Instituto Maria da Penha, [S.l.]. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 27 set. 2022.

SANTOS, Carla Kristin Bernardt dos. violência doméstica: medidas de enfrentamento apresentadas na Lei Maria da Penha e as iniciativas de combate em Santa Catarina. Florianópolis, 2020

SEIXAS, Maria Rita D'angelo. DIAS, Maria Luiza. Violência Doméstica e a Cultura da Paz. 1ª. Ed. São Paulo: Santos, 2013

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 11, p. 93-103, 2007.



## A (im) possibilidade do aborto legal nos casos de stealthing

### The (im) possibility of legal abortion in cases of stealthing

Frank Rodrigues

*Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS.*

Daniel Vinicius Soares Bonifácio

*Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS.*

Hewldson Reis Madeira

*Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010); pós-graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior (FEST/MA, 2014); Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Universidade CEUMA. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) NEOCONSTITUCIONALISMO, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS e do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia.*

Kamila Soares Leal

*Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Exerce à Docência no Ensino Superior desde 2015.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.8

## RESUMO

O termo “Stealthing” consiste na retirada não consentida do preservativo na execução da relação sexual, no entanto, cumpre destacar que o Código Penal Brasileiro não prevê expressamente tal conduta como crime. Todavia, existe uma relação material com o crime de violência sexual mediante fraude, previsto no art. 215. Na ocasião, analisou-se a relação existente entre os arts. 213, 215 e 128 do CPB, examinando as fundamentações técnica-jurídicas atualmente emanadas, em especial, dos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Cabe discutir, também, as consequências do ato praticado e as possíveis circunstâncias que possibilitem o aborto legal decorrente de uma gravidez indesejada, além de seus riscos para a saúde da vítima. Quanto a metodologia o estudo adotou a pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e exploratória, visando analisar a lei penal brasileira de forma aprofundada. Conclui-se que, frente a omissão legislativa e a limitação doutrinária a respeito da temática, restou à jurisprudência pontuar e decidir sobre o caso, tipificando a prática como idêntica ao artigo 213 e, por isso, inserida no rol do artigo 128, sendo possível o aborto legal quando praticado. Por fim, a omissão legislativa é tida, atualmente, como o maior dos entraves relacionados à problemática, motivo pelo qual anseia o ordenamento jurídico brasileiro pela tipificação do aborto legal nos casos de stealthing, inserindo-o no rol das excludentes de ilicitude previstas no artigo 128 do Código Penal Brasileiro.

**Palavras-chave:** *Stealthing*. violência. aborto legal. adequação.

## ABSTRACT

The term “Stealthing” refers to the non-consensual removal of a condom during sexual intercourse. However, it is important to note that the Brazilian Penal Code does not explicitly define this conduct as a crime. Nevertheless, there is a material connection to the crime of sexual violence through deception, as provided in Article 215. This study examines the relationship between Articles 213, 215, and 128 of the Brazilian Penal Code, analyzing the current technical and legal foundations, particularly the rulings of the Court of Justice of the Federal District and Territories. It also discusses the consequences of such an act and the potential circumstances that may permit legal abortion in cases of unwanted pregnancy, as well as the health risks for the victim. The methodology employed in this study involves a qualitative and exploratory bibliographic research approach, aiming to provide an in-depth analysis of Brazilian criminal law. The study concludes that, due to legislative omission and limited doctrinal guidance on the subject, it is the role of jurisprudence to define and decide upon cases of stealthing, classifying the practice as equivalent to Article 213 and therefore falling within the scope of Article 128, allowing for legal abortion when applicable. Finally, the current legislative omission is regarded as the main obstacle in addressing this issue, and it is the hope of the Brazilian legal system to include legal abortion in cases of stealthing as one of the lawful justifications outlined in Article 128 of the Brazilian Penal Code.

**Keywords:** *stealthing*. violence. legal abortion. adequacy.

## INTRODUÇÃO

O termo “*Stealthing*” vem do idioma inglês e tem como significado a palavra “furtivo” ou “dissimulado”. Nesse sentido, o consentimento é uma condição presente no início da relação se-

xual e a retirada do preservativo não consentida é a causa comprometedora do sujeito dissimulador, ou seja, aquele que fez a retirada do preservativo sem a ciência da vítima. Nessa toada, vale evidenciar que o ato praticado sem o objeto protetor, pode trazer riscos à saúde, como doenças sexualmente transmissíveis e a gravidez indesejada.

O crime de violência sexual mediante fraude está positivado no art. 215 do Código Penal Brasileiro, cujo dispositivo preceitua a prática de conjunção carnal ou atos libidinosos que prejudiquem a manifestação de vontade da vítima. Nesse cenário, a retirada não consentida do preservativo no momento da relação configura o “*Stealthing*”, sendo enquadrada de forma implícita no dispositivo legal mencionado, trazendo óbices tanto para a sociedade em sentido amplo, quanto para aqueles que operam o direito de forma instrumental.

Quanto aos riscos à saúde, é necessário questionar como os tribunais estão decidindo nos casos em que se discute a possibilidade do aborto seguro, quando consumada a violência sexual mediante fraude e dela resultar um risco irreparável a saúde física do (a) ofendido (a).

Neste contexto, o objetivo desse trabalho de pesquisa é relacionar o termo “*Stealthing*” com o Código Penal e em seguida buscar a fundamentação jurídica decisória para aliar à possibilidade de aborto seguro. Quanto a metodologia, o estudo adotou a pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e exploratória, visando analisar a lei de forma aprofundada.

A principal finalidade do Código Penal é a proteção dos bens jurídicos relevantes para a sociedade. Ademais, o Código Penal resguarda no título VI, Capítulo I, os crimes contra a dignidade sexual e os crimes contra a liberdade sexual. Desse modo, é esperado que o Estado busque a tutela desses direitos, mas no tocante aos crimes mencionados, é nítida a omissão legislativa quando não busca a tutela acerca do tema que lhe era positivamente atribuído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, os crimes previstos no título mencionado, em especial a violência sexual mediante fraude, deveria receber amparo no rol do art. 128 do mesmo diploma, cujo dispositivo dispõe acerca do aborto legal praticado por médico.

O presente estudo está organizado em capítulos na seguinte ordem: “Conceito de *stealthing*”; “Relacionando o termo *stealthing* e o crime de violência sexual mediante fraude”; segue com o capítulo que trata sobre o Aborto, descrevendo-o segundo seu: conceito, espécies e as excludentes de ilicitude do aborto no Brasil; “A relação do aborto legal e o Código Penal brasileiro”.

## CONCEITO DE *STEALTHING*

O termo “*Stealthing*” vem do idioma inglês e tem como significado a palavra “furtivo” ou “dissimulado”. Neste contexto, o termo é caracterizado como a retirada não consentida do preservativo durante a relação sexual.

Nos dizeres de Julia Foppa de Oliveira (2022):

*Stealthing* origina-se da palavra *stealth*, que em inglês significa oculto, furtivo. A identificação do termo para com a prática de retirada do preservativo, em meio à relação sexual, sem que a vítima consinta ou ao menos tenha conhecimento, originou-se em estudos feitos pela Universidade de Yale, ainda em 2017, que identificaram a existência de debates sobre o assunto em fóruns na internet. Esses fóruns não foram criados para discutir criticamente o fenômeno ou para alertar para as consequências e os danos (gravidez não planejada, transmissão de diversas DSTs, além de consequências psicológicas oriundas

deste abuso) que podem decorrer da prática, mas para comentar as formas mais “furtivas” de praticá-la.

Com base no citado, percebe-se que o surgimento do termo tem origem na atualidade, inclusive repercute em diversos fóruns no mundo virtual, ganhando espaço dentro dos debates jurídicos e criminológicos.

Hodiernamente, no Brasil, há uma discussão quanto à criminalização do *Stealthing* que para uns é visto como crime de estupro, já para outros é um crime de violência sexual mediante fraude, indiferente do que ocorre nos países vizinhos.

Analisando a legislação penal brasileira e considerando o entendimento da Advogada americana Alexandra Brodsky, (que publicou o resultado de uma pesquisa relacionada ao tema, no dia 20 de abril, no jornal de gênero e direito da Universidade de Columbia (EUA)), o *Stealthing* no Brasil não pode ser imediatamente considerado estupro. Isso porque a redação do art. 213 explica que para que uma atividade seja considerada violência sexual, a coação à atividade sexual deve ser feita por violência ou ameaças graves.

Nesse caso, por mais embaraçoso que seja, seria errado equiparar *Stealthing* a estupro sem nenhum desses métodos de execução. Poucas e recentes discussões dogmáticas apontam, portanto, adaptações típicas para os seguintes crimes previstos no Código Penal brasileiro, como: propagação de doenças sexualmente transmissíveis (art. 130); risco de contrair doença grave (artigo 131) ou; agressão sexual mediante fraude (artigo 215).

Vale ressaltar aqui que o ponto principal da discussão sobre o ato dissimulador/furtivo não é necessariamente a melhor forma de criminalizá-lo. No cerne dessa discussão está a consciência de que tal comportamento é típico de violência contra a liberdade sexual.

## RELACIONANDO O TERMO *STEALTHING* E O CRIME DE VIOLÊNCIA SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

A prática denominada de “*Stealthing*”, que consiste na retirada do preservativo durante a relação sexual sem o consentimento da outra pessoa, pode caracterizar o crime de violência sexual mediante fraude.

Nesse sentido, vejamos a definição da nomenclatura na concepção do Tribunal de Justiça do Distrito federal e dos Territórios TJDT:

A palavra “*stealthing*” vem da língua inglesa e em tradução livre significa furtivo. O autor desse crime leva a vítima a acreditar que está em um ato sexual seguro, mas de maneira escondida ou camuflada, retira o preservativo e passa a praticar ato em desconformidade com a vontade da vítima.

Observa-se, portanto, que a prática do crime tem origem em um ato de caráter encoberto e disfarçado, em que, de certa forma, impede a percepção e manifestação da vontade da vítima quanto à realização consentida ou não do ato com o uso de preservativo.

Comparativamente, a violência sexual mediante fraude tem previsão legal no art. 215 do Código Penal Brasileiro e guarda nexos com o termo “*Stealthing*”, cujo dispositivo busca proteger a dignidade sexual da vítima lesada mediante fraude do agente, ademais, tal violência pode ser conceituada como uma manobra praticada pelo sujeito na relação, visando atrair a relação

sexual.

A conduta do agente é caracterizada quando, sem o emprego de qualquer espécie de violência ou grave ameaça, pratica com a vítima, ato de libidinagem penubrosamente dificultando a livre manifestação de vontade da vítima. Tal aprendizado é reiterado pela doutrina criminalista:

Prado (p. 277, 2008), define o aprendizado da seguinte forma:

(...) tome como exemplo a mulher que, num baile de máscara, no decorrer da festividade, após separar-se momentaneamente do marido, dirige-se a outra pessoa, pensando tratar-se do cônjuge e, objetivando agradá-la, convida-o para ir ao motel, sendo que a terceira pessoa, aproveitando-se da situação, não só aceita o convite como sugere que o ato sexual seja realizado também de máscara e na penumbra.

Com base no elucidativo exemplo, são nítidos os elementos que compõem o crime e sua consumação, cujo exemplo deixa claro o real interesse em enganar a vítima, fraudando a relação e dificultando a livre manifestação de vontade desta.

Ainda em relação ao caso supracitado, é necessário associar tal conduta com os tipos penais dos artigos 213 e 215, quanto ao primeiro, diz respeito ao crime de estupro, e por diante, crime de violência sexual mediante fraude.

Cabe, também, mencionar a capacidade de resistência da vítima em que o ato libidinoso, quando presente a violência ou grave ameaça, já extrapola os elementos do fato típico do art. 213, nessa mesma linha de raciocínio, a fraude prevista no art. 215 é a conduta qualificadora do crime, ressaltando-se o exemplo citado acima, em que a ofendida foi iludida, pois acreditava tratar-se do cônjuge.

## **ABORTO**

### **Conceito**

Em geral, o aborto é o fim anormal do processo de gravidez. Portanto, é um evento em que o fruto da concepção (óvulo, feto ou embrião) morre, seja com ou sem expulsão no corpo da mãe.

Do ponto de vista médico, o aborto induzido é o nascimento forçado antes de 20 semanas. Refere-se à expulsão de um embrião ou feto de forma intencional pelo uso de medicamentos ou de meios mecânicos (MOORE, 2008, p. 23).

O resultado anormal ou precoce da gravidez, com a morte inevitável do nascituro, pode ser determinado principalmente por causas naturais (aborto espontâneo) ou mesmo pelo comportamento involuntário de uma pessoa (aborto acidental) e, finalmente, pelo comportamento voluntário legal (aborto legal), ou ilegal (aborto criminoso), ressaltando o último, focando no interesse maior do direito penal.

A intervenção penal justifica-se neste caso por haver uma vida humana no útero que merece proteção legal, bem como a necessidade de proteger a vida ou a integridade corporal da gestante. É um crime que foi tratado legalmente e que mudou no tempo e no espaço, e também é objeto de um debate ético acalorado e contínuo em muitos países sobre a necessidade e adequação da imputação penal.

O Código Penal do Brasil historicamente pune o aborto, permitindo-o via de regra apenas em três situações excepcionais: quando a vida da gestante estiver em perigo; gravidez decorrente de estupro; feto indisciplinado devido a anencefalia. As duas primeiras hipóteses permissivas advêm dos dispositivos originais, enquanto a última foi acrescentada por jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal.

## Espécies

Comumente, a doutrina costuma trazer algumas espécies de aborto, dentre elas estão:

**Aborto terapêutico ou necessário:** Este tipo de aborto pode ser realizado para interromper uma gravidez se a vida da mãe estiver em perigo. Dessa forma, o código penal brasileiro legitima a aborto legal nessa espécie de aborto, *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

**Aborto sentimental ou humanitário:** tem objetivo de tutelar a dignidade humana da mulher grávida, libertando-a da infeliz situação em que aparece o resultado de um ato violento, que afeta profundamente a saúde física, mental e espiritual da mulher.

Nos dizeres de França (2015, p. 755):

“A questão surgiu quando alguns países da Europa, na Primeira Guerra Mundial, tiveram suas mulheres violentadas pelos invasores. Nasceu, então, um movimento patriótico de repercussão em todo o mundo contra essa maternidade imposta pela violência, pois não era justo que aquelas mulheres trouxessem no ventre um fruto de um ato indesejado, lembrado para sempre como uma ignomínia e uma crueldade. Assim, a partir de então, em quase todas as legislações do mundo, a lei permite que a mulher grávida, vítima dessa forma de conjunção carnal, aborte, pois não seria concebível admitir que uma pessoa humana tivesse um filho que não fosse gerado pelo seu consentimento e pelo seu amor.”

Nessa explicação, esse tipo de aborto surgiu quando em alguns países europeus durante a Primeira Guerra Mundial os invasores estupraram mulheres, por indignação patriótica, criou-se a imagem de um aborto sentimental para que essas mulheres não fossem obrigadas a ter filhos de invasores em seus ventres.

**Aborto eugênico:** tem como alvo interromper uma gravidez e evitar que uma pessoa nasça com uma deformidade. Alguns doutrinadores defendem que tal tipo de aborto deve ser criminalizado, por outro lado, parte da doutrina opta pela descriminalização, dessa forma: “O aborto eugênico é aquele realizado para interromper a gravidez de um feto defeituoso, não devendo ser punido” (VIANA, 2007, p. 179-181); “O aborto eugênico é aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Não é permitido pela nossa legislação e, por isso, configura crime.” (CAPEZ, 2004, p. 126).

Levando em consideração a divergência doutrinária, observa-se que o aborto eugênico não tem fundamento quanto ao abortamento na legislação penal brasileira.

## Excludentes de ilicitude do aborto legal

A princípio, tem-se que todo aborto é crime, todavia, cabe ressaltar que o aborto possui excludentes de ilicitude que estão previamente expressas no artigo 128 do Código Penal Brasileiro e na Doutrina.

O Código Penal prevê apenas dois casos em que a lei permite o aborto (são exceções especiais à ilegalidade das condutas), tendo previsão legal no Código Penal art. 128.

A primeira razão para excluir os crimes de aborto é o que é necessário para preservar a vida da mulher grávida, nesse contexto, isso é chamado de aborto terapêutico.

Este tipo de aborto só é possível se não houver outras opções para salvar a vida da gestante. Foi estabelecido que a causa do aborto é somente a vida da própria gestante. A lei não oferece uma oportunidade de preservar apenas a saúde da mãe. Portanto, o aborto anencefálico não se enquadra nessa regra exclusiva, pois só é possível se a manutenção da gravidez realmente colocar em risco a vida da gestante.

O art. 128 do Código Penal, não exige o consentimento da gestante para tal tipo de aborto. Portanto, o médico tem o dever de realizar o procedimento mesmo sem o consentimento da gestante.

Já com relação ao aborto sentimental ocorre devido a um aborto causado por estupro. A ordem jurídica baseia-se no senso comum de que uma mulher não é obrigada a criá-lo e amá-lo sob a ameaça do crime de abandono, exceto para dar à luz o fruto de uma das piores experiências traumáticas.

O aborto sentimental, porém, depende do consentimento da gestante. Isto porque, apesar do gravíssimo crime de estupro, a gestante pode, por motivos pessoais, preferir levar a gravidez até o fim. Se a gestante for incapaz, a autorização deverá ser dada por seu representante legal.

Um aborto emocional não requer prévia permissão judicial, mesmo que um processo criminal esteja relacionado ao aborto. No entanto, o médico deve tomar as precauções necessárias para provar que o aborto foi precedido de estupro, considerando que o estupro é um crime que deixa vestígios. Por fim, cabe mencionar que havendo absolvição no crime de aborto, não criminaliza a atuação do médico, pois sua conduta não está relacionada com a certeza de estupro, bastando que se cercou de provas e evidências suficientes sobre a ocorrência de estupro.

Por fim, com relação ao aborto eugênico (aborto preventivo executado em casos em que há suspeita de que a criança possa nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias, impossibilitando a vida digna deste) é tido, grande semelhança com o feto anencefálico. Vale ressaltar que o aborto eugênico é uma espécie de aborto punível, enquanto o aborto do feto anencefálico é legitimado, com fundamento no voto do Ministro Marco Aurélio na arguição de descumprimento de preceito fundamental 54, Distrito Federal, em 12 abril de 2012:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida.

Obrigar uma mulher a continuar a gravidez por causa do diagnóstico de anencefalia é uma ameaça à sua saúde física e mental, segundo a maioria dos plenários do STF. Em relação ao sofrimento da gestante, o principal argumento nesses casos para permitir a interrupção da gravidez foi a incapacidade de o feto sobreviver fora do útero.

## A RELAÇÃO DO ABORTO LEGAL E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, é necessário discorrer sobre os elementos constitutivos do crime, popularmente conhecido como a árvore do delito. Com base na teoria tripartite, defendida pela doutrina majoritária, em especial Fernando Capez, apresenta o crime sendo um fato típico, ilícito e culpável, nessa tríade a análise da conduta se torna mais coesa quando analisada em fração.

Acerca desta acepção Capez (2013, p.134)

(...) dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu.

Nesse íterim, observa-se que, quando presentes os três elementos constitutivos de um crime, nasce para o Estado o dever de punir (*jus puniendi*), exercido, na maioria das vezes pelo Ministério Público, órgão destinado constitucionalmente a velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução da ação penal pública.

Nessa toada, é indispensável discutir o aborto legal previsto no art. 128 do CP e sua relação com os elementos constitutivos de um crime, visto que em casos distintos veremos a exclusão dos elementos como fundamento para justificar o aborto legal, *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Com base no entendimento doutrinário majoritário, o art. 128 em comento traz uma causa especial de exclusão da ilicitude, sob o fundamento no sentido de que o dispositivo mencionado é uma forma diferente e especial do legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que 'não há crime', como faz no art. 23 do mesmo diploma legal. " (BITENCOURT, 2011, p. 168).

No art. 128 do Código Penal há duas hipóteses de aborto legal, referente ao primeiro, trata-se do aborto necessário, e no segundo, o aborto sentimental.

O aborto necessário é caracterizado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, nesse sentido, é indispensável o preenchimento de três requisitos: a) aborto praticado por médico; b) o perigo de vida da gestante; c) a impossibilidade do uso de outro meio para salvá-la. Vale destacar que a doutrina entende que não há necessidade do consentimento da gestante para realização do aborto, muito menos autorização judicial.

Já o aborto sentimental tem previsão legal no inciso II do artigo 128, CP, também conhecido como aborto terapêutico, não guarda preocupação em salvar a vida da gestante, preocupando somente em preservar a saúde da vítima sob o fundamento nada justifica que se obrigue a mulher a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará, perpetuamente, o horrível episódio da violência sofrida.” (HUNGRIA, 2006, p. 133)

Para tal aborto, é necessário o preenchimento de três requisitos: a) que o aborto seja praticado por médico habilitado; b) que a gravidez seja resultante de estupro (arts. 213); c) prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal.

Por seguinte, a descriminalização do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, prevista no inciso II do art. 128, se torna mais rigorosa, pois a carga probatória necessária para realização do procedimento médico de forma legal é vasta, ou seja, o médico responsável deve estar atento e cercado de documentos que comprovem a legalidade e a necessidade do aborto a ser praticado.

Por fim, é necessário, de forma construtiva, questionar a omissão legislativa quando incluiu o crime de estupro em causa legal de aborto prevista no art. 128, mas por outro lado se omitiu diante do delito de violência sexual mediante fraude prevista no art. 215.

## A POSSIBILIDADE DE ABORTO LEGAL NOS CASOS DE *STEALTHING*

É sabido que a doutrina é fonte do direito utilizada para interpretação das leis, pois fixa as diretrizes gerais das normas jurídicas e é utilizada reiteradamente pelo Direito Penal brasileiro.

De acordo com Cruz, Ramiro e Leite, Gisele (2020):

Inegavelmente, a doutrina jamais pode deixar de ser reconhecida como fonte de direito, pois realmente contribui para aplicá-lo e, também, para prepará-lo para sua trajetória evolutiva. Por doutrina entende-se o acervo de soluções trazidas pelo labor dos juristas, é, enfim, a *communis opinio doctorum*.

Nessa toada, a doutrina é de suma importância para nortear as questões de fato e de direito nos processos judiciais litigiosos, nesse contexto a doutrina traz diversos casos em que o aborto pode ser efetivado, porém a ausência de amparo jurídico limita a doutrina.

Por seguinte, a possibilidade do aborto legal nos casos de *Stealthing* não é autorizada na Legislação Brasileira. Com base na exploração do referencial teórico, em especial o exposto no tópico “4.3 Excludentes de ilicitude do aborto legal”, deduz-se que a possibilidade do aborto legal só é permitida em duas hipóteses, *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Todavia, o mencionado dispositivo legal demonstra a falta de amparo jurídico para o caso

supracitado, deixando uma lacuna legislativa que será apreciada e respondida por um julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), em outras palavras, diz-se que o artigo 128 do Código Penal não legitima a possibilidade de aborto legal nos casos de *stealththing*, autorizando somente em caso de Aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e Aborto nos casos de gravidez resultante de estupro (quando o tipo penal previsto no artigo 213 se consuma).

Nesse viés, por conta da lacuna mencionada, há um Projeto de Lei (PL 965/2022) em tramitação na Câmara dos Deputados Federais, apresentado pelo Deputado Marcelo de Freitas – UNIÃO/MG, com o intuito de tipificar a conduta no Código Penal impondo ao sujeito ativo pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Em síntese, o projeto supracitado esclarece:

“O que se pretende com o presente projeto de lei é a tipificação da conduta de ter relação sexual com alguém, de forma diferente da consentida, por meio de uma verdadeira enganação ou ato que contrarie ou distorça a vontade da vítima. Ainda que a relação tenha sido, inicialmente, consentida, a partir do momento em que o autor retira ou deixa de colocar o preservativo, sem o consentimento da outra pessoa, muda a situação de fato, passando a relação sexual a ser abusiva, por não contar com o consentimento da parceira ou do parceiro. Sem uma legislação específica tratando do tema, pessoas que, de fato, são abusadas sexualmente, continuarão sem o amparo que deveriam receber de nossa sociedade.” (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, PROJETO DE LEI, 2022).

Levando em consideração a interpretação feita, conclui-se que apesar da doutrina e a lei não conseguirem solucionar o aborto legal nos casos de *stealththing*, tem-se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios com um julgado de extrema relevância acerca do caso. Neste sentido, a jurisprudência:

Remessa necessária. Constitucional. Administrativo. Ação de obrigação de fazer. Violência sexual. Gravidez. Realização de aborto humanitário na rede pública de saúde. Cp, art. 128, ii. Possibilidade. Direito à saúde. Dever estatal. Sentença mantida. (ACÓRDÃO 1297305, 07603209120198070016, RELATORA DES<sup>a</sup>. LEILA ARLANCH, SÉTIMA TURMA CÍVEL, DATA DE JULGAMENTO: 28/10/2020, PUBLICADO NO PJE: 20/11/2020.)

Em síntese, a possibilidade do aborto legal nos casos de *stealththing* configura fato típico previsto pelo artigo 213 do Código Penal, qual seja, Estupro, que está previsto no rol do artigo 128 e, por esta razão, o Tribunal decidiu que é legítima a postulação para a realização do Aborto Humanitário com fulcro no artigo 128 do Código Penal Brasileiro, ficando sobre a responsabilidade do Estado, prestar assistência integral à mulher em situação de gravidez decorrente de violência sexual, resumidamente:

1. Cabe ao Estado prestar assistência integral à mulher em situação de gravidez decorrente de violência sexual, por meio de um atendimento emergencial, integral e multidisciplinar em todos os hospitais integrantes da rede do Sistema Único de Saúde – SUS, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes da violência, além do encaminhamento aos serviços de assistência social, compreendendo a profilaxia da gravidez nas hipóteses legais (CRFB, arts. 196 e 197; LODF, arts. 204 e 207, XV; Lei n. 12.845/13).

2. A situação descrita configura o fato típico previsto pelo art. 213 do Código Penal, haja vista que, embora o ato sexual tenha sido inicialmente consentido com o uso de método contraceptivo, deixou de sê-lo no momento em que o agressor retirou o preservativo (“*stealththing*”), obrigando a vítima a continuar com a relação sexual, sendo legítima a postulação para a realização do aborto humanitário, com fulcro no art. 128, II, do Código Penal, não podendo o Estado se furtar desse direito.

Por fim, não se pode perder de vista a eficácia da parcela jurisdicional prestada pelo TJDFT diante da sociedade, cujo problema foi apreciado de forma célere e garantidora dos direitos fundamentais dos envolvidos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de Aborto legal nos casos de *Stealth* é um obstáculo a ser enfrentado pelos operadores do direito em situações concretas, pois a ausência de amparo normativo macula a efetividade da prestação jurisdicional no Direito Brasileiro, o que demonstra o alto nível de importância da discussão.

Cumprido destacar que o Código Penal Brasileiro não prevê expressamente a conduta *Stealth* como crime, pois o CP preserva somente a possibilidade de aborto legal nos casos previstos no artigo 128 não se afigurando o legislador em incluir o fato típico citado no rol das possibilidades de aborto legal presente no respectivo Código.

Em interpretação literal, os crimes contra a dignidade sexual, especificamente os previstos nos artigos 213 e 215 e as excludentes previstas no artigo 128 não trazem amparo legítimo para a efetivação do aborto seguro quando referente à prática de *Stealth*, ficando à mercê da analogia decidir a respeito.

Inobstante a ausência de fundamentação técnico-jurídica para efetivação de aborto legal nos casos de *stealth*, a vítima encontra respaldo jurídico na Jurisprudência, em especial a discutida no presente artigo no sentido de que a prática denominada *stealth* se tipifica no artigo 213 com base em síntese jurisprudencial elucidada, motivo pelo qual é possível a realização de aborto seguro com amparo no artigo 128 do Código Penal, ficando o Estado responsável por prestar assistência integral à mulher em situação de gravidez decorrente de violência sexual.

Diante de todo o exposto, embora haja um Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados buscando incluir a tipificação da conduta no Código Penal para efetivação do aborto legal e seguro. Por outro lado, frente a omissão legislativa e a demora na conclusão da tramitação do PL 965/2022 traz sérios problemas para vítimas afetadas durante todo esse período.

Conclui-se que a urgência no tratamento e tramitação do Projeto mencionado traria o amparo jurídico desburocratizado para solucionar a lacuna existente a respeito do tema, libertando as vítimas da insegurança jurídica elucidada pelo atual ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2011. p. 168.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 965, de 2022. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2159319](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2159319). Acesso em: 17 de abril de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 de abril de 2023.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. volume 2. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRUZ, Ramiro; LEITE, Gisele. A doutrina como fonte do direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 45, n. 1, p. 183-198, jan./jun. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2020. 1088 p.

DIREITONET. Doutrina. In: Dicionário Jurídico Direitonet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/924/Doutrina#:~:text=Trata%2Dse%20de%20um%20conjunto,diretrizes%20gerais%20das%20normas%20jur%C3%ADdicas>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

FRANÇA, Genival Veloso. Medicina legal. 10ª.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 133.

ITO, Michel; ITO, Lilian Cavalieri. Do aborto e suas espécies. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 28, nº 1499. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/3853/do-aborto-especies>. Acesso em: 19 março. 2023.

LEITE, Gisele. O significado da doutrina para a ciência do direito. In: Jornal Jurídico. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/o-significado-da-doutrina-para-a-ciencia-do-direito1>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

MOORE, Keith L. Embriologia Básica. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008. p. 23.

MSD MANUALS. Aborto Espontâneo. In: MSD Manuals. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt-br/casa/problemas-de-sa%C3%BAde-feminina/complica%C3%A7%C3%B5es-da-gravidez/aborto-espont%C3%A2neo>. Acesso em: 10 de março de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Julia Foppa de. Stealthing. In.: FRANÇA, Leandro Ayres (coord.); QUEVEDO, Jéssica Veleda; ABREU, Carlos A F de (orgs.). Dicionário Criminológico. 3. ed. Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2022. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/stealthing/113>. Acessado em: 10 de março de 2023.

PESQUISA JURIS. SistJ - Pesquisa de Jurisprudência do TJDF. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 15 de abril de 2023.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 277.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol 3, Parte Especial – arts. 184 a 288. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 12 abr. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão 1297305, 07603209120198070016, Relatora Desª. Leila Arlanch, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 28/10/2020, publicado no PJe: 20/11/2020.

VIANA, Jorge Candido S. C. Aborto - Um ato contra a vida. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Novos direitos: a essencialidade do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um estado democrático constitucional de direito na contemporaneidade brasileira. Curitiba: Juruá, 2007.



# O direito penal do inimigo e sua (in) aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro

## The enemy's criminal law and its (in) applicability in the brazilian legal system

Beatriz da Silva Pereira

*Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)*

Ionnard Alves Feitoza

*Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)*

Hewldson Reis Madeira

*Doutor em Direito, pela Faculdade Autônoma de Taubaté (FADISP/ALFA). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP), pós-graduado-graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST/MA), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ), graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA) Professor da Universidade Federal do Maranhão - CCSST, da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Estadual do Tocantins (NUPETINS) NEOCONSTITUCIONALISMO, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS e do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1954305395268356>.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.9

## RESUMO

Historicamente, o direito penal tem evoluído na busca por um modelo que não permita interferências indevidas na vida pessoal, mas que também não deixe a sociedade desamparada por indivíduos que contrariem a ordem social. Princípios como o da dignidade da pessoa humana passaram a reger a execução do *jus puniendi* estatal, limitando a interferência negativa no cidadão, mesmo daqueles acusados ou mesmo condenados por crimes. Ocorre que em contraste, surgiu um modelo teórico de política criminal proposto por Günther Jakobs, que justificava a limitação de direitos e o tratamento desigual entre delituosos considerados cidadãos, e aqueles etiquetados como inimigos, sob o prisma da proteção da ordem jurídica. Tal pensamento é até hoje estudado profundamente e causou interferências em países no mundo. É baseado nisso que o presente trabalho visa averiguar a (im) possibilidade de aplicação de tal modelo no ordenamento jurídico brasileiro. Através da metodologia da pesquisa bibliográfica, foi possível levantar referencial teórico robusto, mediante análise do qual foi possível concluir que o direito penal do inimigo, embora tenha influências no próprio ordenamento jurídico brasileiro, como a lei de crimes hediondos e os mandamentos constitucionais de criminalização, não é plenamente aplicável no Brasil, ante diversas incompatibilidades de cunho principiológicos, pois a legalidade e a dignidade da pessoa humana constituem óbices às limitações de direitos previstas no modelo adotado.

**Palavras-chave:** direito penal do inimigo. direito penal brasileiro. inaplicabilidade.

## ABSTRACT

Historically, criminal law has evolved in the search for a model that does not allow undue interference in personal life, but that also does not leave society helpless by individuals who contradict the social order. Principles such as the dignity of the human person began to govern the execution of the state *jus puniendi*, limiting negative interference with the citizen, even those accused or even convicted of crimes. In contrast, a theoretical model of criminal policy emerged, proposed by Günther Jakobs, which justified the limitation of rights and the unequal treatment between criminals considered citizens, and those labeled as enemies, under the prism of the protection of the legal order. Such thinking is still studied in depth and has caused interference in countries around the world. It is based on this that the present work aims to investigate the (im)possibility of applying such a model in the Brazilian legal system. Through the methodology of the bibliographic research, it was possible to raise a robust theoretical framework, through analysis from which it was possible to conclude that the criminal law of the enemy, although it has influences on the Brazilian legal system itself, such as the law of heinous crimes and the constitutional commandments of criminalization, it is not fully applicable in Brazil, given several incompatibilities of a principled nature, since the legality and dignity of the human person constitute obstacles to the limitations of rights provided for in the adopted model.

**Keywords:** enemy criminal law. brazilian criminal law. inapplicability.

## INTRODUÇÃO

Após revoluções de grande importância como a francesa ocorrida em 1789, o mundo passou por um crescente constitucionalismo, do qual decorreu importantíssima evolução de di-

reitos humanos hoje conceituados de gerações ou dimensões, que evoluíram com o decorrer do tempo, culminando nos atuais modelos de proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos.

De outro lado, e diante de circunstâncias históricas, criou-se em meados de 1985 o início de uma teoria de política criminal intitulada de direito penal do inimigo, proposta inicialmente neste ano, mas aprimorada e publicada posteriormente por Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá.

Referido modelo teórico surgiria como um meio de combate aos atos atentatórios contra o Estado e a sociedade, e argumentava ser necessária a criação de outro campo do direito penal, diverso daquele destinado ao indivíduo comum, para ser aplicado somente aos intitulados “inimigos”.

Tal concepção teórica é amplamente discutida há décadas por diversos doutrinadores e é causadora de influência na política criminal em países do mundo todo.

E é baseado nisso que surge o seguinte questionamento: De acordo com as regras constitucionais e infraconstitucionais que formam o sistema jurídico vigente, o modelo teórico de política criminal do direito penal do inimigo proposto por Günther Jakobs é aplicável no Brasil? Em caso positivo, quais são suas hipóteses de aplicabilidade? É ampla ou restrita?

Portanto, o presente trabalho visa, de modo geral, analisar os aspectos conceituais do modelo teórico de política criminal intitulado de Direito Penal do Inimigo, em sua concepção original por Gunther Jakobs e eventuais evoluções, contrastando-o com o sistema jurídico-constitucional vigente, e aferindo acerca da (im)possibilidade de sua aplicação no Brasil, e, em caso positivo, verificar as hipóteses de cabimento.

Para alcance do desígnio geral acima indicado, foram estabelecidos, a título de objetivos específicos, os seguintes: a) Realizar levantamento da evolução da teoria do direito penal do inimigo, conceituando-o com base nos conhecimentos do autor original da teoria (Gunther Jakobs), e eventuais evoluções; b) Apresentar noções gerais e principiológicas do direito penal brasileiro no tocante ao destinatário das reprimendas penais; c) Averiguar eventuais países que possuam em seu ordenamento jurídico normas que instituem o modelo teórico do direito penal do inimigo, e com base nesses exemplos, se existentes, traçar as propriedades básicas que o caracterizam; e d) Após, contrastar o sistema jurídico penal brasileiro com os conceitos e exemplos históricos do direito penal do inimigo, com o fito de verificar se existe o não sua aplicação, de forma ampla ou restrita, no direito brasileiro, e, em caso positivo, gradar seus limites e hipóteses de cabimento, com base nas disposições vigentes.

Quanto à metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica atualizada, de natureza qualitativa e caráter exploratório, utilizando-se principalmente de conceitos do Direito Constitucional e do Direito Penal e do Processo Penal. Como fonte do material utilizado, o trabalho primou por autores dos aludidos ramos do direito, e das disposições de leis e enunciados jurisprudenciais inerentes à matéria, para a formação de um referencial teórico amplo.

## CONCEITO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO POR GUNTHER JAKOBS E EVENTUAIS EVOLUÇÕES

Para André Pacheco Teixeira Mendes (2018, p. 3): “O direito penal é ramo do direito público. A nomenclatura “penal” revela o caráter sancionatório desse ramo e determina a espécie de ilícito a que a resposta pena está vinculada: o crime”.

O direito penal é, portanto, um mecanismo de atuação repressiva estatal, que, a despeito das divergências doutrinárias acerca da sua finalidade, pretende reprimir com punição condutas pré-estabelecidas em lei, proporcionando meios para a ressocialização do indivíduo apenado, mas o afastando do convívio social (em crimes que preveem restrição de liberdade), total ou parcialmente. É em resumo, uma forma de punição estatal (embora a finalidade não seja estritamente punir).

É nessa senda que em 1985, Gunther Jakobs traçou a teoria do “Direito Penal do Inimigo” inicialmente, apresentando-a em um congresso de professores alemães, bem como, posteriormente, em outras oportunidades, concretizando-a e justificando-a em meados de 2003 na obra “Direito penal do Inimigo: Noções e Críticas” em parceria com Manuel Cancio Meliá (RIBAS, 2007).

### Conceito de Inimigo

Como visto acima, o direito penal é, didaticamente, pois o direito enquanto ciência é indivisível, um ramo do direito público, ou seja, é uma faceta do conjunto de normas de maior interesse estatal, que não está limitado às convenções estabelecidas nas relações particulares, mas sim, abrange circunstâncias que o interesse da sociedade (representada pelo Estado) é afetado.

Essa visão de inimigo do Estado, proporciona a diferença entre outras espécies de inimigos, e inclusive, deve ser observada quanto à abrangência do direito, se externo ou interno, tendo em vista que o direito penal do inimigo na concepção estudada, é voltado para a repressão daquele etiquetado de inimigo internamente, um membro da sociedade, e não outras nações soberanas, ou mesmo indivíduos que, externamente, se oponham a determinado Estado.

Nesse sentido, Carl Schmitt (1991a: 53 *apud* FRANCO VOLPI, 1999, p. 109), faz importante diferença entre três tipos de inimigo, estabelecendo que no campo de atuação desse tipo específico de direito penal, o inimigo é somente aquele considerado inimigo da pátria:

Nesse contexto, o único critério viável para identificar “o político” é a nua e crua contraposição de “amigo e inimigo”. Mas por inimigo não se entende o *inimicus*, aquele que tem sentimentos *hostis*, nem o *adversarius*, o adversário em geral, mas as *hostis*, o inimigo “da pátria”, inimigo público, político, aquele que é, simplesmente, “outro” e, em sua irreduzível alteridade, precisa ser enfrentado com a única disposição adequada, ou seja, a da luta, que é estratégica e conflitual. (CARL SCHMITT, 1991a: 53 *apud* FRANCO VOLPI, 1999, p. 109)

O inimigo então não é meramente quem toma condutas inadequadas, mas aquele que, por princípio, se põe em posição de contrapor o *status* social vigente, a estrutura estatal, a forma de organização social pré-estabelecida.

Segundo Zaffaroni (2007), a noção de *hostis* possui maior relação com o inimigo interno, destinatário do poder punitivo estatal, com o qual é estabelecida naturalmente relação hierárqui-

ca no sentido de ser o inimigo, um membro da sociedade, embora atue contra ela. Tal categoria de inimigo não se confunde com o inimigo externo, que por sua vez não se encontra submetido às determinações da convenção social representada pelo Estado X, mas sim faz oposição na condição de igual, sendo este combatido com o poder bélico.

Tanto é verdade, que o direito penal do inimigo diz respeito a regras de cunho penal, em que pese mais severas, que por sua vez, como já citado acima, fazem parte do direito público, mais propriamente dito, o direito público interno, ou seja, não trata de relações de oposição externas, com outros entes ou organizações soberanas, mas sim internas, com membros da sociedade tidos por rebeldes.

Embora haja diferença entre essas duas figuras de inimigo para esta faceta específica do direito penal, é de se notar que esse conceito de inimigo (*hostis*), aplicado ao direito penal, e até ao administrativo, cria um estado de pseudo guerra permanente que, segundo Zaffaroni (2007, p. 149) “[...] não conhece limites jurídicos”.

Além disso, esse conflito irregular permanente é justificado “pela emergência perene no combate daqueles que ameaçam uma determinada estrutura normativa” (RIBAS, 2007, p. 15).

Dessa forma, e sob pena de se criar um estado arbitrário, o direito penal do inimigo, se institucionalizado, não pode se destinar a qualquer indivíduo, ou a qualquer conduta, mas sim referir-se somente a questões sociais sensíveis, e isso, previsto previamente em regras implementadas pelos ritos constitucionais haja vista o que se entende por Estado Democrático (participação popular na condução da atividade estatal) e de Direito (que institui ordenamento jurídico ao qual o próprio estado se submete).

Para Gunther Jakobs (*apud* RIBAS, 2007, p. 15) o inimigo a ser combatido pela teoria do direito penal do inimigo é aquele que nasce e se prolifera dentro de um estado legalmente constituído, entretanto, se recusam a submeter-se ao sistema jurídico vigente, e, por incapacidade de internalizar regras sociais (compreendidas diversas fontes do direito, inclusive os costumes) não proporcionam segurança cognitiva de seu comportamento social.

Em resumo, são indivíduos que não se adaptam ao convívio social por não se submeterem ao imperativo social estabelecido, e por isso, representariam risco perene ao Estado e à sociedade, pois não cometem simples condutas ilícitas, mas sim, representam clara e severa oposição ao Estado enquanto instituição, e, por conseguinte, à sociedade.

Dentre os principais inimigos da pátria, Luiz Flávio Gomes (2004a, p. 2) inclui no rol de inimigos eleitos os “criminosos econômicos, terroristas, delinquentes, organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”.

Quanto à periculosidade da infração penal, importante destacar que está intimamente ligada ao grau de reprovabilidade da conduta ou culpabilidade, que, no ordenamento jurídico penal brasileiro é circunstância de dosimetria da pena conforme determina o art. 59 do Decreto-Lei 2.848/40 (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (BRASIL, 1984)

## Implicações do Modelo Teórico do Direito Penal do Inimigo

Compreendida a abrangência do conceito de inimigo no modelo teórico proposto por Jakobs, é imprescindível compreender as implicações da sua adoção.

Analisando os conceitos até aqui apresentados, principalmente o de direito penal, e o de inimigo, é possível inferir que o direito penal do inimigo seria, em resumo, o conjunto de normas destinadas a tipificar, cominar penas e regular a repressão estatal de condutas mais graves que crimes comuns, e se opor àqueles que colocam em risco a integridade do tecido social.

Na teoria de Jakobs, esses indivíduos deixam de ser vistos pelo Estado como titulares de direitos individuais ou coletivos, e passam a ser observados sob a ótica de objetos do poder coativo estatal:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de adequado comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, deve ser combatido como inimigo. Essa guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS, 2005, p. 49).

Gunther Jakobs (2007), ainda nessa senda, estabelece que o direito penal deve existir de duas formas, ou ser dividido em dois tomos, um destinado às infrações penais e agentes comuns, por ele denominados cidadãos, e outro destinado às condutas e agentes especiais, por ele etiquetados de inimigo. Leia-se:

Portanto, o Direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (JAKOBS, 2007, p. 37).

Diante dessa diferença entre o direito penal ordinário e o destinado ao inimigo, há, teoricamente, uma maior flexibilidade dos métodos adotados para oposição estatal ao considerado inimigo.

Victor Fernandes Ribas (2007, p. 13) defende que no âmbito do direito penal do inimigo proposto por Jakobs há uma “supressão de direitos e garantias fundamentais aos etiquetados como inimigos” e que “os meios de investigação se tornariam um tanto quanto flexíveis [...] autorizando-se escutas ilegais, investigações secretas, além de autorização para as autoridades policiais deterem o inimigo por prazo maior que o normal”.

Filosoficamente, o direito penal do inimigo também encontra respaldo teórico na fundamentação proposta por Jakobs. O Autor (2005, p. 25) argumenta que o Direito é uma espécie de vínculo interpessoal entre titulares de direitos e obrigações, entretanto, no que tange ao inimigo, a relação “não se determina pelo Direito, mas pela coação”.

Ele fundamenta tal posicionamento começando por Rousseau (1712-1778) referindo-se ao postulado do francês acerca do “contrato social”, teoria segundo a qual o Estado como uma comunidade politicamente organizada seria um mal necessário (BURNS, 1989, p. 489 *apud* RIBAS 2007, p. 19).

Dessa forma, em sendo o Estado, a despeito de seus aspectos negativos, algo necessário, por, em tese, representar a organização do convívio social, seria necessário também criar

mecanismos de protegê-lo, e os inimigos, serem reprimidos mediante um tratamento diferenciado.

Portanto, o direito penal do inimigo, na concepção proposta por Gunther Jakobs e mantida por outros autores contemporâneos e posteriores, configura-se como sendo o agrupamento a normalização do enfrentamento diferenciado dos indivíduos que cometam condutas gravosas a princípios sensíveis estatais, ou seja, que põem em risco o convívio social e a estabilidade das relações interpessoais.

## **NOÇÕES GERAIS E PRINCIPIOLÓGICAS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Ao analisar o direito penal enquanto ciência, é necessário traçar aspectos gerais evolutivos, principalmente no tocante à relação do indivíduo com o poderio estatal, que perpassa obrigatoriamente pela análise de fenômenos importantes de mudança nos paradigmas das relações de poder, como o constitucionalismo e a gradual instituição dos direitos e garantias fundamentais.

Teoricamente, embora haja divergências doutrinárias quanto à quantidade de dimensões dos direitos fundamentais, é consenso entre todos que ao menos três sejam as principais, e que elas guardam muita similaridade com o lema da própria revolução francesa, que era, como ensina André Ramos Tavares (2017, p. 60) liberdade, igualdade e fraternidade.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2017, p. 128) os direitos de primeira dimensão ou geração traduzem-se em “postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”.

Deles pode-se inferir que o clamor social que os instituiu visava uma menor interferência do Estado na vida dos particulares, configurando-se como o absentéismo estatal liberal, completamente relacionado com o ideal de liberdade proposto na revolução francesa.

Já os direitos de segunda dimensão, trazem aspectos mais ativos da atuação do Estado, indicando que não basta se abster de interferir na vida privada dos indivíduos, mas também de assegurar-lhes direitos e conceder-lhe garantias, visando a efetivação da “igualdade”.

Ainda rememorando o que ensinam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2017, p. 129):

Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais [...] (MENDES; BRANCO, 2017, p. 129).

Trazendo tais conceitos ao direito penal, entende-se que o Estado deve-se abster de intervir repressivamente na vida individual, muito menos fazê-lo de forma arbitrária.

Isso implica em dizer que o direito penal acaba sendo medida de exceção, pois pela regra, a atuação ativa do Estado deve ser apenas no sentido de beneficiar o indivíduo (direitos de segunda geração ou dimensão), e não interferir negativamente restringindo direitos, mas que em

situações específicas, e visando garantir os direitos dos demais, é dado ao Estado o Poder de se abster de invadir a esfera individual do cidadão (*latu sensu*).

Daí o brocardo jurídico de que “o direito penal é a última ratio do Estado”, pois, de fato, nos atuais regimes constitucionais, cada vez mais se estabeleceu direitos e garantias específicas àqueles destinatários de eventual reprimenda penal, visando garantir até a estes, um tratamento digno, bem como que somente em último caso, seriam os indivíduos privados de direitos civis, políticos, etc.

Com essa evolução no tratamento do indivíduo, com relação ao direito penal, surgiram princípios importantíssimos, que regulam a atuação repressiva do Estado, impondo limites ao que já é exceção, a restrição de direitos.

Sem o objetivo de esgotar a matéria, o presente tópico visa apresentar os mais relevantes princípios inerentes ao direito penal, como meio de elaboração do referencial teórico necessário ao alcance dos objetivos geral e específicos necessários à conclusão do trabalho.

## Princípio da Reserva Legal

Antes de mais nada, o direito penal, para que possa alcançar o seu objetivo primordial que é de reprimir, preventiva e repressivamente, as condutas socialmente reprováveis, precisa estabelecer previamente quais condutas são essas, e quais as penas a elas aplicáveis.

Nesse ínterim, o princípio da reserva legal exsurge como mecanismo que regula a prévia tipificação penal e respectiva cominação de pena, estabelecendo que somente a lei, em sua terminologia estrita, é instrumento legítimo para criar delitos (crimes e contravenções) e lhes cominar pena.

Tal princípio é facilmente extraído de dois dispositivos normativos, um legal (mais antigo) e outro constitucional (mais recente), quais sejam: o art. 1º do Decreto-Lei 2.848/40 com redação dada pela Lei Federal nº 7.209/1984 e o art. 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, que assim dispõem, respectivamente:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1984)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 1988).

Para Cleber Masson (2011, p. 23), o princípio da reserva legal possui dois fundamentos: a) a taxatividade, que ele elenca como sendo a “determinação precisa, ainda que mínima do conteúdo do tipo penal e da sanção penal [...] bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal”; e b) a proteção do ser humano em face de arbitrariedades do *jus puniendi* (direito de punir em tradução literal) do Estado. Para ele “enquadra-se, destarte, entre os direitos fundamentais de 1ª geração”.

Ainda segundo Cleber Masson (2011), os dois sentidos acima são concepções, respectivamente, jurídica e política, a primeira para uma maior precisão do judiciário no exercício do Poder-Dever de julgar, e a segunda, para conferir maior legitimidade na atuação estatal, com a

consideração do fator democrático, diante da representatividade conferida aos legisladores pela população para pautar os interesses sociais.

Importante esclarecer que na nova ordem constitucional (1988), somente lei em sentido estrito, compreendidos os institutos da lei ordinária e da lei complementar, podem tipificar condutas criando crimes e lhes cominando pena, não se possibilitando legislar sobre matéria penal nem mesmo as medidas provisórias de que tratam o art. 59, V da CRFB/88, embora estas tenham por regra força de Lei.

## **Princípio da Anterioridade**

O princípio da anterioridade, decorrente desta única palavra, exprime que para responsabilização de determinada conduta, não basta haver a mera edição de lei que a tipifique e lhe comine pena, mas também que tal inovação legislativa se dê previamente ao cometimento da conduta.

A regra é de que a Lei Penal não retroage, salvo para beneficiar o Réu, conforme preceitua o art. 5º, XL da CRFB/88<sup>2</sup>.

Tal anterioridade também serve como mecanismo de controle da atividade punitiva Estatal, para evitar que pessoas que ascendam ao Poder usem da máquina pública e do Poder do Estado, que deve servir ao indivíduo, para alcance de vinganças ou objetivos pessoais que não afetos ao interesse público.

Inclusive, um desdobramento deste princípio que é por muitos considerado princípio autônomo é a vedação ao juízo ou tribunal de exceção conforme preceitua a CRFB/88 em seu art. 5º, XXXVII.

Ou seja, não somente exige-se que uma lei prévia tipifique a conduta como delituosa, e lhe fixe sanção penal, mas também que o juízo (singular ou colegiado) que analisará a pretensão punitiva estatal deve ser prévio ao cometimento da infração, não havendo permissivo constitucional para criação de juízo para analisar fatos pretéritos.

## **Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico e princípio da responsabilidade pelo fato**

A ciência do Direito Penal é inegavelmente ampla, e não é objetivo do presente trabalho e nem poderia ser, esgotar todos os princípios inerentes, de modo que para aproximar ao máximo do objetivo geral alhures elencado, citam-se derradeiramente os Princípios da Exclusiva Proteção do Bem Jurídico e da Responsabilidade Pelo Fato.

Ambos tratam do objeto de tutela do Direito Penal.

O primeiro, traz a noção de que o único objetivo do direito penal é tutelar, proteger, cuidar, exclusivamente de bens jurídicos. É nessa senda que se limita o alcance de normas penais que visem resguardar questões de ordem moral, ética, ideológica, religiosa, política ou semelhantes. (MASSON, 2011).

Ou seja, não mais é objeto do *jus puniendi* do Estado, fatos e circunstâncias que desa-

---

<sup>2</sup> Art. 5º [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (BRASIL, 1988)

gradem a autoridade, o monarca, o tirano, mas sim, passam a serem tutelados os interesses sociais legítimos, tidos como bens jurídicos fundamentais.

A manifestação normativa desse pensamento é encontrada no art. 5º, XLI, que estabelece que: “art. 5º [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Embora o dispositivo mencione acerca da discriminação, constitui expresso mandamento constitucional de criminalização de atos atentatórios dos direitos e liberdades fundamentais, ou seja, indica que a base da atuação legislativa no âmbito criminal deve ser de tutelar os direitos e liberdades fundamentais.

Portanto, a legitimação do direito penal encontra respaldo na tutela de interesses sociais, não devendo ser outro o seu objeto de atuação.

Já o segundo princípio traz à tona a ideia de que o direito penal está afeto aos fatos, e não ao autor dos fatos.

Novamente usando dos ensinamentos do doutrinador Cleber Masson (2011, p. 46): “os tipos penais devem definir fatos, associando-lhes as penas respectivas, e não estereotipar autores em razão de alguma condição específica. Não se admite um Direito Penal do autor, mas somente um Direito Penal do fato”.

## **APLICAÇÕES DO MODELO TEÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO DIREITO COMPARADO. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA**

O direito penal do inimigo, como visto, consiste no conjunto de normas destinadas a combater pessoas e condutas que ameaçam a regularidade social e atentam contra o Estado enquanto instituição necessária.

Entretanto, o modelo criado por Günther Jakobs, como citado anteriormente, traz uma noção de legitimação de verdadeira guerra contra os inimigos do Estado, o que permitiria a adoção de condutas por parte dos Entes Públicos que fossem mais gravosas, sob o manto da legitimidade dos cidadãos em seu direito à segurança.

Ele argumenta que há uma distinção entre a manutenção de uma ordem social, ou seja, um estado de vigência real do ordenamento jurídico, e criação dessa ordem ou estado.

Discorrendo na argumentativa acerca da personalização contrafática, o Autor entabula que os delitos cometidos por cidadãos, configuram atos que não violam a vigência do ordenamento jurídico, mas são somente erros corrigíveis pelo Direito Penal aliado ao Direito Processual Penal, entretanto, quando há flagrante violação de direitos humanos elementares, Jakobs explica que “não se pode afirmar, de nenhum modo, que exista um estado real de vigência do Direito, mas tão-só de um postulado de realização” (JAKOBS, 2007, p. 47).

Ou seja, para ele, quando há vulneração clara de direitos humanos essenciais, a ordem jurídica, embora exista formalmente, não existe realmente, mas é mero postulado que inclusive pode estar bem fundamentado, mas que não produz efeitos.

É nesse sentido que surgiria para o Estado o direito de fazer guerra contra o “inimigo”, uma vez que sem eliminá-lo, a ordem jurídica ideal jamais se tornará real, mas continuará sendo mero postulado, sem vigência na vida prática.

Ocorre que é justamente no tocante ao método de aplicação dessa vertente mais dura do direito, voltada ao inimigo que existem várias formas, que podem inclusive, ser adotadas em regimes totalitários.

Victor Fernandes Ribas (2007), argumenta que o direito penal do inimigo, quando adotado sem escrúpulos legais, assemelha-se muito com os modelos adotados nos regimes totalitários de governo como na Alemanha Nazista ou na Rússia Soviética.

Para ele “a dinâmica penal contida no escopo do Direito Penal do Inimigo, então, aproximar-se-ia muito daquele presente nos ditos regimes totalitários” (RIBAS, 2007, p. 18).

Esse tratamento diferenciado entre o cidadão delituoso, que embora tenha violado de certo modo o ordenamento, ainda é tratado como cidadão, e o inimigo, que por sua vez é limitado de direitos e garantias sob o argumento do interesse social, se não regulado em atos normativos, dá azo a anseios totalitários dos detentores do poder.

Exemplo real disso é a Alemanha Nazista, que segundo Hannah Arendt (2006, p. 444 *apud* RIBAS, 2007, p. 17) “não tinham o menor respeito sequer pelas próprias leis”.

Outra característica da exacerbação do direito penal do inimigo no nazismo era a abstração normativa, como se verifica no §2º do Código Penal Nazista (*apud* FUHRER, 2005, p. 71):

É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a ideia fundamental de uma lei penal e o sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a ideia fundamental.

Percebe-se então a natureza abusiva do regime totalitário, teoricamente se amolda ao modelo teórico do direito penal do inimigo, visto que todos os meios usados pelo Estado, naquele caso, com o Poder concentrado nas mãos de uma só pessoa, para eliminar o inimigo, no caso, o “inimigo da raça”.

Outro caso histórico de uso do direito penal do inimigo (embora a teoria sequer tivesse sido formulada) foi o ocorrido no regime totalitário soviético, em que se criou o que Victor Fernandes Ribas (2007, p. 18) chama de “indústria da morte implantada nos gulags, na Sibéria”, que visavam, ainda segundo o autor, “combater os inimigos do povo”.

Entretanto, não foram só regimes totalitários de governo que adotaram, de certo modo, o direito penal do inimigo.

Mais recentemente, o país, que é considerada a maior democracia do mundo, os Estados Unidos da América, também adotaram em seu ordenamento princípios propostos no modelo teórico de política criminal de Günther Jakobs, ao criarem o “USA Patriot Act”, em 26 de outubro de 2001, como resposta ao atentado ocorrido nas Torres Gêmeas em 11 de setembro do mesmo ano, na cidade de Nova York-NY.

Também conhecida como Lei Patriótica, ou Lei Antiterrorismo, a inovação legislativa ocorrida nos EUA foi polêmica desde o seu início, pois encontrou resistência em grupos guardi-

ões dos direitos e liberdades individuais, que acabaram sendo razoavelmente mitigados sob a égide do combate ao terrorismo.

Para Vervaele (2006, p. 4):

O Patriot Act é uma lei extensa e complexa que introduz modificações substanciais em 15 leis federais e que confere extraordinários poderes executivos a estruturas operativas de controle e aos serviços de inteligência. Não obstante, apesar da complexidade de muitas de suas normas e sua incidência sobre valores constitucionais, foi aprovada pelo Congresso através de um procedimento de urgência, sem debate nem emendas dignas de destaque.

Segundo o Autor, a caça aos terroristas (inimigos do Estado) foi tão intensa, que até práticas reprováveis no âmbito dos Direitos Humanos como a tortura, foram, em tese, facilitadas e orquestradas pelo Governo como meio de obtenção de informações necessárias à segurança nacional:

Recentemente, se descobriram programas secretos de luta antiterrorista. As imagens de Abu Graib, Guantánamo Bay se complementam com imagens de voos secretos da CIA e centros de detenção secretos especializados em técnicas de tortura. (IBID)

Como se observa, não só em Estados Totalitários, mas também em Democracias consolidadas, a sana por combater o inimigo permite a adoção de violação de direitos civis jamais levadas a efeito contra delituosos comuns, diante do grau de periculosidade social causada pelos inimigos.

## **(IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO MODELO TEÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO VIGENTE**

Conforme traçado alhures, o direito penal do inimigo trata-se de vertente teórica de política criminal, que possui exemplos práticos de aplicação historicamente, inclusive em períodos pretéritos à confecção da tese, que a dão aplicação fática e base histórica.

Além disso, consoante tratado no tópico anterior, vê-se que o direito penal do inimigo pode se dar em diferentes regimes de governo, tanto em autocracias totalitárias como em democracias, tanto em Estados Autoritários, como em Estados de Direito.

Levando em consideração todo o referencial teórico até então abordado, e o objetivo geral do trabalho que é, após traçados os conceitos básicos acerca do direito penal do inimigo, aferir acerca de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, o presente tópico visará averiguar, normativa, conceitual e jurisprudencialmente a possibilidade de aplicação dessa teoria, no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a redemocratização do Brasil, foi instaurada uma nova ordem constitucional com a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe à tona uma gama de direitos individuais e coletivos que precisaram ser expressos diante do cenário então vivenciado.

Foi nessa senda que foram ratificados e até mesmo criados diversos princípios como os abordados anteriormente, como a reserva legal, presunção de inocência e tantos outros.

Além disso, a CRFB/88 ganhou a fama de ser uma Constituição Garantista, pois além de estabelecer direitos, criou garantias constitucionais para sua execução.

Presunção de inocência<sup>3</sup>, individualização da pena<sup>4</sup>, inviolabilidade do sigilo das correspondências<sup>5</sup>, bancário, telefônico, e de outras informações pessoais, inviolabilidade do lar<sup>6</sup>, limites restritos para prisões não definitivas<sup>7</sup>, a vedação a penas degradantes<sup>8</sup> como morte, perpétua e etc., a garantia da integridade física e moral dos presos<sup>9</sup> e outra série de direitos fazem parte do conteúdo constitucional destinado à proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal.

Logo, a Ordem Constitucional vigente, pela regra, rechaça quaisquer violações de direitos civis, mesmo sob o manto da proteção da sociedade, abrindo mão da aplicação irrestrita do brocardo latim *in dubio pro societate* (somente aplicável para o órgão destinado à acusação) para trazer ao judiciário a vigência do *in dubio pro reo*.

Ou seja, as dúvidas, quando da definição da imposição do *jus puniendi* estatal, deve sempre operar para beneficiar o Réu, e não o contrário.

Além disso, outro exemplo passível de citação é a própria possibilidade de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, que consiste em mais uma forma de garantia ao indivíduo que não terá direitos civis violados sem a estrita e devida necessidade, e que tenha fundamento legal, evitando, no caso, que haja insegurança jurídica.

Além disso, o mandamento constitucional imperante é no sentido de que a atuação estatal de interferência na vida privada, mesmo que seja para apurar violações à ordem jurídica deve ser limitada, e atender aos limites impostos em lei, e não às arbitrariedades.

Mas se de um lado a Constituição assevera tantos direitos e garantias individuais, de outro, também estabeleceu o que Cleber Masson (2011, p. 24) chama de “mandado de criminalização”.

Para o Autor:

[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (MASSON, 2011, p. 24).

Exemplos expressos de mandamento constitucional de penalização ou criminalização de condutas são os encontrados no art. 5º, inciso XLII que determina que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988), ou o inciso XLIII do mesmo artigo, onde a CRFB/88 estabelece que:

Art. 5º [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 1988).

3 Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988)

4 Art. 5º [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (BRASIL, 1988)

5 Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (BRASIL, 1988)

6 Art. 5º [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (BRASIL, 1988)

7 Art. 5º [...] LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (BRASIL, 1988)

8 Art. 5º [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte [...] b) de caráter perpétuo; (BRASIL, 1988)

9 Art. 5º [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988)

Além dos já citados, a Constituição trouxe obrigatoriedade de criminalização da atuação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, como disposto no art. 5º, XLIV da CRFB/88. (BRASIL, 1988).

Tais mandados de criminalização inclusive já foram atendidos pelo legislativo, com a edição, por exemplo, da Lei dos Crimes Hediondos, que tratam mais severamente algumas das condutas previstas nos incisos acima citados, bem como torna mais severa a atuação estatal na repressão de alguns outros delitos.

O grande questionamento que inclusive constitui objeto deste trabalho é: “o ordenamento jurídico brasileiro adota ou permite a adoção do direito penal do inimigo?”.

Para responder tal questionamento, e com base em todo o referencial teórico construído alhures, são de suma relevância as disposições do *caput* do art. 5º da CRFB/88 a seguir transcrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (BRASIL, 1988)

Por si, tal princípio já dificulta a adoção pura e simples do direito penal do inimigo, pois na sua essência, o modelo defendido por Günther Jakobs implica na existência de dois ramos do direito penal, um para o cidadão, e outro para o considerado inimigo.

Essa distinção proposta na política criminal proposta por Jakobs encontra óbice no aludido princípio constitucional da igualdade ou isonomia, principalmente diante da expressão traga no artigo: “perante a lei”, visto que corroborando o disposto no art. 1º da CRFB/88, a República Federativa do Brasil constitui-se como “Estado de Direito”, logo, todos, inclusive o próprio Estado, está sujeito à lei e não às arbitrariedades individuais.

E é justamente isso que diferencia a política criminal em democracias daquela adotada em países autoritários, como foi o caso da Alemanha Nazista, citada acima, em que havia até uma relativização da Lei Penal, punindo-se não os fatos, mas os autores, não as condutas legalmente tipificadas, mas as condutas que a Autoridade entendia como ilícitas.

Recorrendo novamente aos ensinamentos de Victor Fernandes Ribas (2007, p. 42):

Logo, árdua é a tarefa de se harmonizar de alguma forma a estrutura legal vigente sob a égide da Constituição de 1988 com o Direito Penal do Inimigo. Em teoria, tal possibilidade de conjugação seria muito difícil caso se tencionasse estabelecer o Direito Penal do Inimigo em sua forma pura e integral.

A finalidade da pena, na atual conjuntura legislativa penal, seria não de eliminar o inimigo, revivendo o direito penal do autor que vigorou na Alemanha Nazista, Itália Fascista, e outros países, mas sim fazendo vigorar o direito penal do fato, em que a pessoa, por mais que se considere inimiga do Estado, não é eliminada, nem privada de direitos e garantias civis, pelo contrário, é julgado (em juízo previamente existente) pelos atos ilícitos cometidos, e sujeitos às sanções (previamente cominadas em lei).

Rogério Greco confirma tal entendimento quando ensina que a pena seria “[...] simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade” (GRECO, 2006, p. 5).

Na mesma linha sua função seria “[...] preventiva integradora” (GOMES, 2004a, p. 02).

Dessa forma, diante de todo o referencial montado acima, é possível inferir que o ordenamento jurídico atual é sistematicamente oposto à pura aplicação do direito penal do inimigo, na sua concepção original proposta por Günther Jakobs, diante da impossibilidade de tratamento desigual entre cidadãos, mas principalmente da impossibilidade de violação de direitos e garantias individuais.

De outro Norte, é bem verdade que há, constitucional e legalmente, a existência de um direito penal mais rigoroso para crimes específicos, que pode configurar uma aproximação entre o ordenamento jurídico vigente e o modelo defendido por Jakobs.

No caso, percebe-se que, desde que mantidos direitos e garantias individuais, a própria constituição estabeleceu a necessidade de tratamento mais gravoso de determinadas condutas, como a inafiançabilidade, imprescritibilidade e impossibilidade de concessão de benéficas como graça e indulto a determinados crimes mais reprováveis.

Além disso, o tratamento diferenciado no tocante a penas, progressões de regimes e outras regras materiais e processuais impostas aos crimes hediondos também demonstram a aplicação, embora de forma comedida e parcial, do direito penal do inimigo.

Portanto, é possível concluir que o direito penal do inimigo, em sua concepção pura conforme defendido no modelo proposto por Jakobs, não é provável dentro da atual estrutura jurídica vigente no Brasil, entretanto, há marcas de tal política em alguns pontos do direito e penal brasileiro.

O grande ponto de divergência entre a ideia inicial do direito penal do inimigo e o modelo de política criminal brasileiro é justamente a legalidade, ou seja, mesmo que determinados crimes possuam consequências mais graves, e haja regras mais restritas e severas aos que os cometam, ainda assim toda o tratamento diferenciado estará pautado no caráter democrático, diante da elaboração de ato normativo por representantes do real poder, o povo.

É justamente a legalidade que afastará a possibilidade do estabelecimento ou ressurreição de regimes autocráticos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante todo o exposto, entende-se que o objetivo do trabalho foi integralmente cumprido, haja vista a ampla elucidação de aspectos conceituais e acepções jurídicas acerca do direito penal do inimigo, baseado nos conceitos estabelecidos por Gunther Jackobs e Manuel Câncio Meliá, aliado à revisão de noções gerais e principiológicas afetas ao direito penal brasileiro, bem como o estudo da adoção do modelo no direito comparado.

Conclui-se que a doutrina do direito penal do inimigo, embora não possua completa aplicabilidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, possui relevância e influência, mesmo que de modo comedido na política criminal brasileira, diante da criação de um sistema jurídico que trata com maior grau de severidade condutas de maior reprovabilidade social, inclusive algumas condenadas em mandamento constitucional de criminalização.

Resta claro que diante do maior grau de reprovabilidade de determinadas condutas, a sanção estatal se dará de forma mais gravosa, entretanto, sempre limitada à vigência do princípio da legalidade, haja vista todas as concepções constitucionais e principiológicas detalhadas no referencial teórico.

Entretanto, esse tratamento diferenciado não se dá com relação ao autor dos fatos, mas sim aos próprios fatos, e, por isso, não há possibilidade de cerceamento de direitos civis fundamentais (que não os indicados constitucionalmente) para combate ao inimigo do Estado, ou seja, não há a descaracterização do indivíduo tido por inimigo como pessoa e cidadão (*latu sensu*).

O indivíduo não deixa de ser pessoa de direitos conforme defendido pelo Autor Günther Jakobs, mas sim continua sendo isonomicamente um indivíduo inserto na sociedade, não havendo base para cerceá-los de direitos constitucionalmente previstos se não nas hipóteses previstas na própria constituição, que sempre levará em conta princípios como a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 22 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1). Acesso em: 28 nov. 2022.

FÜHRER, Roberto Ernesto Maximiliano. História do Direito Penal (crime natural e crime de plástico). São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). Revista Jurídica. São Paulo, 2004. Disponível em: [http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf). Acesso em: 23 out. 2022.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio Manuel. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_, Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 2. ed. Porto Alegre-Rs: Livraria do Advogado, 2007. Organização e Tradução por André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Disponível em: <https://doceru.com/doc/nxene1v>. Acesso em: 24 out. 2022.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral (arts. 1º a 120). 4. ed. São Paulo/S.P: Editora Método, 2011. 943 p. Disponível em: <https://oestudododireito.files.wordpress.com/2014/08/cleber-masson-direito-penal-volume-1-parte-geral-esquematizado-4c2ba-edic3a7c3a3o-ano-2011.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso De Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1651 p.

MENDES, André Pacheco Teixeira. Direito Penal Geral. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2018. 87 p. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1tlgutl7KUPQfx8uNwW7aasXKrv7cTPB7/view?usp=sharing>. Acesso em: 22 out. 2022.

RIBAS, Victor Fernandes. Direito Penal Do Inimigo: Noções E Críticas A Uma Teoria Jurídica Baseada Na Inimizade. 2007. 82 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, no Curso de Direito Penal, Processual Penal e Segurança Pública, Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento - Icpd, Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, 2007. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10414/1/50504632.pdf>. Acesso em: 23 out. 2022.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo/Sp: Saraiva, 2017. 1309 p.

VERVAELE, John A. E. A LEGISLAÇÃO ANTI-TERRORISTA NOS ESTADOS UNIDOS: UM DIREITO PENAL DO INIMIGO? Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS, Porto Alegre/ R.S, v. 2, n. 1, p. 29-67, dez. 2014. Tradução Por Alexandra Krüger e Revisão por Odone Sanguiné. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52029/32055>. Acesso em: 01 nov. 2022.

VOLPI, Franco. O Niilismo. Tradução de: Aldo Vannuchi. São Paulo: Edições Loyola, 1999. Disponível em: [https://kupdf.net/queue/o-niilismo-franco-volpi\\_58dc6e2bdc0d60b87e8970e2\\_pdf?queue\\_id=-1&x=1667705771&z=MjgwNDo3MzZjOjEwMjJjAwOmMxZjU6YTY1ND00YjA4OjQ4ODY=](https://kupdf.net/queue/o-niilismo-franco-volpi_58dc6e2bdc0d60b87e8970e2_pdf?queue_id=-1&x=1667705771&z=MjgwNDo3MzZjOjEwMjJjAwOmMxZjU6YTY1ND00YjA4OjQ4ODY=). Acesso em: 23 out. 2022.

ZAFFARONI, E. Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2015/10/o-inimigo-no-direito-penal.pdf>, Acesso em: 23 out. 2022.



**Grupos reflexivos para os homens:  
as inovações da Lei Maria da Penha e  
as inseguranças jurídicas para a sua  
aplicabilidade**

**Reflective groups for men: the  
innovations of the Maria da Penha  
Law and the legal insecurity for its  
applicability**

---

Fernanda Siewes de Souza

*Acadêmica de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON*

Kauê de Oliveira Peres

*Professor Orientador da Faculdade ISEPE/RONDON.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.10

## RESUMO

A Lei Maria da Penha Nº 11.340/2006 foi promulgada em 7 de agosto de 2006. Sendo esta considerada um grande marco mundial quanto as legislações que tem como objetivo a prevenção, diminuição e punição diante da violência contra mulher no Brasil. Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio motivando assim sua luta frente ao sistema criminal brasileiro que justamente com a promulgação da lei a homenageou com seu nome. A violência doméstica possui suas raízes desde o período colonial e dispõe do patriarcalismo, machismo, misoginia e sexismo como seu fundamento. Dessa maneira, o estudo em questão tem como intuito analisar a didática dos grupos reflexivos para homens, bem como as inovações da lei Maria da Penha e as inseguranças jurídicas frente a sua aplicabilidade, em revisão bibliográfica. Nesse ínterim, atendendo as recomendações da Lei nº 11.340/2006 criou-se os Centros de educação e de reabilitação para os agressores tendo como finalidade ministrar palestras e atividades educativas visando a reeducação e recuperação destes. Assim, importantes inovações foram incorporadas por meio da lei nº 13.984/2020, garantindo assim a imposição e a obrigatoriedade dos autores de violência doméstica comparecerem aos grupos reflexivos. O estudo também analisa a realidade da Comarca de Marechal Cândido Rondon/PR por meio do PROSMAPE sendo possível constatar a eficácia significativa diante dos resultados e o baixo índice de reincidência dos agressores, em vista da obrigatoriedade de frequência.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha. legislações. sistema criminal brasileiro. misoginia.

## INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei Maria da Penha (LMP), nº 11.340/2006 (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) é consequência de um grande processo de mobilização dos movimentos feministas que por mais de 30 anos reivindicavam um meio legal com o objetivo de prevenir, mitigar, punir e erradicar a violência contra a mulher no Brasil. Sendo esta considerada uma lei de referência mundial, compreendida dentre as mais amplas e desenvolvidas. Hodiernamente, a lei em questão possui um histórico que permitiu sua constituição, bem como sua implementação diariamente. (LISBOA, n.p. 2023).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos fundado com vistas a promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para ser referência como órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos – OEA. (OEA, 1979). Em seu relatório 54/2001, o Comitê Internacional de Direitos Humanos traz recomendações que direcionam para o processamento penal rápido e efetivo do responsável pela agressão e tentativa de homicídio contra senhora Maria da Penha Fernandes Maia. Além disso, diversas medidas que responsabilizem o Estado Brasileiro a implementar de forma vigorosa medidas administrativas, legislativas e judiciais correspondentes. (OEA, 2001)

As inovações trazidas pela Lei nº 13.984/2020 (LEI nº 13.984, de 3 de abril de 2020) incluiu na Lei nº 11.340/2006 no rol Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor os incisos: VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (BRASIL, 2023). Tais incisos romperam com a omissão legislativa quanto a devida participação dos homens autores de violência aos referidos programas e serviços. (OLIVEIRA,

n.p. 2022).

O estudo em questão pretende compreender as inovações da lei 11.340/06, assim como a lei acrescida 13.984/20, posto que pouco se sabe da importância destes novos artigos no contexto de combate e prevenção da violência doméstica. Assim, o trabalho busca trazer luz a comunidade acadêmica sobre a importância e a efetividade desta lei, além de proporcionar a reflexão do que poderia ser aprimorado para a efetividade dos dispositivos da legislação estudada.

Dessa maneira, tem-se como objetivo geral buscar esclarecer quais as inseguranças jurídicas para a aplicabilidade do programa para reeducação impostas por meio das medidas cautelares anteriores à lei 13.984/20. Refletir acerca do panorama da violência contra a mulher. Além disso, dentre os objetivos específicos; analisar o contexto histórico que necessitou da criação da lei Maria da Penha, esclarecer a lei 11.340/06, bem como a acrescida norma jurídica 13.984/20, realizar um levantamento dos primeiros grupos reflexivos no Brasil, discorrer acerca dos índices de reincidência nesse programa além de verificar a aplicabilidade da Lei 13.984/20 na comarca de Marechal Cândido Rondon/PR. Ademais busca fazer apontamentos acerca das necessidade de um mapeamento nacional, que visou criar normativas para regularizar bem como padronizar o trabalho voltado aos homens autores de violência doméstica.

Trata-se de um estudo de revisão bibliográfica, retrospectivo, descritivo, de caráter quantitativo e qualitativo. A busca de artigos para a revisão bibliográfica foi realizada por meio da base de dados Scielo e BIREME. Além disso, outros periódicos, dissertação de mestrado, bem como teses de doutorado em pesquisas realizadas pela internet. Também foram utilizadas as leis: Lei nº 11.340/2006 e 13.984/2020 e a Recomendação Nº 124, de 7 de janeiro de 2022.

## QUEM É MARIA DA PENHA

Maria da Penha Maia Fernandes, brasileira, farmacêutica e bioquímica pela Universidade Federal do Ceará e mestre em Parasitologia em Análises Clínicas pela Universidade de São Paulo. Maria da Penha conheceu Marco Antônio Heredia Viveros (colombiano) durante a realização do seu mestrado. Iniciaram o relacionamento amoroso em 1974 e se casaram em 1976. Posteriormente ao nascimento de sua primeira filha, se mudaram para Fortaleza onde nasceram as outras duas filhas do casal. Marco Antônio conseguiu sua cidadania e a partir desse momento a história mudou e as agressões começaram a acontecer. Ele se tornou um homem agressivo agindo sempre com intolerância e comportamentos explosivos tanto com a esposa como com suas filhas, apresentando cada vez mais frequentes as atitudes violentas no lar, originando, assim o Ciclo da Violência: aumento da tensão, ato de violência, arrependimento e comportamento carinhoso. (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018).

No ano de 1983 Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio, por parte do seu ex-marido. No primeiro ato Marco Antônio deu um tiro em suas costas enquanto ela dormia. Como consequência Maria da Penha adquiriu paraplegia irreversível e diversos traumas físicos e psicológicos. Após 4 meses desse fato, Heredia a manteve em cárcere privado e tentou eletrocutá-la durante o banho. (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018)

Em 1998, por conta da inércia do sistema de justiça criminal brasileiro, Maria da Penha e as ONGs, CEJIL e CLADEM levaram a denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Huma-

nos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA) que em 2001 elaborou um relatório concluindo que o Estado brasileiro foi negligente e omissos quanto a resolução do caso (MACHADO, 2022).

Vencida a etapa de reconhecimento de quem é Maria da Penha, passamos as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

## **Recomendações da comissão interamericana de direitos humanos (CIDH)**

A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) responsável pela promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. Foi criada pela OEA em 1959 conjuntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é uma instituição do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH) (CDIH, 2023)

A CIDH realiza seu trabalho utilizando tais bases:

- O Sistema de Petição Individual;
- O monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros, e
- A atenção a linhas temáticas prioritárias.

Por meio da estrutura supracitada, a Comissão considera que, no cenário da proteção dos direitos de toda pessoa sob jurisdição dos Estados americanos, é de suma importância dar atenção as populações, comunidades e grupos historicamente submetidos à discriminação (CDIH, 2023).

Nesse sentido, após o processamento das agressões e das tentativas de homicídio, sem o prejuízo de Maria da Penha Fernandes Maia, uma investigação imparcial com o intuito de determinar e tomar as devidas medidas administrativas e judiciais acerca da responsabilidade pelas diversas irregularidades e atrasos no processamento efetivo e rápido, adotar medidas para que o estado faça uma reparação simbólica e material adequada a vítima pelas violações de direito sofridas como a falha em oferecer um recurso rápido e efetivo, por manter o caso por mais de quinze anos sem a devida punição e com esse atraso impedir a oportuna ação de reparação e indenização cabível, ademais recomenda que se intensifique um processo de reforma a fim de que se evite a tolerância estatal com relação a violência doméstica contra mulheres no Brasil.(OEA, 2001) Outrossim recomenda também:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. (OEA, 2001)

Diante da importância da Organização dos Estados Americanos juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é notória a expressiva contribuição para elaboração da lei Maria da Penha (nº 11.340), possibilitando a formulação de uma lei completa e essencial na garantia de proteção as mulheres do Brasil.

## **A ORIGEM DA LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006**

A história de Maria da Penha chamou a atenção para a necessidade de uma legislação mais efetiva para proteger as mulheres de todo o país. Em 2002, algumas ONGs de direitos das mulheres decidiram liderar a elaboração de um projeto de lei específico sobre violência doméstica. Trata-se de uma lei baseada na prevenção, assistência e reeducação do agressor. No final de 2003, o projeto de lei foi submetido ao governo, que aceitou a ideia, e após reunir inúmeras audiências em todo o Brasil com propostas do povo, o documento foi finalizado e aprovado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. (CALAZANS, 2011)

A lei foi sancionada em 2006 e tem como objetivo proteger as mulheres de todas as formas de violência, incluindo física, psicológica, sexual e patrimonial. Além disso, a lei também estabelece medidas para coibir a violência e garantir a proteção às vítimas, incluindo a criação de medidas protetivas e a criminalização dos agressores. A Lei 11.340/2006 alterou totalmente o tratamento legal dado aos casos de violência contra mulher, tornando-os crime. Além disso, revelou a violência diária a que as mulheres são vítimas, bem como estimulou não somente a denúncia por parte da vítima, mas também por toda população. Desde então, a lei tem sido amplamente reconhecida como uma das mais avançadas do mundo no combate à violência contra as mulheres. (TÉLES, 2013)

Ademais, uma das recomendações da CIDH foi reparar Maria da Penha tanto material quanto simbolicamente, nesse sentido o Estado do Ceará pagou a ela uma indenização e o Governo Federal batizou a lei com seu nome, reconhecendo assim toda sua luta contra as violências dos direitos humanos das mulheres. (CALAZANS, 2011).

Além disso, diante da contribuição expressiva de Maria da Penha para as mulheres brasileiras, diversos prêmios e homenagens têm sido direcionados a ela. Dentre eles:

- Ordem de Rio Branco – 2009
- International Women of Courage Award – 2010
- Orden de Isabel la Católica – 2011
- TEDx Fortaleza – 2012
- Prêmio Direitos Humanos – 2013
- Medalha da Abolição – 2015
- Prêmio Franco-alemão de Direitos Humanos e do Estado de Direito – 2016
- Indicação ao Prêmio Nobel da Paz – 2017

- Grande-Colar do Mérito do Tribunal de Contas da União – 2018 (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018)

Portanto, diante da formulação da lei Maria da Penha e sua imensa contribuição para garantia de proteção a mulher é de suma importância refletir quanto ao cenário histórico de violência pelo qual as mulheres brasileiras são submetidas desde os tempos coloniais até os dias atuais.

## PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

A violência doméstica representa um fenômeno mundial, que se estabelece tanto em países orientais quanto ocidentais. Possui uma relação intrínseca com países como o Brasil por possuir características, tais como altas taxas de pobreza, injustiça social e má distribuição de renda. Factualmente, a problemática em questão apresenta-se como um severo problema de saúde pública e desrespeito aos direitos humanos. (RODRIGUES, 2018).

Historicamente, a violência doméstica pela qual as mulheres brasileiras sofrem perdura desde a colonização do país. O imperialismo do patriarcado fez com que mulheres se tornassem um objeto das forças masculinas. Sendo estas vilipendiadas e não possuíam o direito de decidir sobre suas vontades, pois eram submissas diante dos homens que possuíam todo o poder frente ao sexo feminino. (LENER, 2019).

Ao longo dos anos, estes fatos começaram a ser mitigados, no entanto, ainda não foram absolutamente suprimidos da atual conjuntura. Acrescentando-se a isso, o recente cenário da pandemia da COVID-19 contribuiu substancialmente para o aumento da violência contra mulher. (SOUZA, 2022)

No período anterior à pandemia, a violência contra mulher já se apresentava como um problema social no Brasil e no mundo. Porém, agravou-se ainda mais com o confinamento obrigatório, imposto pela pandemia de COVID-19, a saber os dados apontaram um crescimento de 13,35% da violência contra a mulher em fevereiro de 2020 quando comparado com o mesmo mês do ano de 2019. Em março, foi necessária a adoção do isolamento social com a finalidade de conter a transmissão da doença. Como resultado, o número de denúncias registradas pelo Ligue 180 em março de 2020 foi 17,89% maior do que no mesmo mês de março de 2019. Em abril de 2020, as denúncias aumentaram 37,58%, quando comparadas com o mesmo período de 2019. (SOUZA, 2022)

Diante do aumento expressivo da violência doméstica, é de suma importância discutir a responsabilidade do Estado em garantir assistência a essas mulheres, com objetivo de garantir a proteção de direitos, bem como diminuir o número de casos de violência e feminicídios no Brasil. Frente a magnitude do problema a sociedade civil não possui forças para enfrentar tal questão. Nesse ínterim, a responsabilidade de solucionar o problema se torna do Estado (FARIA FILHO, 2019).

Nesse contexto permeado por violência percebe-se a necessidade de compreender de forma mais ampla o surgimento dos grupos reflexivos.

## O PRIMEIRO GRUPO REFLEXIVO

Antes da lei Maria da Penha já existia no Brasil algumas iniciativas por parte de organizações não governamentais que atuavam, em parceria com o judiciário além também do apoio estatal, para o desenvolvimento de grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica, servindo assim de inspiração para diversos projetos que vieram posteriormente. (AMADO, 2014)

O Instituto Noos é uma organização não governamental sem fins lucrativos que trabalha para prevenir e combater a violência de gênero e intrafamiliar. Também foi pioneiro na atuação de grupos reflexivos para homens em situação de violência intrafamiliar, oferecendo a este público um espaço de reflexão e mudança. O projeto teve início em uma abordagem para terapia familiar, entretanto verificou-se a necessidade de criar uma abordagem específica aos homens visto que inúmeras situações de violência emergiram dentro da família. (BEIRAS E BRONZ, 2016)

Como resultado disso foi criado um Programa de Prevenção à Violência Intrafamiliar e de Gênero que inclui diversos plus como campanhas de sensibilização, atendimentos advocatícios, capacitação e pesquisa e é claro os grupos reflexivos. O trabalho coordenado por uma equipe de pesquisadores da Fiocruz e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na sede do Instituto Noos, constituiu um grupo de homens em sua maioria psicólogos a fim de que participassem de um processo de reflexão pessoal acerca de sua identidade de gênero. Tal reflexão tem como intuito aprofundar ainda mais nos estudos de violência provocada por homens. Com esses psicólogos foi fundada uma equipe intitulada “Núcleo de gênero, saúde e cidadania” no Instituto Noos e coordenada por Fernando Acosta. (BEIRAS E BRONZ, 2016)

Em 1999, este núcleo realizou os dois primeiros grupos com homens. A realização do primeiro grupo em situação de violência aconteceu na sede do CEDIM, com policiais no 9º Batalhão da Polícia Militar. Em 2000 e 2001: Projeto de aplicação de penas e medidas alternativas, financiado pelo Ministério da Justiça. 2001 – 2003: Projeto MacArthur 2010: Paz em Casa, Paz no Mundo I. 2011: Paz em Casa, Paz no Mundo II. 2013 – 2015: +Pai. Considerando todos os projetos e atendimentos realizados de forma voluntária, foram atendidos aproximadamente 355 homens. Apesar de a metodologia ter sido originalmente pensada para ser utilizada com homens, 193 mulheres também foram atendidas através dos grupos. (BEIRAS E BRONZ, 2016)

Nesse ínterim, compreende-se a importância de analisar mais profundamente como se dá a aplicação e implementação dos grupos reflexivos sendo possível constatar seus resultados eficazes na comarca analisada.

## A REALIDADE DA COMARCA

A implementação de grupos reflexivos na Comarca de Marechal Cândido Rondon surgiu através de uma solicitação do Ministério Público, em virtude dos inúmeros casos de violência doméstica na comarca (GOMES, 2018). Com o intuito de sensibilizar e educar sobre a importância da igualdade de gênero e dos direitos humanos para homens que cometem atos violentos (GOMES, 2018). Ademais, fazer com que eles reconheçam suas dificuldades (BEIRAS, 2017) e possam criar instrumentos para lidar com suas emoções além de novos meios de resolução de conflitos.

O PROSMAPE (Programa de Orientação Social Maria da Penha) surgiu com uma parceria entre o Conselho da Comunidade de Marechal Cândido Rondon/PR e a Universidade Unioeste/Laboratório de Estudo de Gênero (LAPEG), (CONRADI E PEREIRA, 2018) com base na Lei nº 11.340/2006, em seus artigos 35, V e 45, parágrafo único. *Verbis*.

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

V - Centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Art. 40. As obrigações previstas nesta Lei não excluem outras decorrentes dos princípios por ela adotados (BRASIL, 2023)

Através da capacitação contínua por meio de leituras, palestras e visitas ao Fórum de Cianorte/PR - onde realizam um projeto similar desde 2006. Assim, posteriormente foi criado um projeto pela Assistente Social do Conselho da Comunidade, sendo este aprovado com êxito. (GOMES, 2018)

Inúmeros instrumentos foram elaborados tendo como parâmetro pesquisas literárias de outros grupos que realizam projetos similares. Com o espaço adequado para a implementação do Programa, no mês de agosto de 2018 começaram os primeiros encaminhamentos de autores de violência doméstica, por meio de medidas cautelares tendo como base na Lei de Execução Penal, em seu artigo 152, parágrafo único. (GOMES, 2018)

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança, o adolescente e a mulher e de tratamento cruel ou degradante, ou de uso de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra a criança e ao adolescente, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (BRASIL,2023)

Os réus são intimados a comparecer na sede do Conselho da Comunidade. O primeiro contato de atendimento com homens encaminhados ocorre por meio telefônico ou presencial. Nessa etapa é realizado uma ficha de cadastro, levantamentos processuais de informações pertinentes ao caso, além de orientações básicas e informações no sistema PROJUDI e SEEU. (GOMES, 2022)

Em um segundo momento, é realizada uma escuta especializada realizada pela Assistente Social, o objetivo consiste em avaliar as diversas determinações do fenômeno da violência doméstica que compreende a vida do assistido e que, portanto, o fez chegar ao cenário atual. Essa avaliação tem como finalidade analisar e intervir diante do panorama social a qual o indivíduo se encontra inserido, pactuando em conjunto estratégias e medidas para alcançar a superação da problemática em questão. Ainda nesse primeiro atendimento, o participante assina um termo de compromisso com as datas dos ciclos de palestras ao qual será inserido e aguarda o início das reuniões. Durante toda a execução do programa acontece a comunicação contínua do PROSMAPE com a Vara Criminal e o Ministério Público em virtude do acompanhamento e do fluxo de encaminhamento dos participantes. (GOMES, 2022)

A primeira reunião do PROSMAPE ocorreu no mês de novembro de 2018 nas dependências do tribunal do júri da Unioeste. Os ciclos são divididos em 5 encontros cada reunião com temáticas relacionadas à violência doméstica são elas:

- A Lei Maria da Penha, medidas protetivas e naturalização da violência;
- Papéis masculinos e femininos socialmente estabelecidos: machismo e patriarcado;
- Uso abusivo de álcool e outras drogas e a relação com a violência doméstica;
- Aspectos emocionais e afetivos de uma relação a dois: ciúmes, traição e confiança e
- Vida em coletividade, direitos e deveres. (GOMES, 2022)

Os encontros têm duração de 1h30/2h com no mínimo 15 participantes e no máximo 25 contam também com a participação de Facilitadores/Palestrantes de diversas áreas como Profissionais das áreas do Direito, História, Psicologia, Psicopedagogia, Serviço Social e Ciências Sociais. (Homens e Mulheres). Para deixar registrado o comparecimento é feita uma lista de presença para que os participantes assinem e ao final da reunião é protocolada no sistema PROJUDI e SEEU com a finalidade de validar a sua participação no referido programa. (GOMES E SOUZA, 2023)

Desde a sua criação em 2018 até dezembro de 2022 foram encaminhados 435 homens para o programa. Foram realizadas 14 turmas/grupos com total de 335 participantes, destes 256 concluíram a participação com 100% de aproveitamento. Resultados: somente 2,7% reincidiram, sendo um indicador positivo diante desse cenário. (GOMES E SOUZA, 2023)

**Figura 1 - Comparativo dos homens concluintes do Programa e índice de reincidência no período de 2018 - 2022.**



Fonte: (GOMES E SOUZA, 2023)

Como é possível verificar no gráfico acima, somente 7 pessoas reincidiram no programa, ou seja 3%, essa porcentagem é muito baixa em relação aos índices de violência o que nos leva a refletir acerca da sua eficácia. Fortalecendo assim a grande importância que grupos como o PROSMAPE tem a oferecer à sociedade promovendo assim uma real mudança no comportamento e prevenção da violência doméstica e de gênero e promovendo assim a igualdade de gênero na comunidade.

Demonstrando sua grande importância e contribuição para a sociedade, o PROSMAPE recebeu por dois anos o prêmio SESI ODS (Objetivos do Desenvolvimento Sustentável) em 2019 e 2022, como reconhecimento dentro do campo de inovações e boas práticas. (ODS, 63 e 16, 2023)

Diante da importância dos grupos faz se necessário refletir acerca das inovações trazidas pela Lei nº 13.984, de abril de 2020.

## AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.984, DE 3 DE ABRIL DE 2020

A partir do surgimento de diversos grupos como os mencionados no tópico anterior, tem-se a necessidade de criar uma Lei complementar para incluir no rol do artigo 22 da Lei Maria da Penha, que trata sobre as medidas protetivas de urgência, que obrigam o agressor dois incisos, são eles:

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação;

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (BRASIL, 2023)

Vale salientar que a lei já previa o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação previstos no artigo da Lei de Execução Penal:

Art. 45. O art. 152 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação: Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Entretanto, ainda sim havia uma certa insegurança jurídica acerca da imposição e da obrigatoriedade por parte dos autores de violência doméstica comparecerem aos grupos reflexivos desde a imposição da medida protetiva, visto que essa obrigatoriedade estava expressa somente depois do transcorrer do devido processo legal e com uma sentença condenatória já transitada em julgado, tendo em vista a vasta hermenêutica por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) em não permitir a execução provisória da pena. (OLIVEIRA, 2022)

Com a inserção desses novos artigos é possível ter uma intervenção o mais próximo do ato violento o que de fato é o mais indicado para esses casos. (OLIVEIRA, 2022). Portanto, a criação desses incisos trouxe no rol das Medidas Protetivas de Urgência que obrigam o agressor uma legitimidade necessária para a aplicação dessa intervenção desde logo. Contribuindo assim para o enfrentamento a violência doméstica contra as mulheres, outrossim oportuniza que homens sejam acolhidos dando ensejo para que revejam seus comportamentos. (BEIRAS, 2022).

Percebe-se por tanto a necessidade de verificar por meio de um mapeamento nacional a real aplicação desses dispositivos legais.

## O MAPEAMENTO NACIONAL

Por meio de uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça, o Colégio de Coordenadores Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário Brasileiro, o Poder Judiciário de Santa Catarina e a Universidade Federal de Santa Catarina, via Departamento de Psicologia e Programa de Pós-graduação em Psicologia (por meio do grupo de pesquisa Margens-Modos de Vida, Família e Relações de Gênero, e pelo Núcleo de Pesquisa em Psicologia Jurídica -NPPJ). Foi feito um mapeamento nacional na segunda metade do ano de 2020 com o intuito de conhecer o contexto brasileiro com relação aos grupos reflexivos de autores de violência doméstica (BEIRAS, 2020)

Através desse estudo foi possível identificar 312 serviços mapeados, desses 79% de todos os existentes distribuídos em todas as unidades da Federação (com exceção do estado do

Tocantins) possuem alguma vinculação com o Poder Judiciário. Além disso, revelou também que os estados do Sul e Sudeste concentram a maioria desses serviços sendo 191 ações. (IBDFAM, 2021)

Além disso, o mapeamento trouxe várias informações como por exemplo padronização feita pela EMERJ no ano de 2017, através dela foi possível identificar diversos perfis que são contraindicados a participar de grupos reflexivos como

Autores de abuso sexual;

Portadores de transtornos psiquiátricos;

Dependentes químicos com comprometimento;

Autores de crimes dolosos contra a vida e

Participantes que apresentem comportamentos prejudiciais ao funcionamento dos grupos reflexivos. (GAULIA, 2023)

Nesses casos expostos acima a equipe multidisciplinar deve necessariamente informar ao juízo competente a impossibilidade de inserção desses participantes a grupos reflexivos e indicar o encaminhamento necessário e especializado para os serviços da rede social.

Ademais, outro objetivo da pesquisa foi subsidiar e servir de referência a tais iniciativas, trazendo, para tanto, um conjunto teórico e prático de informações e experiências apto a informar os grupos em sua criação e funcionamento enquanto ações. Sua gestão pública por parte das instituições responsáveis enquanto políticas públicas, a criação de normativas regionais e leis sobre o assunto, bem como pessoas que estudam especificamente a temática dos grupos ou, de maneira ampla, as relações entre masculinidades e violências para, então, apresentar recomendações de critérios mínimos a serem adotados no trabalho com os GHAV (BEIRAS, 2020)

A partir do mapeamento foi possível identificar os fundamentos necessários para a criação de grupos reflexivos, sendo possível a criação de diretrizes como podemos verificar no tópico seguinte.

## **ACRIAÇÃO DE DIRETRIZES PARA ENFIM REGULARIZAR OS PROGRAMAS**

Finalmente no ano de 2022 o Conselho Nacional de Justiça criou uma normativa a fim de regularizar e padronizar além de requerer a manutenção grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica pelos tribunais de justiça efetivando assim as medidas protetivas de urgência previstas nos incisos VI e VII do art. 22 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2023).

Art. 2º Recomendar que os programas voltados à reflexão e responsabilização de agressores de violência doméstica e familiar sigam as seguintes diretrizes:

I – Foco em processos de reflexão e responsabilização dos autores de violência doméstica e familiar contra a mulher;

II – Definição e padronização do número de sessões e período de duração dos programas, não devendo ser inferior a 8 (oito) sessões ou 3 (três) meses, respectivamente;

III – Opção, sempre que possível, pela metodologia de trabalho no formato de grupos reflexivos com dinâmicas participativas, sem prejuízo da realização de outras ações complementares;

IV – Inclusão da iniciativa no planejamento estratégico organizacional, com definição da

unidade responsável pela manutenção e acompanhamento dos programas;

V – Atuação em rede, com encaminhamento a outros serviços públicos, sempre que necessário;

VI – Promoção da reflexão sobre as questões de gênero, os direitos humanos e fundamentais da mulher e a construção social da masculinidade;

VII – Capacitação prévia e atualização periódica da equipe de facilitadores que atuam nos programas, optando, sempre que possível, por composição de caráter multidisciplinar;

VIII – Fomento à cultura de paz, aos métodos de promoção do diálogo e de controle emocional;

IX – Realização de sessões de triagem com os participantes dos programas, visando ao acolhimento dos participantes, à avaliação de risco e tomada de decisão quanto à eventual necessidade de exclusão de participantes, conforme critérios técnicos da equipe psicossocial; e

X – Manutenção de registro dos atendimentos realizados e avaliação periódica de sua qualidade, resguardado o sigilo necessário à proteção da privacidade, intimidade e segurança dos participantes.

Parágrafo único. Na hipótese de inexistência de recursos materiais, humanos ou financeiros para a instituição e manutenção dos programas nos termos deste artigo, recomenda-se aos tribunais o estabelecimento de acordos, convênios ou instrumentos congêneres visando ao atingimento dos objetivos pretendidos.

Art. 3º Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2023)

No entanto, continuamos a alertar que as leis não são suficientes. Prevenção urgente por meio de uma política pública coerente envolvendo todos os poderes dos entes federados e do Ministério de Estado e Público - bem como todas as entidades da sociedade e da sociedade civil, já que a epidemia de violência doméstica afeta a humanidade. (IBDFAM, 2023)

Nesse viés, é imprescindível que a implementação, bem como a condução dos trabalhos/grupos reflexivos sejam realizados por profissionais capacitados e orientados a partir de bases teóricas do panorama feminista e de gênero e ainda de estudos sobre homens e masculinidades. Acrescentando-se a isso é de suma importância a formulação de estratégias de avaliação e acompanhamento dos grupos. Tais condutas são indispensáveis para a construção de uma política pública forte, consolidada validando assim o grande esforço legislativo. Dessa forma será possível assegurar o potencial transformador. (OLIVEIRA, 2022).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho objetivou-se fazer uma análise acerca do avanço da Lei Maria da Penha bem como as dificuldades da implementação e a concretização na prática dos grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica. Para debater tais questões, discutiu-se a priori o histórico e desenvolvimento desta legislação que se iniciou na constatação das reiteradas violências domésticas e familiares contra as mulheres.

Posteriormente, foi necessário verificar quanto a condenação do Brasil por parte da comissão interamericana de direitos humanos pelo sua inércia com relação ao caso de Maria da Penha. Com o intuito de coibir a prática de violência contra o público feminino. Tal condenação foi imprescindível para a criação e aprovação da Lei 11.346/2006 (intitulada Lei Maria da Penha).

E como exposto ao longo desse artigo tal lei é considerada uma das maiores conquistas das mulheres brasileiras em relação a violência doméstica e familiar.

Nesse íterim foi possível fazer uma reflexão quanto ao panorama da violência doméstica, momento pelo qual é possível verificar a incidência do patriarcado como forma de domínio com relação ao sexo feminino. Ademais com o advento da pandemia a violência no contexto familiar se tornou ainda mais expressiva tendo em vista a obrigatoriedade do confinamento, sendo necessária a discussão com relação ao papel do Estado em garantir a proteção dos direitos das mulheres além de minimizar os casos de violência e feminicídios no Brasil.

Por meio de uma análise histórica podemos nos debruçar acerca da criação dos grupos reflexivos, um instituto que trouxe um novo olhar para uma real intervenção nessa problemática social, bem como a sua metodologia e implementação, tendo como base os estudos de gênero fundamentais para explicar este fenômeno social, possibilitando assim realizar um trabalho efetivo no combate a violência doméstica.

Ademais por meio de uma pesquisa realizada na comarca de Marechal Cândido Rondon/PR. Foi possível verificar a realidade da implementação e metodologia utilizada no Programa de Orientação Social Maria da Penha (PROSMAPE) bem como a sua efetividade tendo como base os dados do programa com relação aos índices de reincidência e as premiações recebidas pelo programa como reconhecimento dentro do campo de inovações e boas práticas do Selo ODS (Objetivos de Desenvolvimento e Sustentabilidade).

Outrossim com as inovações trazidas pela Lei nº13.984, de 3 de abril de 2020 incluem de dois novos incisos no rol de medidas alternativas que obrigam o agressor a legitimidade necessária para que juízes pudessem fixar como obrigatoriedade a participação de grupos reflexivos e o acompanhamento psicossocial. Além do fato que agora é possível fazer uma intervenção o mais próximo do ato o que é mais indicado para esses casos.

Foi imprescindível também fazer um apontamento acerca do Mapeamento Nacional um estudo feito em parceria com o Conselho Nacional de Justiça para identificar o contexto brasileiro com relação aos grupos reflexivos de autores de violência doméstica, bem como quantificar estes serviços além de realizar uma análise com o intuito de fazer uma padronização dessas ações.

Por meio do Mapeamento Nacional o Conselho Nacional de Justiça criar a normativa (Recomendação Nº 124, de 7 de janeiro de 2022) com uma serie de diretrizes para a regularização, padronização além da manutenção por parte dos tribunais de justiça dos grupos reflexivos para autores de violência doméstica.

A partir da pesquisa realizada foi possível verificar as inseguranças jurídicas para a aplicação da obrigatoriedade da participação dos Grupos Reflexivos antes da legislação complementar de 2020, bem como a grande relevância que se tem no atendimento a homens autores de violência doméstica contra as mulheres. Tal relevância se identifica principalmente na recuperação desses homens com o objetivo de romper o ciclo vicioso da violência contra a mulher, pois como afirma o ativista Martin Luther King umas das coisas mais importantes da não violência é que não busca destruir a pessoa, mas transformá-la.

## REFERÊNCIAS

- AMADO, Roberto Marinho. (2014). Os serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência contra mulheres: Uma análise de quadros interpretativos, modelos de intervenção e atores (Master's dissertation). Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal. 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/43576976.pdf>. Acessado em: 02/04/2023.
- BEIRAS, Adriano; BRONZ, Alan. Metodologia de grupos reflexivos de gênero. Rio de Janeiro: Instituto NOOS, 2016. Acessado em: 12 de fevereiro de 2023, Disponível em: [https://margens.paginas.ufsc.br/files/2020/06/Metodologia-Noos\\_\\_PDF-final.pdf](https://margens.paginas.ufsc.br/files/2020/06/Metodologia-Noos__PDF-final.pdf).
- BEIRAS, Adriano. MARTINS, Daniel Fauth Washington. SOMMARIVA, Salete Silva. IV. HUGILL, Michelle de Souza Gomes. Grupos reflexivos e responsabilizantes para homens autores de violência contra mulheres no Brasil: Mapeamento, análise e recomendações. Academia Judicial de Santa Catarina. ISBN: 978-65-87982-06-9. Florianópolis – SC, 2021. Disponível em: <https://ovm.alesc.sc.gov.br/wp-content/uploads/2021/11/grupo-reflexivo.pdf> Acessado em: 02/04/2023
- BRASIL. Lei.11. 340/06 de 07 de julho de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm) Acesso em: 09/01/2023.
- BRASIL. Lei.13.984 de 03 de abril de 2020. Lei Maria da Penha. Disponível em:[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm) Acesso:25/02/2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação Nº 124, de 7 de Janeiro de 2022. Recomenda aos tribunais que instituem e mantenham programas voltados à reflexão e responsabilização de agressores de violência doméstica e familiar. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1816322022030862279d8079896.pdf>. Acessado em: 25 de fevereiro de 2023.
- CALAZANS, Myllena; CORTES, Láris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CONRADI, Carla Nacke e Pereira, Ivonete. Programa de conscientização/reeducação social e atendimento psicossocial à infratores da Lei Maria da Penha. NUMAPE, 2018.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS (CIDH). 1889 F St., N.W., Washington, D.C., U.S.A. 2006. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acessado em: 22/03/2023.
- FARIA FILHO, Jadson Santos de. Feminicídios e a violência contra mulher no Brasil 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74104/feminicidio-e-a-violencia-contramulher-no-bras>. Acessado em: 25/02/2023.
- FECOOMP. Federação dos Conselhos da Comunidade do Estado do Paraná. 15 anos da lei Maria da Penha. <https://fecompar.com.br/materialdeapoio/pazemcasa/>. Acessado em: 10/02/2023.
- GAULIA, C, T. Padronização do Grupo Reflexivo dos Homens Agressores. Revista Direito em Movimento - EMERJ. Rio de Janeiro, 2017. Acessado em 15 de fevereiro de 2023, disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/> [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume14/volume14\\_padronizacao.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume14/volume14_padronizacao.pdf)

GOMES, Fabiane Nunes Marques. Conselho da Comunidade Comarca de Marechal Cândido Rondon - Órgão de Execução Penal. Relatório do PROSMAPE 2018.

GOMES, Fabiane Nunes Marques. Conselho da Comunidade Comarca de Marechal Cândido Rondon - Órgão de Execução Penal. Relatório do PROSMAPE 2022.

GOMES, Fabiane Nunes Marques e SOUZA, Fernanda Siewes. Conselho da Comunidade Comarca de Marechal Cândido Rondon - Órgão de Execução Penal. Projetos 2023.

IBDFAM - Sede Nacional. Instituto Brasileiro de Direito da Família. Minas Gerais, 2023. Acessado em 15 de fevereiro de 2023, Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9236>

IBDFAM - Sede Nacional. Instituto Brasileiro de Direito da Família. Minas Gerais, 2023. Acessado em 14 de fevereiro de 2023, Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7211/Lei+determina+que+agressores,+em+caso+de+viol%C3%A2ncia+dom%C3%A9stica,+frequentem+cursos+de+reeduca%C3%A7%C3%A3o+e+recebam+acompanhamento+psicossocial>

INSTITUTO MARIA DA PENHA (IMP). 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-somos.html>. Acessado em: 22/03/2023.

LERNER, Gerda. A criação do Patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens. Pensamento, São Paulo: 2019.

LISBOA, Teresa Kleba; ZUCCO, Luciana Patrícia. “Os 15 anos da Lei Maria da Penha”. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 30, n. 2, e86982, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/BzPqkz9dj8zs9V39X8djsvK/?lang=pt#ModalTutors>. Acessado em: 09/01/2023.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PRADO, Mariana Mota. Dimensões Institucionais da Igualdade de Gênero: o Caso Maria da Penha. Revista Direito e Práxis. 2022, v. 13, n. 4 [Acessado 31 Janeiro 2023], pp. 2404-2443. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2021/56463>>. Epub 16 Dez 2022. ISSN 2179-8966. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2021/56463>.

OLIVEIRA, Anderson Eduardo Carvalho; “Novas” Medidas Protetivas que Obrigam Homens Autores de Violência Doméstica Familiar Contra as Mulheres. Revista Feminismos, Bahia, v. 10, n. 2 e 3, e10222017 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/42458>. Acessado em: 09/01/2023.

ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Instituições de Ensino – Prêmio SESI ODS 2019. Disponível em: <https://portalods.com.br/wp-content/uploads/2019/11/BOAS-PRATICAS-PR%C3%80MIO-SESI-ODS-INSTITUI%C3%87%C3%95ES-DE-ENSINO.pdf>. Acessado em: 25/03/2023

ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Boas Práticas Inovação – Prêmio SESI ODS 2022. Disponível em: <https://portalods.com.br/wp-content/uploads/2023/01/Relatorio-Boas-Praticas-Inovacao-1.pdf>. Acessado em: 25/03/2023

OEA. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ESTATUTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em LA Paz, Bolívia, em outubro de 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acessado em: 29/03/2023.

OEA. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório n. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> Acessado em: 06/12/2023.

RODRIGUES, Viviane Isabela. A Trajetória Histórica da Violência de Gênero no Brasil. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social. Vitória – ES. Brasil, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22225/14731>. Acessado em: 22/03/2023.

SOUZA, L. DE J.; FARIAS, R. DE C. P. Violência doméstica no contexto de isolamento social pela pandemia de covid-19. Serviço Social & Sociedade, n. Serv. Soc. Soc., 2022 (144), maio 2022.

TÉLES, Paula do Nascimento Barros González. Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 14. Curso: “Capacitação em Gênero, Acesso à Justiça e Violência contra as Mulheres”. EMERJ. Rio de Janeiro – 2013. Disponível em: [chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero\\_110.pdf](chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf). Acessado em: 22/03/2023.



# Audiência de Custódia audiovisual e o convencimento do juiz

## Audiovisual Custody Hearing and the conviction of the judge

---

Dhanielli Moita Moraes

*Graduanda em Direito*

Maria Karolayne Pereira da Silva

*Graduanda em Direito*

Robson Sousa Silva

*Professor orientador. Especialista em Gestão Pública Municipal, Universidade Federal do Tocantins, 2012. Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Faculdade Mauá de Brasília, 2010. Graduado em Direito, Faculdade de Educação Santa Terezinha, 2009. Advogado, desde 09/2013. Professor de Ensino Superior, em curso de Graduação em Direito, desde 05/2011.*

Kamila Soares Leal

*Professor orientador. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Exerce à Docência no Ensino Superior desde 2015.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.11

## RESUMO

Sabe-se que desde o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica, surgiu o procedimento carcerário, cuja medida se baseia no controle estatutário imediato e na necessidade de reclusão. Assim, o objetivo da audiência de custódia é investigar se houve alguma violação da lei no ato da detenção ou a forma como a pessoa foi tratada durante a detenção. Neste presente artigo, pretendeu-se, então, analisar através de princípios constitucionais, tratados internacionais, código de processo penal e doutrinadores, sobre a (im) possibilidade de ser realizado tal procedimento através de videoconferência. O tema é de indisputável importância na esfera jurídica e social devido ao grande número de casos de prisão, bem como a aplicação de princípios constitucionais. Nessa linha de raciocínio, este estudo trata-se de uma revisão de literatura com coleta de dados realizada mediante busca eletrônica nas bases de dados Google Scholar, Capes, SciELO e a Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD). Como localizador dos artigos foram utilizados os descritores audiência de custódia, direito penal e videoconferência. Por fim, não há dúvidas de que é necessário adequar o processo e a legislação, buscando novas soluções. Portanto, é preciso interpretar os dispositivos com uma visão ampla, respeitar os padrões mais elevados e fazer o melhor uso dos recursos tecnológicos, para que o devido processo legal seja cumprido.

**Palavras-chave:** audiência de custódia. direito penal. videoconferência.

## ABSTRACT

The Custody Hearing is not a new topic in the legal world, although it has been discussed recently, it is known that since the International Covenant on Civil and Political Rights and the Covenant of San José of Costa Rica. Thus, the prison procedure emerged, whose measure is based on immediate statutory control and the need for imprisonment. Thus, the purpose of an attention hearing is not to investigate whether there was any attention to the person's attention or the way in which it was treated during the attention. In this article, the present article is presented, it was intended, then, to analyze through constitutional principles, international treaties, code of criminal procedure and scholars, on the (possibility) of carrying out such a procedure through videoconferencing. The topic is of indisputable importance in the legal and social sphere due to the large number of arrest and search cases for humanitarian criminal cases, as well as an application of constitutional principles. In this digital collection of collected data, I review an electronic survey of data studies collected on Google Scholar (BDTD). As a locator of the articles, the described final hearing, criminal law and videoconference were used. Finally, there is no doubt that it is necessary to adapt the process and legislation, seeking new solutions. Therefore, it is necessary to interpret the devices with a broad view, respect the most advanced standards and make the best of technological resources, so that the proper legal use is fulfilled.

**Keywords:** custody hearing. criminal law. video conference.

## INTRODUÇÃO

A Audiência de Custódia não é um tema novo no mundo jurídico, embora tenha sido discutida recentemente a existência desse julgamento como forma de garantindo foram direitos

dos presos. Infelizmente, há casos em que os presos são torturados ou maltratados pela polícia desde o momento em que chegam à delegacia ou prisão. Sendo assim, essa experiência não é incomum e muitas vezes os presos não têm a oportunidade de denunciar a violência sofrida.

Nesse sentido, na prática penal, a audiência de custódia refere-se à condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido pelo Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, observando se há a indícios da prática de maus tratos ou tortura. A audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, é o instrumento processual penal que tem o escopo de defender a liberdade pessoal e a dignidade do acusado, servindo a propósitos processuais, humanitários e de defesa de direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal.

Um dos maiores desafios enfrentados pelos presos é fazer cumprir as garantias constitucionais que eles têm. O processo penal está enraizado no autoritarismo, que inevitavelmente viola os direitos humanos fundamentais. Surgiu, assim, o procedimento carcerário, cuja medida se baseia no controle estatutário imediato e na necessidade de reclusão. Assim, o objetivo da audiência de custódia é investigar se houve alguma violação da lei no ato da detenção ou a forma como a pessoa foi tratada durante a detenção. Além disso, é uma oportunidade para o juiz ter contato direto com a pessoa para que ela possa explicar como os fatos aconteceram e assim determinar se deve ou não permanecer na prisão (CÂMARA, 2019).

Tais prazos já são exigidos em alguns países latino-americanos que já apresentam o preso às autoridades judiciais. Por exemplo, na Argentina, o Código Federal de Processo Penal exige que, em casos de detenção sem ordem judicial, o detido deve comparecer perante as autoridades judiciais competentes no prazo de seis horas após a detenção. No Chile, o Código de Processo Penal estipula que, em caso de cometimento de um crime, o suspeito deve ser apresentado a um promotor em até 12 horas, que pode liberá-lo ou apresentá-lo a um juiz em até 24 horas após a detenção. Na Colômbia, o Código de Processo Penal estipula que, em caso de crime detectado, o detido deve ser apresentado a um juiz no prazo de 36 horas. No México, para a maioria dos crimes, as pessoas presas em delito devem ser imediatamente entregues aos promotores, que por sua vez devem apresentar os suspeitos a um juiz dentro de 48 horas ou liberá-los. O Brasil foi um dos poucos países da América Latina que não respeitou as normas internacionais.

Nesse sentido, é levantado o seguinte questionamento: a realização de audiência de custódia por videoconferência interfere no convencimento do juiz?

Neste presente artigo, pretendeu-se então, analisar através de princípios constitucionais, tratados internacionais, código de processo penal e doutrinadores, sobre a (IM) possibilidade de ser realizado tal procedimento através de videoconferência.

O tema é de extrema relevância na esfera jurídica e social devido ao elevado número de prisões e busca para casos criminais humanitários, bem como a aplicação de princípios constitucionais. Nessa linha de raciocínio, este estudo trata-se de uma revisão de literatura com coleta de dados realizada mediante busca eletrônica nas bases de dados *Google Scholar*, *Capes*, *SciELO* e a Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD).

Foram discutidos ao longo do estudo, conceitos e posicionamentos doutrinários e juris-

prudenciais sobre tratados internacionais relacionados aos direitos humanos, audiências de custódia e videoconferência. Interessante que, na primeira via, se discutiu sobre a implementação do processo penal de acordo com a Constituição Federal, enfatizando a interpretação suficiente do Código de Processo Penal para um Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração que o processo penal deve respeitar a Constituição e os tratados internacionais que respeitam os direitos humanos.

Por fim, há uma análise acerca da implantação da videoconferência no processo penal, o Pacote Anticrime no que tange a audiência de custódia por equipamento audiovisual, já que foi alvo de discussão quando era Projeto de Lei. Outrossim, foi realizada uma abordagem sobre os julgados dos tribunais superiores acerca da temática, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça.

## AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A audiência de custódia está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Tratado de São José da Costa Rica, que foi alterada no Brasil em 1992 pelo Decreto nº n. 678 (BRASIL, 1992). Por meio deste Decreto nº. 678/92, o Brasil se obriga a observar tudo o que está definido no Tratado de São José da Costa Rica e em seu art. 7º, parágrafo 5º, fica determinado que:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, a presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (BRASIL, 1992).

Nesse sentido, a audiência de custódia consiste em examinar se há violação da lei no ato da detenção ou a forma como a pessoa foi tratada durante a detenção. Além disso, é uma oportunidade para o juiz ter contato direto com a pessoa para que ela possa explicar como os fatos aconteceram e assim determinar se deve ou não permanecer na prisão. É importante notar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92) também se aplica aos processos de detenção, estabelecendo a mesma regra da Convenção de São José da Costa Rica.

Bruno Viudes Fiorilo (2015, p. 3) enunciam que:

A audiência de custódia contribui para combater e prevenir a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, pois prevê que a pessoa detida, independentemente de ter sido agredida ou não, tem a oportunidade de se encontrar pessoalmente com um juiz no prazo de 24 horas, para encontrar o processo de determinação do crime, determinar as circunstâncias da prisão, bem como responsabilizar o agente público nos casos em que sejam revelados indícios de violência por ele cometida.

Por fim, a audiência de custódia visa garantir os direitos dos presos, pois muitas vezes as pessoas que são enviadas para a prisão são severamente torturadas sem que o juiz tenha conhecimento do ocorrido.

No caso das normas dos tratados de direitos humanos, vale lembrar que elas têm efeito imediato. Como adverte Mazzioli (2013), "(...) a finalidade da Convenção é a proteção da pessoa, independentemente de ser por meio de lei ou outras medidas estatais". (MAZZIOLI, 2013, p. 36).

Portanto, cabe ao Estado adotar as medidas necessárias para que os direitos sejam reivindicados e aplicados. Vale lembrar que segundo Ramos (2018), o controle de convencionalidade consiste em analisar a compatibilidade dos atos domésticos frente às normas internacionais. Têm dois efeitos: o efeito negativo que consiste em invalidar normas nacionais e decisões contrárias às normas internacionais. O efeito positivo que consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estejam em conformidade com as normas internacionais.

No campo dos direitos humanos, as interpretações são essenciais para a correta aplicabilidade do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico, preservando o caráter humanitário do processo penal. Enquanto os juízes e tribunais brasileiros aplicam medidas que cumprem tais tratados. Fica claro que há desarmonia em seguir a ordem constitucional de tais regulamentações que os tratados internacionais propunham. Como, por exemplo, a audiência de custódia que foi regulamentada apenas em 2015 pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, até agora e com os avanços tecnológicos, como a videoconferência, passou por fases desafiadoras, pois ainda não existe uma lei federal sobre o assunto.

## A INCONSTITUCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA

Com o avanço da mídia, o sistema de videoconferência foi colocado no berço do Legislativo como meio de atuação rápida em documentos judiciais, pois permite a comunicação online, ou seja, em tempo real entre as partes e o juiz, eliminando assim as barreiras. O Direito, como é conhecido, é um assunto dinâmico que evolui de acordo com as necessidades encontradas ao longo do tempo. Dentro desse tema da conexão no ambiente virtual, foi instituída a Lei nº 11.419/2006, que deu início ao processo judicial em meio eletrônico e tornou seu uso habitual.

No art. 1º, parágrafo 2º, inciso II da referida lei, autoriza o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais aplicando ao processo civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais permitindo transmissão eletrônica toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação. Marcando, deste modo, o avanço do meio tecnológico na seara *common law* e *civil law*.

Portanto, art. 217 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 11.690/2008 trata que:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha, ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram (BRASIL, 2008).

Um ano após esse marco, foi promulgada a Lei nº 11.900/2009 com o objetivo de possibilitar a realização de interrogatórios e demais atos processuais por meio de sistema de videoconferência. A referida lei de 2009 alterou a redação do § 2º do art. 185 do Código de Processo Penal, trazem hipóteses para permissão de videoconferência de forma exaustiva, *in verbis*:

Art. 185 (...)

§ 2o Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - Prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - Viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - Responder à gravíssima questão de ordem pública (BRASIL, 2009).

O Conselho Nacional de Justiça não se conteve e editou a Resolução nº 105/2010, que autoriza o interrogatório e a oitiva de testemunhas por videoconferência. Marcação do uso do dispositivo em audiências judiciais e estabelecimento de regras em relação à documentação de testemunhas por meio do sistema audiovisual. Não se pode negar, a reconhecida ferramenta em análise agrega e supre muito bem os procedimentos judiciais que o sistema legislativo enfrenta, devido ao excesso de demanda que aparece na realidade do país. No entanto, sua utilização na audiência de custódia foi um equívoco, pois vai contra as garantias constitucionais.

Não se pode esquecer que não há norma federal que regule a suspensão das audiências de custódia em nível nacional. Apesar de sua não obrigatoriedade, é difícil dar atenção aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, como demonstrado. Este foi o início das diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais para a realização de audiências de custódia por videoconferência neste país. A consequência dessa pressa material é a supressão do direito à ampla defesa e da essência primordial da audiência de custódia/apresentação. Com autoridade no assunto, Caio Paiva (2018), conclui que de acordo com a normativa internacional que trata da audiência de custódia, estabelece claramente (a norma) que o preso deve ser levado perante o juiz. No entanto, se esse procedimento for realizado por meio de videoconferências, é uma violação das expressões “liderar” e “presença”, pois aumentaria significativamente o impacto antropológico e humanizador da medida. (PAIVA, 2018, p. 67).

Aspirando economizar dinheiro público e evitar gastos com viagens, os juízes difundiram e ampliaram a abrangência da lei para audiências realizadas por videoconferências. Nesse contexto, Lopes Jr. (2019) já alerta para o perigo da retirada da garantia de jurisdição. Submete-se a dizer que, trata-se da lei superior jurídica, que é este tratado, e como também afirmado no ponto D, o direito do arguido a defender-se pessoalmente e comunicar livremente com o seu defensor. Aqui, a finalidade das normas é a análise da persona, da comunicação pessoal, e não virtual, pois a essência é a preservação do caráter humano e da dignidade da pessoa humana.

Apesar de tais intenções, há um enorme equívoco por trás disso, pois perfura o preceito constitucional e o direito fundamental dos custodiados, consoante dispõe o art. 8.2 do Pacto São José da Costa Rica:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. Comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. Concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. Direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. Direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. Direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Nesse contexto, Nucci (2014) diz que “o contato pessoal nos parece essencial para que as relações humanas não se percam, podendo o juiz analisar o comportamento do interrogado, seja sincero ou falso, calmo ou ansioso, enfim, como mostrado ao juiz.” (NUCCI, 2014, p. 65). Ressalte-se que a interpretação de tais direitos deve ser para o *homine*, de modo que prevalecerá a regra que melhor melhorar o exercício de determinado direito. Conforme extrato do art. 29 do PSJCR “Nenhuma disposição do mesmo pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo ou exercício de qualquer direito, ou liberdade previsto no direito interno (...) respeito à Carta Magna e aos princípios que a orientam.

Fica claro que o Projeto de Lei nº 10.372/2018, elaborado por uma comissão do Congresso sobre propostas elaboradas pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, e o Projeto de Lei nº 822/2019, apresentado pelo ex-ministro da Justiça Sérgio Moro, trata a videoconferência como grande aliada ao Código de Processo Penal e à Lei de Execução Penal, por se apresentar como uma moderna ferramenta de interrogatório de presos, com o objetivo de reduzir seus custos de deslocamento. No entanto, o PL nº. Em seguida, levado ao Senado, e em plenário, aprovado em 11/12/2019, sem modificações pelos senadores, e, portanto, encaminhado para sanção presidencial

No que tange a videoconferência o PL trazia em seu art. 185 do CPP a seguinte alteração:

Art.185

(...)

2º O juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

(...)

IV - Responder à questão de ordem pública ou prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso.

(...)

§ 8º Aplica-se o disposto nos § 2º, § 3º, § 4º e § 5º, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, audiência de custódia e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

(...)

§ 10. Se o réu preso estiver recolhido em estabelecimento prisional localizado fora da comarca ou da subseção judiciária, o interrogatório e a sua participação nas audiências deverão ocorrer na forma do § 2º, desde que exista o equipamento necessário. (NR)

No entanto, a referida emenda não entrou em vigor, pois a Câmara dos Deputados retirou o artigo da pauta do projeto de lei. O que se pode deduzir da evidência de que no momento do debate, na “Casa do Povo”, a referida redação não foi considerada viável, o que promovia o interrogatório por videoconferência como regra, a fortiori não tem motivos para pensar assim agora. Houve um debate curto e médio sobre o problema da nova implementação do art. 185 do CPP, que notoriamente traria o devaneio para o processo penal, afinal, “afrouxou” as exigências das videoconferências. Desde então, vai tornar a videoconferência uma regra nas audiências judiciais. É bom lembrar que a audiência de custódia ainda não possui uma lei comum que trata de sua gestão, trata-se apenas da Resolução nº 213 do CNJ.

Ao contrário, outros não concordam com tal medida, por exemplo, Paiva (2018) que ensina que o contato pessoal do preso com o juiz é um contato de suma importância, principalmente para quem sofre o *jus piniendi* estatal. E se não, acaba matando o caráter antropológico da audiência de custódia. Lopes Jr. (2019) passa a criticar seu parágrafo 2º, inciso IV, do artigo original em questão, por se tratar de um conceito genérico de “questão de ordem pública” e “prevenir custos”, ambos difíceis de enquadrar (LOPES JR, 2019, p. 134). E tal questão para o processo penal é um dano enorme, favorecendo diferentes interpretações.

Lopes (2019, p. 137) relatou que:

Graves inconveniente são as fórmulas abertas, vagas e imprecisas, utilizadas pelo legislador nos incisos §2º do art. 185 para definir os casos em que a oitiva por videoconferência estaria justificada. A utilização de expressões como “risco à segurança pública”, “fundada suspeita”, “relevante dificuldade”, “gravíssima questão de ordem pública” cria indevidos espaços para o decisionismo e a abusiva discricionariedade judicial, por serem expressões despidas de um referencial semântico claro. Serão, portanto, aquilo que o juiz quiser que sejam. O risco de abuso é evidente.

O fato é que o disposto no artigo do projeto de lei supracitado não foi atendido. Após um longo debate que o pacote anticrime foi apresentado, a redação inicial do art. 185 do Código de Processo Penal, que, embora haja lacunas para diferentes interpretações em seus incisos, ainda considerou a audiência por videoconferência como exceção, apenas de forma excepcional. Ao examinar a jurisprudência brasileira, são pouquíssimos os acórdãos que tratam especificamente da videoconferência na audiência de custódia, pois ambos os temas (audiência de custódia e videoconferências) já estão dando frutos, por serem temas recentes.

Ou seja, na audiência de custódia, não basta que o juiz decida oralmente, ainda que a

audiência seja gravada em aparelho audiovisual. É imperativo que a decisão de determinar a prisão preventiva seja por escrito. Segundo o ministro Rogério Schietti Cruz, é uma exigência constitucional que todas as decisões judiciais sejam baseadas na escrita. Além disso, de acordo com o art. 8º, § 3º, da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta a apresentação de cada preso à autoridade judiciária no prazo de 24 horas, a ata da audiência conterà, única e sumariamente, a fundamentação decisão do magistrado sobre a legalidade e manutenção da prisão, liberdade provisória sem ou com imposição de medidas cautelares que não a prisão e as medidas tomadas, em caso de prova de tortura e maus tratos.

## **MEDIDA CAUTELAR E A SUSPENSÃO DA REALIZAÇÃO DE CUSTÓDIAS POR VIDEOCONFERÊNCIAS**

O caso trata de pedido de garantia de decisões (sob nº 0008866-60.2019.2.00.0000), proposto pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, que questiona ato normativo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sobre a regulamentação da audiência de custódia por videoconferência. O TJSC regulamenta a audiência de custódia regionalizada no âmbito de sua competência por meio da Resolução CM nº 08/2018, dividindo-a em comarcas-sede e comarcas. As audiências de custódia de todos os distritos que compõem a região serão realizadas na sede.

Posteriormente, o tribunal acima mencionado emitiu a resolução CM nº 09/2019, na qual permitiu que a audiência de custódia fosse mantida por videoconferência, alterando a resolução anterior. A priori, as audiências foram quase apenas nos dias úteis e, nos fins de semana, continuavam a acontecer pessoalmente através do local de plantão do distrito membro. O que realmente aconteceu foi fazer a exceção à regra. Motivado pelo fato de o uso da tecnologia ser mais conveniente e mais rápido para o judiciário, o uso de audiências de custódia por videoconferência se tornou a regra na época, a necessidade e a excepcional dessa medida.

Em 19/11/2019, o presidente do Conselho Nacional de Justiça, o então ministro Dias Toffoli, decidiu liminarmente (id nº 3807724) o caso nesse sentido:

Nesse contexto, observado a fundamentação supra e considerando que a Resolução do CNJ nº 213/2015, que regulamenta a audiência de custódia, assegura a apresentação pessoal do preso em flagrante delito diretamente a autoridade judiciária (art. 1º, §1º<sup>2</sup>), deve ser deferida a medida cautelar requerida, pela plausibilidade da tese da reclamante – diante da existência de parâmetro de controle adequado e com estrita aderência ao ato submetido análise -, bem como pelo perigo de dano irreversível, assim considerada a realização desde importante ato à revelia dos princípios e finalidades que o norteiam.

ANTE O EXPOSTO, defiro a medida cautelar requerida para determinar a imediata suspensão do §4º do art. 5º da Resolução CM nº 08/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com redação alterada pela Resolução CM nº 09/2019, mantida a organização regionalizada instituída, objeto de questionamento em outro procedimento. (CNJ – RGD nº 0008866-60.2019.2.00.0000, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Data de julgamento: 13/12/2019, ML - 58ª Sessão Virtual, Data de Publicação: DJe 19/11/2019).

O ministro suspendeu a regra que permite que as audiências de custódia sejam realizadas por videoconferência. O que se busca é realizar a relação de audiência de custódia, que entre os anos e as tentativas frustradas de frear a celeridade, acaba por sobrepujar os princípios fundamentais de nossa constituição e direitos humanitários. Em sua decisão, Dias Toffoli, demonstra clara e claramente que qualquer entendimento contrário à Resolução CNJ nº 213/2015 deve ser aprovado pelo Congresso Nacional, em virtude do estrito princípio da legalidade, respeitando assim a Constituição Federal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado e observado ao longo do artigo, o objetivo baseou-se na correta interpretação do código de processo penal, sob o viés humanitário. Por ter sido instituído em um momento controverso, encerra com ele o viés autoritário, que em muitos casos não está em consonância com princípios constitucionais e convenções internacionais. É assim que surge uma audiência de custódia, que está inserida em nosso ordenamento jurídico desde a década de 1990, marcada por constantes lutas até ser difundida e completamente difundida pelo território.

Tal medida visa preservar o caráter antropológico e humanitário do preso, fazendo jus ao processo penal humanitário. Nesse sentido, a presente medida é inadequada se for realizada por videoconferência. O grande valor não é a economia de gastos públicos, mas em respeito aos tratados internacionais de direitos humanos e a Carta Magna de 1988. Como não trouxeram essa possibilidade, na ordem nacional, e quando houve oportunidade, não escolha trazer.

Para combater a falência do sistema prisional brasileiro, é preciso atentar para o desequilíbrio das forças institucionais que contribuem para a acusação e defesa dos presos. O Estado tem o poder de processar, mas também deve conceder o direito de defesa. Não há trabalho orçamentário, político ou técnico para melhorar essa instituição de defesa, que atende apenas aos pobres. Fazer a ponte entre teoria e prática no campo da punição, especialmente quando se considera o fenômeno do encarceramento, implica um recuo estratégico na apresentação e sustentação de discursos de liberdade.

Para que seja eficaz, a prática dos processos de custódia pelos nossos tribunais deve ser acompanhada de uma mudança cultural dos nossos operadores do direito para tornar o processo penal o mais eficiente possível -, respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos princípios constitucionais dela decorrentes. O desenvolvimento de uma nova política processual penal depende da coragem dos juízes, promotores, advogados, advogados de defesa, enfim, de todos os agentes da lei em reconhecer e implementar medidas alternativas que evitem o terrível cotidiano das prisões, principalmente as medidas cautelares. Desta solução monotemática para preservar a ordem processual e aumentar a dignidade, mostrando o menor impacto possível sobre o cidadão, que não tem sobre si o peso da sentença penal transitada em julgado.

A pena privativa de liberdade não deve ser vista como o fim da punição e das prisões, mas como uma concretização humana e, no mínimo, legal e constitucional do processo penal, que sempre o vincula aos direitos e fundamentos, garantias pessoais estabelecidas por nossa constituição e acordos internacionais. Ao invés do encarceramento e punição excessiva sem o devido processo legal, a solução buscada é a humanização do processo penal. Não se trata do bem-estar ou do tratamento piedoso do preso, mas de encontrar uma solução que respeite sua humanidade e dignidade. A ideia de manter ou limitar o poder de punição associado a esta instituição não significa rejeitar a impunidade, mas lutar para respeitar as regras processuais, constitucionais e tradicionais que regulam o funcionamento do sistema de justiça criminal.

Por fim, não há dúvidas de que é necessário adequar o processo e a legislação, buscando novas soluções. Portanto, é preciso interpretar os dispositivos com uma visão ampla, respeitar os padrões mais elevados e fazer o melhor uso dos recursos tecnológicos para que o devido processo legal seja cumprido.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Reclamação para garantia das decisões nº 0008866-60.2019.2.00.0000. Relator: Dias Toffoli, 19 de novembro de 2019. Diário Oficial Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/DECISAO-AUDIENCIA-CUSTODIA.pdf>. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Decreto lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº 592/1992, 06 de julho de 1992. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678/1992, de 06 de novembro de 1992. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Lei de nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Pacote Anticrime. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.1419, 19 de dezembro de 2006. Informatização do processo judicial, 2015 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho 2008. Altera o Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.900, 08 de janeiro de 2009. Alteração do Código de Processo Penal para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Projeto de lei nº 10372/2019, de 18 de junho de 2018. Reforma no Código Penal e Código de Processo Penal (Pacote Anticrime). Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Projeto de lei nº 554, de 2011. Apresentação do preso a autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: Câmara dos deputados. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Projeto de lei nº 882/2019, de 04 de dezembro de 2019. Reforma no Código Penal e Código de Processo Penal (Pacote Anticrime), que foi apensada ao PL-10372/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?>

BRASIL. Resolução nº 105 do Conselho Nacional de Justiça, de 06 de abril de 2010. Dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/166>. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial em 24 horas. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 168.522-PR. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 11 de dezembro de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104193125&num\\_registro=201902881144&data=20191217&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104193125&num_registro=201902881144&data=20191217&tipo=91&formato=PDF). Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1. Relator: Cezar Peluso, de 05 de junho de 2009. Diário da Justiça Eletrônica. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 07 nov. 2022.

CÂMARA, Raphaella Pereira dos Santos. “A polícia prende e a justiça solta”? Um olhar sobre as audiências de custódia em Natal/RN. 2019. Dissertação de Mestrado. Brasil.

FIORILLO, Bruno Viudes. Tratados Internacionais e a regulamentação da Audiência de Custódia no Brasil. Jus. Com, 2015.

idProposicao=2192353. Acesso em 07 nov. 2022.

JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. O direito do acusado de não comparecer ao reconhecimento pessoal. CONSULTOR JURÍDICO (SÃO PAULO. ONLINE), 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Revista Direito GV, v. 9, p. 199-241, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIVA, Caio. Audiência de Custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Saraiva Educação SA, 2018.



**Consequências das falsas memórias nos casos de estupro de vulnerável: como as falsas memórias podem afetar no julgamento ou identificação do estuprador**

**Consequences of false memories in vulnerable rape cases: how false memories can affect the rapist's judgment or identification**

---

Emili Barbara Gerke

*Acadêmico de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON*

Kauê de Oliveira Peres

*Advogado e Professor da Faculdade ISEPE/RONDON*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.12

## RESUMO

O presente estudo foi desenvolvido com o objetivo de analisar a influência das falsas memórias na identificação e posterior julgamento do acusado nos crimes de estupro. Além disso, a pesquisa analisou a forma que o agressor usa da vulnerabilidade da vítima e utiliza a memória ilusória ao seu favor, bem como os fatores psicológicos da pessoa agredida e de que modo esse abuso pode influenciar na formação de traumas, desta maneira dificultando nas etapas da sua vida. A escolha do tema justificou-se pelo fato de que é bastante comum, nos crimes contra a dignidade sexual, que não haja outros grupos de provas, a não ser a própria testemunha, nesse caso tem a necessidade de que a coleta do depoimento da vítima seja feita da forma correta, para que este testemunho possa ser confiável e que não venha a ocorrer dúvidas. Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método qualitativo com pesquisa bibliográfica, exploratória descritiva, onde foram analisados artigos, doutrinas, com viés descritivo. Diante disso, conclui-se que as falsas memórias fabricadas pelo agressor ou no momento do depoimento, podem afetar no julgamento do infrator e até mesmo o fato da criança e, ou adolescente expor o abuso.

**Palavras-chave:** direito. código penal. falsas memórias. crimes.

## INTRODUÇÃO

Desde os primórdios dos tempos, o estupro ocupou um imenso lugar dentre a sociedade, e mesmo que tenha sido originado em um período arcaico, era considerada uma violação da qual amedrontava se não todas, mas grande parte das mulheres, de modo que eram as principais vítimas dessa agressão, por serem consideradas frágeis e indefesas.

Por outra perspectiva, ainda que o abuso sexual atualmente não seja mais um tópico de pouco conhecimento, até então, é uma temática em que muitas das vezes deixa de ser dada a devida notabilidade, principalmente quando grande percentual dos casos ocorre com crianças e, ou adolescentes, onde até no ano de 2022 fora registrado serem 79% das vítimas. (MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2022).

Ademais, ao discorrermos sobre como funciona o processo da memorização de uma pessoa, verificamos também o processo de criação das falsas memórias, que é fato muito comum de acontecer, não só posterior eventos traumáticos, mas no nosso cotidiano.

Embora este seja um conteúdo agressivo, existe uma necessidade do presente tema ser abordado no meio acadêmico, de forma que sua justificativa se apresenta da carência de analisar a utilização pelos agressores de memórias ilusórias, com o intuito de dificultar a resolução do crime pelas autoridades competentes.

Tendo em vista que não há Lei específica referente as falsas memórias, se torna um tanto quanto considerável a discussão do tema em questão. Outrossim, considerando a grande porcentagem de casos envolvendo crianças, o presente estudo terá como foco as consequências das falsas memórias nos casos de estupro de vulnerável.

Posto isto, exploremos os objetivos específicos e gerais do presente artigo. Sendo indispensável desenvolver a respeito da análise da forma que as falsas memórias ocasionadas pelo trauma ou até mesmo produzidas pelo agressor podem afetar no seu julgamento ou na sua

identificação.

Além disso, fazer a análise da forma que um sujeito usa para manipular sua vítima usando as memórias ilusórias, ou até mesmo usando-a convenientemente, sem compreendê-la.

De outro ponto de vista, averiguemos que a presente temática foi baseada em uma pesquisa bibliográfica, ou seja, é a compilação e agrupamento de referências e ideias mais relevantes de um texto.

Ademais, o espaço de tempo delimitado em função dessa pesquisa, se sobrepõe da época atual. Ressalta-se que o estupro é um crime praticado comumente há vários séculos, em que sempre gerou repulsa e medo por parte das mulheres, entretanto, não há tantos relatos sobre o estupro de vulnerável nos tempos antigos, no qual, é um assunto muito abordado nesta época.

Na mesma lógica, pode-se afirmar que este conteúdo ganhou devido espaço nos tempos do Covid-19, no ano de 2020. Pode-se garantir isso pelo fato das famílias encontrarem-se obrigadas a entrar no famoso *Lockdown*, em outras palavras, em um confinamento, em que resultou em crescentes casos de abuso sexual infantil em seu próprio lar.

Em sequência, concluímos esta apresentação, apontando os capítulos que irão ser encontrados a diante. A estrutura foi adequada para que o leitor entenda preliminarmente as perspectivas de onde, quando e como o estupro foi originado, bem como sua distribuição no âmbito jurídico.

De maneira acessória, será apresentada como mantém-se o psicológico do infante juvenil que passou pelo abuso sexual. Subsequente, será explicado como funciona o processo de formação da memória humana, tal como o funcionamento e a criação das falsas memórias.

Posteriormente, será discorrida acerca do modo que as falsas memórias afetam nos fenômenos emocionais das crianças e, ou adolescentes que foram abusados sexualmente, e como esta ocorrência pode influenciar na investigação.

A perspectiva teórica adotada no presente estudo foi o método qualitativo com pesquisa bibliográfica, exploratória descritiva, no qual foram analisados artigos, doutrinas e jurisprudências atinentes ao tema, com viés descritivo.

## ASPECTOS PRIMÁRIOS DO ESTUPRO

Neste tópico serão apresentados os aspectos primários do estupro, realizando uma construção de como a matéria era tratada nos primórdios da sociedade até os dias atuais, assim como elencando conceitos de doutrinadores sobre o tema.

A palavra estupro se origina do vocábulo romano *stuprum*, que por sua vez, significa desonra e/ou vergonha. Prado (2010, p. 137) define estupro como “uma violência com o fim de satisfação sexual, ou seja, o ato violento pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, virgem ou não”.

De acordo com Código Penal de 1890, o crime de estupro, só poderia ser cometido pelo sujeito do sexo masculino, que, pela interpretação da Lei já mencionada, era o sujeito ativo.

(FERREIRA, 2019).

Com a alteração da legislação do Código Penal, essa concepção deixou de fazer jus ao que era conceituado, incluindo o sexo feminino como causador também deste delito (BRASIL, 1940).

Ainda nos dias atuais, em todo o mundo, é o sexo feminino que continua sendo a principal vítima desse crime. Isso ocorre devido à crença equivocada de que a mulher é a causadora primordial dessa violação, deste modo, Lima (2023, p. 09) evidencia o controle da sexualidade feminina:

Os homens do mundo patriarcal devem pautar-se de forma sexualmente livre -e até libertina! – Devido à posição de superioridade e independência que lhes cabe. Devem ser, portanto, rígidos, másculos e dominadores. Por sua vez, às mulheres resta a necessidade de resguardar sua moral sexual, agindo de forma efetivamente recata. Suas vestimentas, seus diálogos e seus comportamentos devem revestir-se da cautela necessária e ensejar o respeito do seio social. Seu corpo não é considerado sua propriedade, senão verdadeiro objeto de controle da sociedade.

Perante o exposto, mostra o levantamento entre a grandeza do sexo masculino com o sexo feminino, levando em conta que a mulher sendo totalmente recata, precisava ser digna do respeito da sociedade, sendo desde a forma como age até o jeito de como se vestia, e ainda assim corria o risco de ser violada.

É importante destacar que a comparação feita entre homem e mulher por diversas vezes, é obtida como o sexo masculino sendo a imagem robusta e desimpedido, e o sexo feminino é dado como um ser frágil e pequeno, tem-se um exemplo dessa descrição que, na Idade Moderna, a mulher que fosse pega sendo infiel ao seu marido, deveria ser morta pelo próprio, mesmo não sendo está a sua vontade, já o adultério da parte masculina, não recebia qualquer punição, sendo aceito na coletividade. (IRIBURE JÚNIOR; XAVIER, 2020).

Ferreira (2019) apresenta que:

O crime de estupro foi positivado pela primeira vez no Código de Hamurabi, entre os séculos XVIII e XVII A. C. em que, aquele que fosse flagrado violando uma mulher virgem, que morasse com os pais, era punido com a pena de morte.

No mesmo esquema, caso um homem violento use uma mulher que ainda não teve relações sexuais e que viva com seus pais, e seja descoberto no ato, ele deve ser condenado à morte, e a mulher será considerada inocente e livre de qualquer punição. (GAMBINE *apud* FERREIRA, 2019)

Narrado no Código Criminal do Império, em 1830, a pena em decorrência de estupro de mulher honesta, em outras palavras, aquela que não era “fácil” ou que se entregava aos homens por interesse, poderia ser alterada por um pagamento de um dote à vítima, contudo, a questão mudava quando se tratava de uma vítima prostituta, pois a pena, que poderia ser de 3 a 12 anos, se transformava de 1 mês à 2 anos, além do mais, não se era adotado a pena se o estuprador casasse com a pessoa lesada (MACHADO, 2016).

Ainda que o Código Penal de 1832 não trazia o conceito de estupro, era previsto a pena de trabalhos forçados para o infrator do delito, ademais, se a vítima fosse menor de 15 anos de idade, a pena era a máxima de trabalhos forçados. O estupro apenas foi qualificado no Código em 1890, pois o empregava por meio de violência contra a mulher honesta, e ainda tinha a pena

minimizada se a vítima fosse uma prostituta. (MACHADO, 2016).

As feministas socioculturais, que em outras palavras, significam que são as mulheres que estiveram nas linhas das lutas dos direitos para a igualdade quanto aos homens, estudaram o vínculo da sociabilização e de outros meios de violência contra a mulher, apontaram no final que, o estupro é a consequência de uma cultura patriarcal que acaba propiciando aos homens à violência, resultando a verem as mulheres como um símbolo sexual. (SORENSEN; WHITE, 1992).

Apesar de ser uma cultura arcaica, a desaprovação legal deste fato é bastante recente, pois somente em 1990 ganhou um conceito significativo, sendo após a guerra na Bósnia, quando se iniciaram as exposições de violação dos direitos humanos. (VITO; GILL; SHORT, 2008, p. 31).

De acordo com uma pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), uma em cada três mulheres no mundo (35%), irão enfrentar na sua vida, a violência sexual, sendo a maior parte, executada pelo seu próprio parceiro. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2021).

O crime de estupro é considerado crime hediondo, pois é tipificado como um dos crimes mais violentos que existem, assim, através do Artigo 213 do Código Penal, ficou sancionado que, “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. (Brasil, 1940).

A pena para quem pratica esse tipo de delito seria a reclusão, de 6 a 10 anos, podendo ser aumentada de 8 a 12 anos caso se a vítima fosse menor de 18 anos ou maior de 14 anos, ou se do crime fosse resultar em morte. (BRASIL, 1940).

Já o estupro de vulnerável, ficou referido no artigo 217-A do Código Penal, e mostra a definição de que: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, a pena-reclusão para tal delito seria de 8 a 15 anos. (BRASIL, 1940).

A antiga redação da Lei estabelecia que apenas a mulher era vítima desse delito, ou seja, o agente passivo, então, hoje temos que o crime de estupro é a conduta inadequada de uma pessoa em relação à outra, não importando o sexo predominante sobre a passividade ou proatividade. (BRASIL, 1940).

A publicação da Constituição Federal de 1988, trouxe consigo a objetividade de assegurar o direito da criança e do adolescente, sendo este, não só pelo Estado, mas como sendo o dever também, da família e da sociedade:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Perceba-se que é necessário que exista uma readaptação estratégica no setor de políticas públicas, posto isto, é possível incluir crianças, adolescentes e famílias a condições dignas propostas em harmonia com os direitos fundamentais e humanos. Essa ligação entre família, sociedade e Estado, viabiliza a construção de políticas democráticas que são preparadas para oferecer esses direitos fundamentais. (RAMIDOFF, 2007, *apud* SILVA, 2021).

Isto é, se torna significativo a implementação de ações e programas para garantir o bem-

-estar por parte do Estado para as famílias, e principalmente crianças e adolescentes, pois é a partir desse ponto que são colocados em práticas os direitos garantidos pela Constituição.

Os aspectos primários do estupro, como a violência sexual e a falta de consentimento, são fundamentais para entendermos as diferentes formas de classificação desse crime. Sendo assim é importante ressaltar que, independentemente da classificação, o estupro é uma violação grave dos direitos humanos e um crime que causa danos físicos, emocionais e psicológicos profundos às vítimas.

Vencidos os aspectos primários do estupro, passamos agora a verificar a classificação do estupro.

## **Classificação do estupro**

Passados os tópicos para a introdução ao tema, neste momento será analisado o estupro dentro do Código Penal brasileiro. No Brasil, a classificação do estupro é regida pelo Código Penal, mais precisamente nos artigos 213 e 217, que dispõem sobre o crime de estupro e a violência sexual mediante fraude, respectivamente.

Segundo o artigo 213 do Código Penal, o estupro é considerado crime hediondo e pode resultar em uma pena de reclusão de seis a dez anos. No entanto, a pena pode ser aumentada em algumas circunstâncias, como quando a vítima é menor de 14 anos, quando o estupro resulta em lesão corporal grave ou morte da vítima (BRASIL, 1940).

Com a alteração oriunda da Lei 12.015, o artigo 213 do Código Penal foi alterado para caracterizar o estupro como concurso material, previsto no artigo 69 do Código Penal (BRASIL, 2009). Isso significa que, se um indivíduo comete mais de um ato sexual sem consentimento da vítima, cada um desses atos pode ser considerado como um crime separado e resultar em penas adicionais.

Ademais, o artigo 217 do Código Penal brasileiro prevê o estupro de vulnerável, que ocorre quando a vítima é menor de 14 anos, tem deficiência mental ou não tem condições de oferecer resistência ao ato sexual. Nesses casos, a pena é ainda mais grave, podendo chegar a até 15 anos de reclusão (BRASIL, 1940).

Isto posto, verifica-se que o bem jurídico tutelado no crime de estupro é a dignidade sexual, que é compreendida como a autodeterminação do indivíduo. Nessa linha, a natureza do delito do estupro consiste na ação sexual sem o consentimento da vítima, forçada por grave ameaça ou violência, física ou moral. Portanto, o objetivo da legislação é tutelar a integridade física, assim como a liberdade individual do indivíduo. (SOUZA, 2022).

A ação penal é um direito que visa obter a proteção jurisdicional do Estado com o objetivo de solucionar um conflito decorrente de um fato.

No mesmo sentido, a Lei 12.015/09, estabelece no art. 225, que nos crimes cometidos nos Capítulos I e II, somente se procederá por meio de representação pública condicionada, sendo vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. (VIRGILIO; SILVA, p.287).

A classificação do estupro é uma questão jurídica importante, pois define o tipo e a gravidade do crime cometido. No entanto, é também importante considerar os aspectos psicológicos envolvidos em casos de abuso sexual infantil.

Portanto, é crucial que a classificação do estupro leve em consideração o impacto psicológico que o abuso pode ter na vida da criança, a fim de garantir que a punição seja adequada e que a vítima receba o apoio e os cuidados necessários.

Vencida a classificação do estupro, passamos agora a verificar os parâmetros psicológicos nas crianças e adolescentes vítimas de estupro.

## **PARÂMETROS PSICOLÓGICOS NAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ESTUPRO**

Neste capítulo iremos discutir acima da análise psicológica dos *infantos juvenis* que sofreram abuso sexual. Ou seja, o estudo de seus comportamentos após o constrangimento moral e físico sofrido.

A Violência Sexual é um problema que resulta muitas das vezes em atos físicos, sociais e principalmente psicológicos. É chamado de estresse pós-traumático (TEPT), pois a vítima do ocorrido muitas vezes desencadeia consequências, tais como depressão, ansiedade, transtorno alimentar, distúrbio do sono e diversos outros tipos de enfermidades que podem afetar a maior parte dos âmbitos de sua vida, sendo do momento em que ocorreu o ato em diante. (SOUZA *et al.*, 2012).

A classificação social é quando a vítima tende a se fechar, criar barreiras entre ela e o restante. Isto corriqueiramente, pode ocasionar em dividir a família da vítima, pois a pessoa lesada não sabe como reagir a tal problema da desmoralização a que foi submetida, por ter medo e até sentir-se com vergonha pelo ato que ocorreu, mesmo não tendo culpa. (SOUZA *et al.*, 2012).

Em conformidade com a Doutora Cátula Pelisoli (2020), psicóloga jurídica, a criança ou adolescente vítima do abuso, regularmente cultiva a Síndrome do Silêncio, que é um elemento psicológico gerado por um imenso medo e trauma da pessoa atormentada pelo delito. Ainda, a vítima, de modo eventual, não se expressa do fato sucedido, por receio do que pode acontecer com o agressor, em que, diversas vezes, é da própria família. Isso acontece, pelo fato de a vítima ter insegurança, e de não ser apoiada mediante o descrédito com os familiares, comportando-se como se fosse algo banal. (ROVINSKI, S. L. R.; PELISOLI, C. L., 2020).

Para Souza e Silva (2002, p.77 *apud* SILVA, 2021, p.20) a agressão em que a criança ou adolescente foi submetida, também passa a se tornar depreciativo para a família, porém a situação, na maioria dos casos, é amenizada pelo âmbito familiar, pois acaba a convertendo em um cenário menos brutal e devastador do que verdadeiramente é, justificando culpar a criança e, ou adolescente pelo ato. Isto fragiliza ainda mais o psicológico da vítima, uma vez que, essa “responsabilidade” que a criança e, ou adolescente passa a carregar consigo, torna o sofrimento ainda pior do que o referido abuso.

Por conseguinte, é visto por inúmeros doutrinadores que, o abuso é uma porta de entrada para o desenvolvimento de transtornos mentais na pessoa agredida.

A maioria dos pesquisadores concorda que abuso sexual infantil é facilitador para o aparecimento de psicopatologias graves, prejudicando a evolução psicológica, afetiva e social da vítima. Os efeitos do abuso na infância podem se manifestar de várias maneiras, em qualquer idade da vida. (ROMARO; CAPITÃO, 2007, p.151)

Para alguns pesquisadores, a vítima nem sempre é quem sofre decorrentemente de um ato criminoso. De acordo com João Farias Junior (1990, *apud* AVELAR JR; RUSSI, 2015), “entende-se por vítima, qualquer pessoa que sofre infaustos resultados, seja de seus próprios atos, seja dos atos de outrem, seja de influxos nocivos ou deletérios, seja de fatores criminógenos ou seja do acaso”.

O fundamental propósito dos estudos psicológicos nos infantes juvenis abusados sexualmente, são a análise do seu comportamento. Este é o estudo de uma Ciência voltada aos direitos humanos, pois a partir dessa análise feita, compreende-se a aplicação de ações e decisões do governo para a soluções do problema. Neste caso, as vítimas são peças-chave e necessárias para a investigação, pois são estudadas em todas as suas perspectivas, tais como, comportamento e personalidade, dado que, é o objeto essencial de observação junto do autor do delito. (HABIGZANG *et al.*, 2008).

Consequentemente, os danos psicológicos causados às crianças e, ou adolescentes, podem variar de acordo com certos tipos de circunstâncias em que passam. Elementos como idade, extensão e número de vezes que ocorreu o abuso, se houve ameaça, ou até mesmo qual o vínculo da vítima com o agressor, podem gerar obstáculos psicológicos nocivos à curto e, ou longo prazo em sua vida. (FURNISS, 1993).

A curto prazo a criança e, ou adolescente que passou pela agressão, pode sentir medo do agressor ou até mesmo de se aproximar de pessoas do mesmo sexo. Ainda, pode ter sintomas psicóticos, se isolar, ter sentimento de rejeição, estar confusa ou se sentir humilhada. (FURNISS, 1993).

Por outro lado, as complicações a longo prazo são: fobias, raiva, abuso de álcool e outras drogas, disfunções sexuais, sensação de estar sempre em perigo iminente e assim por diante. (FURNISS, 1993).

Ao comentar sobre as consequências decorrentes dos abusos em crianças e adolescentes, é significativo expor também como essa violação ao corpo da vítima podem trazer outros tipos de sequelas. Estas podem ser lesões internas, hematomas externos, doenças sexualmente transmissíveis que o infante é sujeitado, gravidez e outras doenças. (FURNISS, 1993).

Desse modo, é crucial discorrer sobre quais providências podem e devem ser tomadas, como o acompanhamento terapêutico, e ainda, após o ocorrido da agressão, a vítima é sujeitada a Lei 12.845/13, mais conhecida como a Lei do Minuto Seguinte, pois prevê que os hospitais de rede pública (SUS), devem oferecer um atendimento emergencial para tratar os danos físicos e psicológicos decorrentes do abuso, tais como lesões, prevenção da gravidez, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e caso precise, encaminhar para a assistência social. (BRASIL, 2013).

Há uma conexão importante entre os parâmetros psicológicos de uma criança abusada e as falsas memórias. Isto porque quando uma criança sofre abuso sexual pode gerar um impacto muito grande em seu psicológico e desta forma elas podem desenvolver uma série de sintomas. Uma dessas maneiras pelas quais esses sintomas podem se manifestar é através da formação das falsas memórias.

Vencidos os parâmetros psicológicos nas crianças e adolescentes vítimas de estupro a classificação do estupro, passamos agora a verificar memória e das falsas memórias.

## DA MEMÓRIA E DAS FALSAS MEMÓRIAS

Neste tópico será explorada como funciona o processo da memorização de um indivíduo, bem como da produção das falsas memórias devido ao abalo emocional e da violação carnal consumada.

A habilidade da nossa capacidade intelectual em marcar e guardar nossas experiências, como os elementos que pensamos, falamos, preservamos ideias, imagens e conhecimento, se denomina memória, que talvez seja considerada uma das mais complexas e na qual envolve o chamado de arquivo ou até mesmo, a lembrança. A palavra memória vem do Latim, que significa pensar ou aquele que se lembra. (EQUIPE CONCEITO, 2019).

A tentativa de reconstrução e reprodução de eventos passados é uma característica constante de memória humana. Embora pode parecer estática e imutável, a memória é, na verdade, altamente maleável e pode ser criada, modificada e até mesmo perdida ao longo da vida. (MYERS, 1999, p. 2010).

Existem vários ciclos das memórias, cuja ação envolvem diferentes etapas como, recepção de informações, codificação, que é a primeira fase da memória onde é preparado as informações para serem armazenadas no cérebro. Armazenamento, que consiste na fixação interna e nas relações entre ela e as demais representações que o indivíduo possui, se essas relações se exterminam, acontece o esquecimento, e o processo de recuperação é a última parte do ciclo, que permite recorrer a informação armazenada quando necessário. (OLIVEIRA; SERAFIM, 2015).

Na mesma perspectiva, para Júnior; Faria (2015, n.p.):

A memória é um dos mais importantes processos psicológicos, pois além de ser responsável pela nossa identidade pessoal e por guiar em maior ou menor grau nosso dia a dia, está relacionada a outras funções corticais igualmente importantes, tais como a função executiva e o aprendizado. Ainda que sem perceber, estamos fazendo uso desse importante recurso cognitivo a todo momento. Se entramos no carro para ir para a faculdade, temos necessariamente que nos lembrar para onde estamos indo. Lembrar envolve diretamente a memória.

Isto posto, é apresentada a importância da pesquisa e conhecimento de fato da memória, de como é produzida e como ela trabalha, para termos uma melhor percepção de como decorrem os processos de reconhecimento e recordação, de forma simultânea.

Ainda que as memórias estejam 'guardadas', nem todas irão serem lembradas naturalmente, isso dado que existe um vínculo entre a memória em si e alguns outros fatores que podem servir de estímulo para a restauração da memória, originando então as falsas memórias, que leva a pessoa à falha, seja por interferência de terceiro ou da própria pessoa. (WILBERT; MENEZES, 2011).

É apresentado por Schacter (2003, p. 116) que existem várias formas de se ter uma atribuição errada da falsa memória, sendo as principais:

- a) Lembrar de fatos que jamais ocorreram, atribuindo erroneamente o processamento rápido de novas informações ou imagens vividas que nos vêm à mente a lembranças de eventos passados que não aconteceram;
- b) lembrar corretamente o que aconteceu, mas confundir a hora ou o local (transferência

inconsciente);

c) atribuir equivocadamente uma imagem ou pensamento que surge espontaneamente na nossa imaginação, quando, na realidade, a lembrança inconscientemente veio de alguma coisa que lemos ou ouvimos (criptomnésia).

À vista disso, tomamos ciência que as falsas memórias podem ser criadas a partir do nosso próprio pensamento, pela rememoração de algum fato que a propósito não aconteceu. Isto é, as informações e, ou fatos guardados no nosso subconsciente podem vir à tona em alguma lembrança que necessariamente não intercorreu com nós mesmos, mas sim, decorreu de determinado acontecimento que apenas presenciamos.

Inclusive, contrariamente, as falsas memórias também podem ser criadas por terceiros. Assim dizendo, uma 'lembrança' pode ser posta na nossa mente por uma simples sugestão que outrem nos deu, desta forma, supomos que aquele fato realmente tenha acontecido. (STEIN, 2010).

A forma como lembramos de eventos pode ser distorcida por sugestões de informações posteriores, tornando nossa memória suscetível às alterações. Além disso. As assimilações e interpretações de outras pessoas também podem influenciar a maneira como registramos os fatos. (STEIN, 2010).

Além disso as falsas memórias estão sendo estudadas em conjunto com as emoções. Isto significa que, as emoções, de algum modo fazem com que guardemos as lembranças de eventos mais emocionais que aconteceram em nossas vidas, desta forma, a chance de uma falsa memória acompanhar a recordação é muito ampla. (STEIN, 2010).

Em outros termos, a emoção com que lidamos em alguns dos acontecimentos da nossa vida, traumáticos ou não, podem levar à lembrança a sofrer adulteração, tanto pelo fato de que outro indivíduo pode nos induzir ao erro, e acabarmos tirando outra veracidade do ocorrido, quanto pela circunstância de que nós mesmo podemos nos perder na própria lembrança e produzir uma memória que não aconteceu de fato.

Outrossim, no mesmo estudo de Stein (2010, p. 157), é apontado que em grande parte dos casos “o relato de uma criança pode ser uma única evidência num processo criminal”.

Dessa maneira, é de imensa importância que seja dado uma dedicação a mais para este episódio, levando em consideração que nem sempre é detectável em um exame físico o abuso sofrido.

As Falsas Memórias são uma preocupação importante em casos de abuso sexual infantil, pois podem dificultar a identificação e punição dos agressores. Além disso, as formações de falsas memórias podem afetar a saúde mental das vítimas, já que pode ser difícil distinguir entre eventos reais e imaginados.

Analisada a memória e das falsas memórias, passamos agora a verificar o abuso da criança e, ou adolescente e as falsas memórias.

## ABUSO DA CRIANÇA E, OU ADOLESCENTE E AS FALSAS MEMÓRIAS

No último enquadramento, veremos acerca do estudo realizado com crianças e, ou, adolescentes abusados sexualmente, com o intuito de explorar a importância do cuidado no momento da investigação e interrogação para que não haja interferência de terceiros, e assim a introdução das memórias ilusórias.

Ao acompanhar a teoria de Stein (2010, p. 159), é observado e colocado em prática com testes, a habilidade da criança sobre a rememoração de acontecimentos já transcorridos, e neste sentido:

No campo forense, importa saber não apenas sobre o que as crianças são capazes de recordar, mas é imprescindível avaliar o quão precisas e confiáveis podem ser as recordações delas (ou de um adulto), ou seja, saber o quanto o relato de uma criança sobre a lembrança de um determinado episódio corresponde com exatidão aos fatos que se passaram. (STEIN, 2010, p. 159)

Portanto, é indispensável que tal reflexão, sobre a segurança da palavra do infante agredido seja feita, isso porque, é com base nesse estudo que se tem a convicção de que o assunto discutido, efetivamente era real.

Ao aprofundar-se no estudo da distorção da memória no contexto infantil, é necessário que haja cautela quando o objetivo é a busca de conhecido sobre o fato traumático ocorrido. Isto porque, a memória, por ter passado por evento de grande emoção, é propensa a ser deturpada, muitas das vezes, por um simples ato, a sugestionabilidade. Ademais, para ter uma confiança na fala da testemunha, é preciso ser minucioso no momento do interrogatório, isso pois, o meio com que ele é feito pode definir o quão próximo ou distante da realidade se mantém. (STEIN, 2010).

Na mesma interpretação, pelas diferentes análises, já estamos inteirados de que a emoção influencia na lembrança, desta forma, mas não em todos os casos, a recordação de algum episódio pode ser imprecisa. (KENSINGER, 2004)

Nessas perspectivas, é possível afirmar também que, o intervalo de tempo que as crianças e, ou adolescentes abusados levam para relatar, podem interferir na qualidade da lembrança. Neste sentido, Lamb; Sternberg; Esplin (2000, *apud* STEIN, 2010, p.164) afirmam que:

Estudos de campo realizados por equipes especializadas em avaliar crianças vítimas de situações de abuso sexual e violência também indicam boa recordação das crianças para este tipo de episódio. Entretanto, a qualidade da memória para o evento é prejudicada pelo tempo transcorrido entre a ocorrência do evento e a entrevista investigativa. Quanto mais demora há em realizar a entrevista com as crianças, maior a perda de informações relevantes sobre o evento é observada.

Ou seja, é de extremo valor que, quando o infante juvenil agredido sexualmente, enfim exponha este crime por qual passou, tenha um rápido e excepcional suporte, tanto da família, quanto da esfera jurisdicional, e nesta última etapa, o agredido necessita de um atendimento cauteloso, desta forma, evitando a distorção da lembrança e a interferência de sugestão.

A sugestionabilidade é um dos grandes fatores que podem levar a criança ao erro. Isto é, o mero ato de outrem incitar à um infante juvenil com uma sugestão, pode fazer com que haja a confusão com o fato vivenciado, tornando verdadeiro, uma situação que nunca ocorreu, isto, ainda levando em conta sua idade e sua fase de desenvolvimento. (STEIN, 2010).

Nesta visão, Ceci *et al.* (2000, *apud* STEIN, 2010) afirmam que “os adultos, podem facilmente transmitir sua própria visão de um evento pela forma como formulam uma questão a uma criança ou fazem um comentário”.

Em outros termos, na entrevista ou interrogatório feita por um profissional jurídico à uma criança abusada, necessita de uma cautela a mais, por exemplo, no modo como se faz a pergunta. Em contrário ao dizer “é verdade que esta pessoa tocou em você? ”, substituir por “o que aconteceu quando ninguém estava olhando? ”. Desta forma, há a possibilidade de diferenciar se os acontecimentos relatados foram vivenciados, e evitar que sejam imaginados. (STEIN, 2010).

Nos estudos de Davis e Bottoms (2002, *apud* STEIN, 2010, p.173), é visto que a criança e, ou adolescente abusado, quando recebe uma adequada ajuda do interrogador com o desafio em que está se desenrolando, tende a não ser tão suscetível às falsas memórias. Isto é, quando o agredido cria uma segurança no diálogo, pende-se menos na produção das memórias ilusórias.

O abuso infantil pode levar à formação de falsas memórias em algumas crianças, e neste caso, a vítima pode sofrer a indução e acreditar que fora abusada, mesmo que isso nunca tenha acontecido. Isso pode ocorrer quando o juvenil é exposto a sugestões ou perguntas tendenciosas, ou quando é pressionada a fornecer uma resposta específica.

As falsas memórias podem ter um impacto significativo na vida da criança e de sua família, levando a acusações falsas e injustas. Logo, é importante ter cuidado ao questionar crianças sobre eventos traumáticos e garantir que qualquer informação obtida seja corroborada por outras fontes.

## ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Neste tópico, será realizada a análise de um caso de abuso sexual de vulnerável, dessa forma conseguiremos ter uma percepção de como, na vida real, as falsas memórias podem afetar uma vítima.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. POSSIBILIDADE DE FALSAS MEMÓRIAS. MANUTENÇÃO. As percepções extraídas durante o acompanhamento psicológico do menino indicavam que havia uma violência em curso, embora houvesse dúvidas quanto ao cunho sexual ou não dos abusos. Foram realizados diversos pareceres psicológicos, que alternam ao indicar o acusado como pessoa idônea e de boa convivência ou como pessoa agressiva e descontrolada. Da mesma forma, no que se refere ao pai da vítima, alguns laudos o apontam como controlador e ameaçador, enquanto outros o qualificam como um pai atencioso e preocupado. Do quando exposto, entendo que não é possível extrair-se dos autos, com absoluta certeza, que os fatos descritos na exordial aconteceram como narrados na inicial. E, em sede de processo penal, o juízo condenatório é um juízo de certeza, não podendo estar pautada a condenação em presunções ou suposições. Sentença absolutória mantida. RECURSO IMPROVIDO. (APELAÇÃO CRIMINAL, N° 70081919169, SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR VIVIANE DE FARIA MIRANDA, JULGADO EM: 17-10-2019).

Conforme se verifica acima, temos um eminente exemplo da maneira que as falsas memórias podem prejudicar na resolução e identificação do infrator do crime.

O caso de 2019, traz um parecer psicológico de um menino de 11 anos, no qual relata que aos 5 anos de idade sofria abuso sexual, até então, de seu avô. O relato conta que, o denunciado praticava diversos atos libidinosos com a vítima, incluindo penetração com os dedos e sexo oral. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

As primeiras evidências do abuso foram descobertas pela professora da vítima, onde em algumas situações a criança fazia as necessidades na roupa, se isolava das outras e demonstrava medo dos adultos que chegavam perto. Nesta situação, o genitor da vítima relatou que seu filho o havia contado sobre os abusos, além do mais, teria relatado também que o avô materno era quem praticava. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

O depoimento na fase policial mostrou que houve abuso sexual sofrido, porém, a criança não revelou o nome do abusador. Diante das evidências da investigação, embora o pai que tenha procurado a polícia, o mesmo foi indiciado como o agressor do próprio filho, o que logo mais tarde foi tido como inverdade, e que as provas agora, apontavam que o verdadeiro infrator do crime era o avô da criança. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Na subdivisão dos votos, a Dra. Viviane emite que a criança confirma a narração dos fatos e ainda destaca que seu avô o tocava de formas que não gostava, e ainda ameaçava dizendo que o mataria se contasse a alguém. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Entretanto, foram identificadas algumas contradições no depoimento do ofendido, por exemplo na primeira vez do relato, disse ter contado do abuso primeiro para seu pai, e em seguida para sua mãe, no segundo relato a criança disse ter contado apenas para o pai do abuso sofrido. Em sequência, a criança declara não se lembrar se o pai era ou não responsável pelo abuso e principalmente negava informações que poderiam parecer negativas contra seus genitores. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Foi apurado neste ponto que, o comportamento do menino dá a entender que o mesmo foi orientado a proteger seu pai, além do mais, teria tido a intromissão deste, concluindo assim a admissão das falsas memórias. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Assim sendo, é importante que os profissionais que atuam em casos de abuso sexual infantil estejam cientes da possibilidade de memórias ilusórias, e trabalhem com a vítima e sua família para assegurar que receba o apoio adequado para lidar com o trauma real o abuso.

As crianças podem ter problemas em distinguir eventos reais e imaginários, e podem desenvolver memórias falsas como mecanismo de defesa para lidar com o abalo. Isso pode levar a situações complexas nas quais crianças acreditam que foram abusadas por alguém que na verdade nunca cometeu esse crime.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Até o presente momento, temos ciência que pela memória humana ser tão complexa, é evidenciado que a via para sua compreensão é bastante extensa. Apesar disso, pela concisa explicação nos tópicos acima, podemos ter noção de como ela funciona e a maneira pela qual pode ser facilmente manipulada, até mesmo sem o interrogador do caso perceber.

Ou seja, o sujeito decretado para entrevistar as crianças e, ou adolescentes que foram vítimas de abuso sexual, necessita ter o conhecimento na classe de psicologia jurídica, para que possa dialogar com a pessoa agredida sem que venha a comprometer todo o caso. Isto porque, uma sequer frase mal pensada e falada para a vítima, pode ocasionar na afamada falsa memória.

Além do mais, é com facilidade que podemos relacionar a formação das falsas memórias nos casos de estupro de vulneráveis, e por essa razão é imprescindível que tenha uma redobrada cautela no momento do questionamento.

Ademais, como visto no tópico 3 deste artigo, o infante juvenil que passou pela injúria, normalmente, por sentir vergonha da humilhação que foi submetido, e pelo temor que tem de eventualmente separar a família, acaba por não contar da agressão sofrida ou até mesmo do círculo familiar desacreditar da sua palavra e desprezar do fato ocorrido.

Em contrapartida, existem situações em que o próprio abusador usa das memórias ilusórias, como demonstrado no tópico 6 para que a criança e, ou adolescente não conte o ocorrido para alguém. Em outros termos, o agressor, comumente, intima a vítima a não relatar do episódio, pois “foi coisa da sua cabeça”, ou “não aconteceu dessa maneira, você imaginou e ninguém irá acreditar nisso”, ou até mesmo ameaça que irá fazer coisas ruins com a vítima.

Desta forma, a criança agredida passa não só pelo constrangimento e tensão realizados pelo usurpador, mas também pelos questionamentos constrangedores e desnecessários quando enfim informa o abuso. Isto porque, o âmbito familiar não é devidamente preparado para aquele fato sucedido e, pela angústia e revolta ocasionada, a intenção de acudir pode acabar atrapalhando, com as indagações malfeitas e despreparadas.

Além de que, fazer com que a criança reprise muitas vezes o assédio, pode acarretar um testemunho trivial.

Como observamos ao longo dos tópicos, a análise feita acima do processo de memorização infantil, nos diz que a criança, após passar por evento traumático, está apta a lembrar e relatar dos fatos decorridos, entretanto, o infante vítima de agressão sexual, por estar em uma fase de vulnerabilidade, está plenamente sujeita a sugestionabilidade, desta forma, à criação das falsas memórias acerca do ocorrido.

E ao comentarmos sobre a sugestionabilidade, podemos expor também que, apesar da criança agredida passar por uma entrevista sugestiva, seu depoimento pode estar livre de erros. Isto se dá por conta do seu desenvolvimento intelectual e as qualidades individuais de ser uma pessoa moral, ou seja, do seu raciocínio, linguagem, percepção, lembrança, dentre outros.

Outrossim, com os grandes desenvolvimentos no trecho das investigações consagradas pela ciência, temos potencial para dissertar a respeito das metodologias adequadas para a interrogação das vítimas de agressão sexual. Isto é, novas e melhoradas formas para que uma criança e, ou adolescente seja questionado sem que haja risco de passar pela insinuação e que seu testemunho possa ser confiável.

No Brasil, o colhimento do depoimento infantil é realizado por um grupo multidisciplinar, que tem como intenção reduzir a revitimização, em outras palavras, diminuir a chance de a vítima sofrer a mesma violência diversas vezes pelos inúmeros momentos que precisa repetir o ocorrido, e desta forma auxiliar para que o seu depoimento seja dado como confiável.

Assim sendo, foi determinando a inserção da Recomendação 33/2010 aos tribunais, no sentido de fixar que os depoimentos sejam vídeo gravados, sendo este realizado em sala separada de audiências, com a participação de um profissional especializado para lidar com o incidente, no qual o agente especializado repassa as perguntas para a vítima de uma forma apropriada à

que possa entender e que não seja interrompida. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Desta maneira, atribuindo segurança, privacidade, receptividade às vítimas e além do mais, a criança e, ou adolescente não passam pela exaustão e estresse de estar à frente do Juiz, advogados e do próprio abusador.

Diante do exposto, após a elaboração do presente estudo, chegou-se à conclusão de que as falsas memórias podem sim ter grande influência nos julgamentos de casos de estupro, assim como na identificação do estuprador.

## REFERÊNCIAS

AVELAR JR, E. J; RUSSI, L. M. VITIMOLOGIA. 2015. Disponível em: [http://fait.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/Djic2HEsEDGUNyX\\_2017-1-20-20-50-16.pdf](http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/Djic2HEsEDGUNyX_2017-1-20-20-50-16.pdf). Visitado em: setembro de 2022.

BRASIL, [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Visitado em: setembro de 2022.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%3%B3digo%20Penal](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940&text=C%3%B3digo%20Penal). Visitado em: setembro de 2022.

BRASIL, Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Código Penal Brasileiro. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=213.,a%2010%20\(dez\)%20anos](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=213.,a%2010%20(dez)%20anos). Visitado em: setembro de 2022

BRASIL, Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Código Penal Brasileiro. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm). Visitado em: setembro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). CNJ SERVIÇOS: Como funciona a sala de depoimento especial para crianças. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/244239528/cnj-servico-como-funciona-a-sala-de-depoimento-especial-para-criancas#:~:text=A%20grande%20maioria%20dos%20tribunais,para%20a%20sala%20de%20audi%C3%Aancias>. Visitado em: dezembro de 2022.

DAVIS, S. L.; BOTTOMS, B. (2002). THE EFFECTS OF SOCIAL SUPPORT ON THE ACCURACY OF CHILDREN'S REPORTS: implications for the forensic interview. In M. L EISEN, J. A. QUAS, G. S. GOODMAN. Memory and suggestibility in the forensic interview. (p. 437-458). Mahwah: Lawrence Erlbaum.

EQUIPE EDITORIAL DE CONCEITO.de. (23 de janeiro de 2012). Atualizado em 18 de julho de 2019. Memória - O que é, conceito e definição. Conceito.de. <https://conceito.de/memoria>. Visitado em abril de 2023.

FERREIRA, D. A. M. O CRIME DE ESTUPRO EM SEU CONTEXTO HISTÓRICO. Revista Jus Navigandi. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78228/o-crime-de-estupro-em-seu-contexto-historico>

FURNISS, T. Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

HABIGZANG; L. F. *et al.* AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA EM CASOS DE ABUSO SEXUAL NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/7pNTLhMQStyTMvjbZCVwCVL/?lang=pt>.

JUNIOR, C. A. M.; FARIA, N. C. MEMÓRIA. ScieloBrasil. São Paulo. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/kpHrP364B3x94KcHpCkVvQM/?lang=pt> Visitado em: dezembro de 2022.

IRIBURE JÚNIOR, H. C.; XAVIER, G. S. QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO CRIME DE ESTUPRO: REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. Belo Horizonte. Ed. Dialética. 2020. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=1WgLEAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Visitado em: setembro de 2022.

KENSINGER, E. A. (2004). Remembering emotional experiences: The contribution of valence and arousal. *Reviews in the Neurosciences*, 15(4), 241-251.

LAMB, M. E., STERNBERG, K. J., ESPLIN, P. W. (2000). Effects of age and delay on the amount of information provided by alleged sex abuse victims in investigative interviews. *Child Development*, 71(6), 1586-1596.

LIMA, M. T. C. O ESTUPRO ENQUANTO CRIME DE GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES NA PRÁTICA JURÍDICA. 2012. TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (CURSO DE DIREITO) - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PARAÍBA. Campina Grande. 2012. Disponível em: <http://dSPACE.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5370/1/PDF%20-%20Marina%20Torres%20Costa%20Lima.pdf> Visitado em 08 de março de 2023.

MACHADO, N. UMA BREVE HISTÓRIA SOBRE O CRIME DE ESTUPRO. *Revista Jus Navigandi*. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51014/uma-breve-historia-sobre-o-crime-de-estupro>. Visitado em: setembro de 2022.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Crianças e adolescentes são 79% das vítimas em denúncias de estupro registradas no disque 100. Brasília. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/junho/criancas-e-adolescentes-sao-79-das-vitimas-em-denuncias-de-estupro-registradas-no-disque-100>. Visitado em: setembro de 2022.

MYERS, David. Introdução à Psicologia Geral. Tradução A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

MYERS, D. Memória. In MYERS, D. MYERS, D. (Org.). *Psicologia*. 9.ed. Rio de Janeiro: LTC. p.249-80, 2013

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. OMS: uma a cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/115652-oms-uma-em-cada-3-mulheres-em-todo-o-mundo-sofre-viol%C3%Aancia>. Visitado em: setembro de 2022.

OLIVEIRA, M.C.; SERAFIM, A.P. Memória. In: OLIVEIRA, M.C.; SERAFIM, A. P.; SAFFI, F. (Org.). *Neuropsicologia Forense*. Porto Alegre: Artmed (livro impresso) 2015. p.78-87.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2 – 8º Ed. – São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. JURISPRUDÊNCIA CASO REAL. *Apelação Criminal*, Nº 70081919169, Sétima Câmara Criminal Tribunal de Justiça do RS, Relator Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 17-10-2019 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/775018911/inteiro-teor-775019293>. Visitado em: janeiro de 2023.

ROMARO, R. A; CAPITÃO, C. G. As faces da violência: aproximações, pesquisas, reflexões. São Paulo: Vetor, 2007

ROVINSKI, S. L. R.; PELISOLI, C. L. VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: TESTEMUNHO E AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. São Paulo. Ed. VETOR. 2020.

SCHACTER, Daniel L. Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SILVA, Y. A. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS CAUSADAS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES. TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO) - UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS, Goiânia. 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2549/1/TCC%20II%20TURMA%20B05%20-YASMIN-2021-2.pdf>. Visitado em: dezembro de 2022.

SORENSEN, Susan; WHITE, Jacquelyn. Adult Sexual Assault: Overview of Research. Journal of Social Issues, v. 48, nº. 1, p. 1-8, 1992.

SOUZA, F. B. C.; DREZETT, J.; MEIRELLES, A. C.; RAMOS, D. G. ASPESCTOS PSICOLÓGICOS DE MULHERES QUE SOFREM VIOLÊNCIA SEXUAL. REPRODUÇÃO&CLIMATÉRIO. V. 27, n. 3. p. 98-103. 2012. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X#:~:text=Entre%20as%20principais%20consequ%C3%AAncias%20est%C3%A3o,como%20ansiedade%2C%20depress%C3%A3o%20e%20suic%C3%ADdio>. Visitado em: setembro de 2022.

SOUZA; L. Direito Penal- Parte Especial: ARTS. 155 a 234-B. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1620615107/direito-penal-parte-especial-arts-155-a-234-b>. visitado em abril de 2023.

STEIN, L. M; *et al.* FALSAS MEMÓRIAS. FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS E SUAS APLICAÇÕES CLÍNICAS JURÍDICAS. Porto Alegre. Ed. ABDR. 2010. Disponível em: [https://www.google.com.br/books/edition/Falsas\\_mem%C3%B3rias/Zge17ZVgvLkC?hl=pt-BR&gbpv=1&printsec=frontcover](https://www.google.com.br/books/edition/Falsas_mem%C3%B3rias/Zge17ZVgvLkC?hl=pt-BR&gbpv=1&printsec=frontcover). Visitado em: dezembro de 2022.

VIRGÍLIO; G. A.; SILVA; V. C. L. A AÇÃO PENAL E OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: análise evolutiva da representação no estupro qualificado. Revista Transgressões Ciência Criminais em Debate. Disponível em: [file:///C:/Users/emili/Downloads/fabioalves,+VIRG%C3%8DLIO%3B+SILVA+-+A+A%C3%87%C3%83O+PENAL+E+OS+CRIMES+CONTRA+A+DIGNIDADE+SEXUAL+AN%C3%81LISE+EVOLUTIVA+DA+REPRESENTA%C3%87%C3%83O+NO+ESTUPRO+QUALIFIC%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/emili/Downloads/fabioalves,+VIRG%C3%8DLIO%3B+SILVA+-+A+A%C3%87%C3%83O+PENAL+E+OS+CRIMES+CONTRA+A+DIGNIDADE+SEXUAL+AN%C3%81LISE+EVOLUTIVA+DA+REPRESENTA%C3%87%C3%83O+NO+ESTUPRO+QUALIFIC%20(1).pdf). Visitado em: abril de 2023.

VITO, D.; GILL, A.; SHORT, D. A TIPIFICAÇÃO DO ESTUPRO COMO GENOCÍDIO. Revista Sur. São Paulo. A. 6, nº. 10, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/f3RLqx64JVYTLZyqtrDDdYt/?lang=pt&format=pdf>. Visitado em: setembro de 2022.

WILBERT, J. S. M; MENEZES, S. B. FALSA MEMÓRIAS: O PECADO DA ATRIBUIÇÃO ERRADA. Ed. UNOESC&CIÊNCIA-ACSA. Joaçaba. V. 2, n. 1, p. 67-74. 2011. Disponível em: <https://files.core.ac.uk/pdf/12703/235124955.pdf>. Visitado em: dezembro de 2022.



# Juiz das garantias e os possíveis impactos financeiros na comarca de Araguatins/TO

## Judge of guarantees and possible financial impacts in the district of Araguatins/TO

---

Giulliano Eduardo Alves dos Santos

*Graduando em Direito pela UNITINS*

Kamila Soares Leal

*Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.13

## RESUMO

A Lei Federal 13.964/2019 conhecida como Pacote Anticrime, de propositura do Governo Federal entrou em vigor alterando o Código de Processo Penal, e dentre suas disposições, estabeleceu a criação da figura do Juiz de Garantias como o juízo competente para fiscalizar e assegurar a manutenção de direitos básicos dos investigados/apenados. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI nº 6.298 formulada pela Associação dos Magistrados Brasileiros acatou pedido para suspensão dos efeitos da Lei, alegando que os impactos financeiros decorrentes da implementação do instituto seriam proeminentes. Sob essa ótica, surgiu a problemática consistente na análise da viabilidade econômica da implementação do instituto, objetivando apurar se na comarca de Araguatins há efetivo de juízes e orçamento para tal adesão, oportunidade em que após aplicação de uma revisão de literatura descritiva com abordagem qualitativa, assim como quantitativa, pôde-se concluir pela inexistência de economicidade e viabilidade na implantação do instituto no Estado do Tocantins.

**Palavras-chave:** juiz das garantias. viabilidade econômica. pacote anticrime.

## ABSTRACT

Federal Law 13.964/2019, known as the Anti-Crime Package, proposed by the Federal Government, entered into force by amending the Code of Criminal Procedure, and among its provisions, established the creation of the figure of the Judge of Guarantees as the competent court to supervise and ensure the maintenance of basic rights of investigated/punished. It so happens that the Federal Supreme Court, within the scope of ADI No. 6,298 formulated by the Association of Brazilian Magistrates, accepted the request to suspend the effects of the Law, claiming that the financial impacts resulting from the implementation of the institute would be prominent. From this perspective, the consistent problem arose in the analysis of the economic viability of the implementation of the institute, aiming to determine whether in the Araguatins region there is a staff of judges and budget for such adherence, an opportunity in which, after applying a descriptive literature review with a qualitative approach, as well as quantitative, it could be concluded that there was no economy and viability in implementing the institute in the State of Tocantins.

**Keywords:** guarantee judge. economic viability. anti-crime pack.

## INTRODUÇÃO

A figura do juiz das garantias fora adotada recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da lei n. 13.964/2019, também conhecida como pacote anticrime, todavia esse instituto não é uma novidade quando expandimos à contexto mundial. Nessa ótica, denota-se que o Juiz das Garantias teve início no ordenamento jurídico espanhol, sendo adotado posteriormente por Portugal, França, México, Itália, Estados Unidos, todos com o objetivo de garantir o devido processo legal e assegurar, como função primordial, os direitos concernentes a partes no esboço do processo penal. Ressaltando-se que em Portugal, o instituto está previsto em lei desde 1987 e, em que pese haver um conceito semelhante, lá o Código Processual Penal Português fala em juiz de instrução e não de garantias (GALDINO; BERNADES, 2021).

No âmbito nacional, após a promulgação da lei anticrime, adotou-se no Código Processual Penal Brasileiro a figura do juiz das garantias, o qual segundo o Ministro Dias Toffoli (2020, p. 18), visa enfatizar e ratificar o sistema penal acusatório, ou seja, é uma “densificação” do sistema acusatório no plano infraconstitucional. No entanto, tal instituto foi alvo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nºs 6298, 6299 e 6300 perante a Suprema Corte que, por sua vez, suspendeu a eficácia dos dispositivos regulamentadores do juiz das garantias.

Em que pese o juiz das garantias trazer diversos benefícios para o sistema processual penal, uma vez que irá garantir os direitos constitucionais do investigado, o STF arguiu a inconstitucionalidade do instituto, haja vista a violação de diversos princípios constitucionais, mormente por implicar no aumento de despesas, sem a correspondente previsão orçamentária (OLIVEIRA, 2020).

Diante do exposto, surge a seguinte pergunta norteadora do estudo: Quais os possíveis impactos financeiros na implantação do juiz das garantias na comarca de Araguatins/TO?

Destarte, o presente estudo tem como principal objetivo analisar se na comarca de Araguatins há efetivo de juízes e orçamento para essa adesão ao juiz das garantias.

A título de objetivos específicos, elencaram-se os seguintes: a) contextualizar a figura do juiz das garantias, apresentando conceitos normativos e doutrinários sobre o tema; b) investigar se o Estado do Tocantins, notadamente o Poder Judiciário Estadual representado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins – TJTO possui orçamento para custear os gastos com esse novo instituto; c) por fim, e baseado nas informações e conceitos obtidos nos tópicos anteriores, analisar, sob a ótica do princípio da eficiência, se a incorporação do juiz das garantias seria o método mais eficiente para garantir os princípios constitucionais do investigado e a imparcialidade do juiz.

Ademais, justifica-se que o desenvolvimento deste trabalho surge como um meio de prover fatos concretos, sob a ótica financeira, se comarcas de cidades pequenas possuem capacidade de arcar com os custos da implantação do juiz das garantias, motivo que, em síntese, gerou a suspensão desse instituto.

Por conseguinte, quanto à metodologia, trata-se de uma Revisão de Literatura do tipo descritiva em que esta será desenvolvida em duas etapas. A primeira corresponderá na realização da pesquisa bibliográfica acerca do juiz das garantias sendo que essa possui abordagem qualitativa. Já a segunda fase terá como finalidade apresentar os dados estatísticos que são fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como pelo Tribunal de Justiça do Tocantins (TJTO) para análise do panorama atual, sobretudo da situação financeira, tendo abordagem quantitativa.

O filtro utilizado nesta busca correspondeu ao período de publicação dos achados, sendo entre os anos de 2019 e 2022, no idioma português que estivessem disponíveis de forma gratuita, bem como documentos governamentais disponibilizados nos portais e meios de comunicação utilizados pelo governo do Tocantins. Ademais, foram excluídos estudos duplicados, notícias, artigos que fugiam da temática proposta, bem como que apresentavam ausência de respostas quanto a pergunta norteadora do estudo.

Logo, nos tópicos seguintes será abordada a contextualização do juiz das garantias no

âmbito internacional e nacional, o posicionamento doutrinário acerca desse instituto, bem como os argumentos trazidos por esses, a estrutura da comarca de Araguatins e o orçamento disponibilizado a esta pelo Tribunal de Justiça do Tocantins. Por fim, depois de todas as teses e conceitos abordados no presente estudo, concluir-se-á no que se infere em relação ao custo-benefício, para a implantação do juiz das garantias em prática no âmbito do Direito Processual Penal.

## **JUIZ DAS GARANTIAS, NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL**

Embora o juiz das garantias seja uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, esse instituto já é bastante comum em países do continente europeu, assim como em países americanos (GALDINO; BERNADES, 2021).

No que diz respeito aos países que aderiram ao juiz das garantias, destacam-se a Itália, Chile e Portugal, tendo em vista a semelhança ao modelo proposto no Brasil, bem como pela maneira de conduzir a persecução penal (LIMA, 2022).

### **Do Instituto na Itália**

No ordenamento jurídico italiano, revogou-se o Código Rocco após a reforma do Código Processual Penal italiano nos anos de 1987 e 1988, época em que se adotou o sistema penal acusatório. No modelo italiano a persecução penal é dividida em duas fases, a fase preliminar entendida como as investigações empreendidas pelo Ministério Público (MP) e pela Polícia Judiciária e a fase da ação penal propriamente dita (SILVA, 2012).

Destacando-se que no direito italiano, o termo utilizado não é juiz das garantias, mas sim juiz de investigações preliminares. No sistema penal italiano, o juiz de investigações preliminares irá atuar na fase que antecede a ação penal e ao final dessa fase analisará, em casos de arquivamento, o pedido de arquivamento do MP, bem como poderá determinar que o membro do *parquet* ajuíze sua acusação (LIMA, 2022).

Infere-se, portanto, que o juiz das garantias do Brasil tem como inspiração o modelo italiano com algumas ressalvas, contudo, deve-se levar em consideração que estamos diante de um país desenvolvido e que está muito distante da realidade brasileira não devendo, portanto, ser utilizado como incentivo.

### **Do Instituto em Portugal**

Já o sistema penal português é embasado em três fases, sendo a primeira a fase denominada de inquérito, a qual é presidida pelo MP; a segunda fase é denominada de instrução, sendo meramente facultativa e visa a apuração do crime; e a terceira é fase da ação penal, efetivamente, na qual se dará o julgamento (LIMA, 2022).

O juiz de instrução, o qual se assemelha ao juiz das garantias, irá atuar na segunda fase, exercendo todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento, bem como garantindo a legalidade dos atos investigatórios e os direitos fundamentais do investigado (SILVA, 2012).

Os atos praticados exclusivamente pelo juiz instrutor estão definidos no artigo 268 do

Código Processual Penal Português, instituído pelo Decreto Lei nº 78/1987, que assim dispõe:

- a) proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido;
- b) proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da revista no artigo 196º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público;
- c) proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do nº 3 do artigo 177.º, do nº 1 do artigo 180º e do artigo 181º;
- d) tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do nº 3 do artigo 179º;
- e) declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277º, 280º e 282º;
- f) praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução.

2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente. (PORTUGAL, 1987)

Contudo, em que pese o juiz de instrução agir de maneira “ativa” na investigação, observa-se que, na verdade, o protagonista na persecução penal é o Ministério Público (MP), uma vez que este é quem irá angariar os indícios idôneos de autoria e materialidade que permitam a propositura da ação penal (FERREIRA, 2008).

Desse modo, o juiz de instrução terá uma postura, predominantemente, garantista, deixando o protagonismo para o MP. Ademais, infere-se que o juiz de instrução pouco se assemelha ao juiz das garantias inserido no Brasil, uma vez que o instituto português atuará predominantemente na segunda fase, a qual é facultativa no processo penal português, observando-se, portanto, que a atuação do referido instituto fora mitigada pelo legislador português, fazendo com que os direitos do acusado não sejam garantidos da melhor maneira (LIMA, 2022).

## Do Instituto no Chile

Preliminarmente, deve-se ressaltar que os países abordados anteriormente, são países desenvolvidos que, sob o aspecto histórico e estrutural, pouco se assemelham ao Brasil e que, portanto, não servem como objeto de comparação para a nossa pátria, quando falamos na internalização do juiz das garantias, fazendo com que o Chile, país sul-americano, seja o principal objeto de comparação, uma vez que tem um contexto histórico que se assemelha ao brasileiro.

O Código Processual Penal chileno recentemente foi alvo de reforma, entrando em vigor nos anos 2000, na qual se aderiu o sistema penal acusatório, criando um até então inexistente MP no país e, acolhendo o juiz das garantias (LIMA, 2022).

A partir dessa reforma, a persecução penal passou a possuir três fases: investigação preliminar, preparação do julgamento e julgamento oral. Nessa linha, o juiz de garantias irá atuar, predominantemente, na segunda fase, tendo primeiro contato com o procedimento investigatório na realização da audiência de formalização de investigação ou audiência de apresentação. Contudo, todos os atos que antecedem à fase oral que conflitem com os direitos fundamentais do investigado necessitam de autorização do juiz de garantias (CATARINO; DRESCH, 2011).

Concluídas as investigações, será apresentada a acusação, momento em que o juiz de garantias se limitará, tão somente, à correção de vícios formais:

Artigo 270 - Correção de vícios de forma na audiência de preparação do julgamento oral. Quando o juiz considerar que a acusação do Ministério Público, do autor ou da ação civil padece de vícios de forma, ordenará que sejam retificados, sem suspender a audiência, se for possível. Caso contrário, ordenará a suspensão do mesmo pelo período necessário à correção do procedimento, que em nenhum caso poderá ultrapassar cinco dias. Após esse prazo, caso a denúncia do autor ou da ação civil não tenha sido retificada, os mesmos serão considerados como não apresentados. Não havendo acusação do procurador, a seu requerimento, o juiz poderá conceder prorrogação por até mais cinco dias, sem prejuízo do que informará o procurador regional. Se o Ministério Público não corrigir os vícios em tempo hábil, o juiz procederá à ordenação do arquivamento definitivo do processo, a menos que haja demandante privado, que tenha deduzido uma acusação ou tenha aderido à do procurador. Nesse caso, o procedimento prosseguirá apenas com o reclamante, não podendo o Ministério Público intervir novamente. A falta de correção tempestiva dos vícios de sua denúncia acarretará, para todos os efeitos, uma grave violação dos deveres do promotor. (CHILE, 2000)

Nesse momento, faz-se imperioso destacar, a partir da leitura do artigo supracitado, que não cabe ao juiz das garantias analisar se há provas suficientes para embasar uma acusação, restringindo-se apenas a analisar se os elementos informativos colhidos e a acusação seguiram os parâmetros determinados pela lei.

Destarte, ao realizar a reforma do sistema processual penal chileno o legislador, ao adotar o juiz das garantias, acatou ao princípio acusatório, garantindo a imparcialidade do juiz da ação penal, aderindo a um processo penal que preza a oralidade, fazendo com que se tenha uma persecução penal mais célere (CATARINO; DRESCH, 2011).

Ressaltando-se que, durante a reforma processual penal chilena, houve grande apoio financeiro dos demais poderes, bem com apoio do próprio judiciário que, por sua vez, não apresentou nenhuma resistência à reforma, tendo em vista que se necessitava de uma reforma integral do sistema processual penal (LIMA, 2022). Apoios que fizeram com que houvesse grande êxito na internalização do juiz de garantias, bem como para a concretização da reforma processual, ações estas que devem ser seguidas pelas autoridades brasileiras, a fim de que se tenha um código processual penal atualizado e que garanta os direitos primordiais do investigado.

## **Do Instituto no Brasil**

Embora não encontre respaldo expresso na Constituição Federal, o Juiz de Garantias se trata de instituto não previsto, mas compatível com alguns dispositivos do texto constitucional, pois se trata como um fiscalizador da efetivação de algumas garantias previstas na Carta Magna.

Dentre os pontos que se podem ressaltar, encontram-se a instituição da dignidade da pessoa humana como fundamento da república, e balizador de todas as regras e princípios estampados no art. 1º, III da CRFB/888 (BRASIL, 1988).

Existem diversas garantias estampadas no bojo do texto constitucional, como a não retroatividade danosa da lei penal (art. 5º, XL), a individualização da pena (art. 5º, XLV), a plenitude de defesa no julgamento pelo júri popular (art. 5º, XXXVIII), o cumprimento de pena em locais distintos para pessoas de sexo e idade diferentes e para crimes de naturezas desiguais (art. 5º, XLVIII), a inexistência de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”) dentre diversas outras, mais amplas, como o devido processo legal, etc.

Dessa forma, viu-se a necessidade da instituição de um órgão fiscalizador que atue mais eficazmente na averiguação do cumprimento dessas e outras garantias estabelecidas constitucional ou legalmente.

Mas foi a partir da promulgação da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que o processo penal brasileiro passou a ter instituído formalmente a figura do fiscal ou juiz das garantias, além de definir mais diretamente a base do processo penal brasileiro, definido uma “estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação [...]”, o qual, antigamente, apresentava apenas indícios desse sistema (BRASIL, 2019).

Com a entrada do Pacote Anticrime, surgiu a figura do juiz das garantias, instituto, como já fora destrinchado, bastante comum no meio internacional. Contudo, tal figura fora suspensa pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob o fundamento de apresentar inconstitucionalidades, sem previsão para entrar em vigor efetivamente (GALDINO; BERNADES, 2021).

Em síntese, a Lei Anticrime, segundo o STF, apresenta duas inconstitucionalidades formais. A primeira é de que a lei adentra na matéria procedimental, cuja competência legislativa é concorrente entre União e Estados federativos. Já a segunda é de que, à luz do art. 96, inciso I, alínea ‘d’ e, inciso II, alínea ‘b’ e ‘d’ da Constituição Federal de 1988, compete aos tribunais propor a criação do juiz das garantias, tendo, inclusive, competência para criar varas destinadas a análise das investigações criminais (OLIVEIRA, 2020).

Contudo, a partir da leitura do artigo 3º-B do Código de Processo Penal brasileiro, artigo incluído pela lei n. 13.964/19 que atualmente está suspenso, denota-se que compete ao juiz das garantias:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I - Receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;
- II - Receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- IV - Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- V - Decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- VI - Prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;
- VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;
- VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;
- IX - Determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoá-

vel para sua instauração ou prosseguimento;

X - Requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - Assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. (BRASIL, 2019)

Ademais, com a internalização do juiz das garantias houve grande repercussão no meio dos estudiosos do processo penal, surgindo posicionamentos a favor, assim como posicionamentos contra a adesão desse novo instituto. Logo, a fim de conhecer os prós e contras deste instituto, faz-se necessário analisar o posicionamento dos especialistas do processo penal e seus argumentos.

## DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

A partir da promulgação da Lei Anticrime, trazendo o juiz de garantias ao ordenamento jurídico brasileiro, muitos estudiosos do direito processual penal começaram a expor o seu posicionamento quanto a esta inovação, muitos a favor e muitos discordando, discussões essas que só devem ser cessadas após um posicionamento da jurisprudência.

Analisando a inovação trazida pelo pacote anticrime, o juiz das garantias, o ministro do STF Luiz Fux nas ADIs 6298, 6299, 6300, 6305, bem expôs que:

(...) a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida (...) Quanto ao primeiro grupo, percebe-se que os dispositivos que instituíram o juiz de garantias violaram diretamente os artigos 169 e 99 da Constituição, na medida em que o primeiro dispositivo exige prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, e o segundo garante autonomia orçamentária ao Poder Judiciário. Sem que seja necessário repetir os elementos fáticos aqui já mencionados, é inegável que a implementação do juízo das garantias causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, o necessário incremento dos sistemas processuais e das soluções de

tecnologia da informação correlatas, as reestruturações e as redistribuições de recursos humanos e materiais, entre outras possibilidades. Todas essas mudanças implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados. (...) em suma, concorde-se ou não com a adequação do juiz das garantias ao sistema processual brasileiro, o fato é que a criação de novos direitos e de novas políticas públicas gera custos ao Estado, os quais devem ser discutidos e sopesados pelo Poder Legislativo, considerados outros interesses e prioridades também salvaguardados pela Constituição. Nesse sentido, não cabe ao Poder Judiciário definir qual a prioridade deve ser mais bem contemplada com o uso do dinheiro arrecadado por meio dos tributos pagos pelos cidadãos – por exemplo, se a implantação do juiz das garantias ou a construção de mais escolas, hospitais, ou projetos de ressocialização para presos. Afinal, esse ônus recai sobre os poderes Legislativos e Executivo. No entanto, por estrita aplicação da regra constitucional do artigo 113 da ADCT – aprovada pelo próprio Poder Legislativo – compete ao Judiciário observar se os requisitos para concretização dos interesses que o legislador preferiu proteger obedeceram às formalidades exigidas, especialmente quanto ao estudo de impacto orçamentário. (Grifos não constam no original). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 6298 DF, Processo nº 0035984-92.2019.1.00.0000, Relator Ministro Luiz Fux, Julgamento: 22/01/2020, DJe 03/02/2020)

Nessa toada, Vladimir de Passos Freitas, jurista e magistrado brasileiro, lecionou da seguinte forma:

Nas comarcas de uma Vara, não será simples a vinda de um juiz de outra comarca. Imaginemos Boca do Acre, Estado do Amazonas, a 1.028 km de Manaus, 4 dias e 10 hs de barco. A comarca mais próxima é Lábrea e “O tempo estimado do percurso da viagem entre as duas cidades é de aproximadamente 21h41min”. Não será muito simples o juiz de uma ir até a outra para atuar como juiz de garantias. E poucos brasileiros sabem que em muitos locais da Amazônia não há internet e, portanto, processo eletrônico. Mas os reflexos podem ser igualmente nocivos em outros locais. No Sudeste, o estado de Minas Gerais possui 176 comarcas com uma vara única. Isto significa que um colega de outra comarca terá que ser convocado para ser o juiz de garantias. Isto significa idas e vindas de sério impacto financeiro, com viagens de policiais ou servidores da Justiça. E quando este segundo juiz sair de sua comarca os seus processos param. Há mais. Nos Tribunais há centenas de cargos vagos, seja porque nunca se aprova no número correspondente às vagas, seja porque o Tribunal não dispõe de previsão orçamentária para pagamento. Só na Bahia há 493 cargos vagos de magistrado. Ainda. Há centenas de juízes afastados da jurisdição, prestando serviços nos Tribunais Superiores, direção do foro, associações de classe, escolas da magistratura ou em gozo de licença médica. Mas o problema não é diferente onde há duas varas. Começa que tendo os juízes 2 meses de férias por ano, durante 4 meses só haverá 1 juiz e outro deverá vir de fora. Mas, quando estão os dois, em muitos casos 1 atua no cível e outro no crime (v.g., Rio Negrinho, SC). Na nova sistemática o magistrado do cível será juiz de garantias, área que não faz parte de sua realidade e que exigirá novos estudos. No momento em que estiver a tratar de pedidos criminais, evidentemente não terá tempo de tratar dos casos do cível. Perda na produtividade com certeza e prejuízo às partes. (FREITAS, 2019)

O posicionamento adotado pelo Professor Freitas traz a atenção para as dificuldades logísticas que seriam impostas conjuntamente ao dever de magistrados de comarcas vizinhas terem de visitar regularmente comarcas de um só juiz, e o severo aumento nos gastos com diárias, transporte e outras despesas inerentes à locomoção.

Não obstante, ainda são ressaltados pelo Autor outros problemas como a evidente ausência de funcionalismo público suficiente para suprimento da demanda criada com o Juiz de Garantias, o que é verificável, por exemplo, da grande vacância de cargos públicos para juízes em diversos dos estados brasileiros.

O Autor destaca ainda que mesmo que os juízes já investidos exerçam as funções, supondo que a quantidade de juízes existentes supra a demanda do juiz de garantias, ainda assim haveriam problemas no tocante à celeridade processual, visto que ao se deslocarem para visitar comarcas vizinhas, os juízes já sobrecarregados de demandas acumulariam ainda mais respon-

sabilidades, engessando o trâmite dos demais processos judiciais.

Esses e outros óbices relativos à efetivação do instituto do Juiz das Garantias o torna, na visão de parte da doutrina, prática inviável no sistema judiciário brasileiro, diante de princípios como o da reserva do possível, em que se compreende que não existem recursos ilimitados para arcar com todas as necessidades humanas.

Entretanto, tal posicionamento não é único, havendo parte da doutrina que argumenta em prol da implementação do instituto, e que eventuais empecilhos de cunho financeiro não devem obstaculizar a sua execução.

Fabiano Augusto Martins Silveira, jurista brasileiro e ex-ministro da transparência, fiscalização e controle, ainda quando a matéria foi posta em discussão no congresso em meados de 2009, já posicionava-se da seguinte maneira:

Sendo previsível que a escassez de recursos humanos no Poder Judiciário opõe barreiras à execução da proposta, a pergunta é se devemos renunciar ao salto de qualidade que representa o juiz das garantias, simplesmente qualificando o projeto de inexecutável e ponto final. Receamos que essa postura tende a ser assumida por aqueles que, sem dizê-lo frontalmente, não se sentem entusiasmados nem convencidos da necessidade de mudança. Daí que o debate pode tomar um caminho sinuoso, onde posições contrárias ou céticas em relação ao juiz das garantias se escondem no argumento da inviabilidade material, sem aprofundá-lo. (SILVEIRA, 2009)

Para o Doutrinador, a existência de óbices de ordem financeira não constitui fundamento idôneo para rejeição liminar do então projeto que visava instituir o juiz de garantias, posto que, para ele, o não aprofundamento do argumento da inviabilidade material, com a análise técnica e a discussão de soluções levaria o debate a meras posições pessoais.

O posicionamento pela implementação do instituto do Juiz de Garantias leva em conta o aspecto da importância e da necessidade de uma eficiente fiscalização da efetivação dos direitos dos investigados/acusados em processo de ordem criminal, e prima-se por conferir mais ênfase à defendida necessidade do instituto, do que aos aspectos materiais que envolvem sua implementação.

De igual modo, Luiz Flavio Gomes, ex-deputado federal e ex-juiz de direito, é a favor da implantação do juiz de garantias, tomando partido da seguinte forma:

Ainda que haja dificuldade para a implementação dessa novidade, todo esforço deve ser feito para que ela se concretize irrestrita e prontamente em todo país. Claro que alguns tribunais alegarão razões orçamentárias para não se implantar o juiz das garantias, mas quem acha que isso representa um alto custo é porque ainda não parou para quantificar o prejuízo que vem causando o sistema atual, que tem dado ensejo a muitos e exorbitantes abusos (que geram nulidades), sem contar o desprestígio para a própria justiça criminal (que é posto em relevo pela mídia, influenciando a percepção negativa da população quanto ao funcionamento da Justiça). Nada disso, evidentemente, contribui para o aprimoramento do nosso Estado constitucional e humanista de direito, fundado na legalidade, constitucionalidade e convencionalidade do seu ordenamento jurídico. (CHILE, 2000)

Ademais, o ministro do STF Dias Toffoli, quando ao analisar as ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 em plantão judicial, reconheceu a importância do instituto do juiz das garantias, todavia acrescentou o seguinte:

(...) O que ocorrerá, na prática, é uma adequação da estrutura já existente em todo o país para que as funções de juiz de garantias e de juiz responsável pela instrução e pelo julgamento não recaiam mais sobre a mesma pessoa, garantindo-se a efetividade da norma

de impedimento contida no caput do art. 3º-D. Ademais, segundo consta do Relatório do Conselho Nacional de Justiça referido acima, 59% das comarcas e subseções judiciárias do país atuam como juízos únicos – ou seja, como varas com competência genérica, cabendo-lhes também julgar e processar feitos criminais. No entanto, em 2018, apenas 19% delas atuou com um único juiz durante todo o ano de 2018, sem qualquer sistema de substituição (foram descontados os períodos de atividade inferiores a 60 dias, a fim de evitar o cômputo das substituições automáticas que ocorrem em razão de férias). Ou seja, em 81% das unidades judiciárias, registrou-se a atuação, no decorrer de 2018, de dois ou mais juízes. Além disso, o relatório também demonstrou que essas comarcas de juízo único recebem 10% dos processos criminais e 13% dos procedimentos investigatórios de todo país. Esses dados demonstram que, diferentemente do que sugerem os autores das ações, o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia (...)

Ante o analisado, percebe-se que, em que pese reconhecerem a importância do instituto, uma das críticas citadas por grande parte dos doutrinadores é no que tange aos aspectos financeiros, em razão do que deve ser analisado se comarcas pequenas, no caso do presente estudo, se a comarca de Araguatins do Tocantins possui condições financeiras para arcar com os custos oriundos dessa adesão ao juiz das garantias.

## COMARCA DE ARAGUATINS E SUA ESTRUTURA

Preliminarmente, deve-se pôr em pauta os dados do Tribunal de Justiça do Tocantins (TJTO), expondo a quantidade de comarcas, juízes, bem como a remuneração desses.

Conforme informações institucionais disponibilizadas pela Corte Estadual em seu sítio eletrônico, o sistema judicial do Estado do Tocantins possui 31 (trinta e uma) comarcas instaladas. (TOCANTINS, 2023)

Além disso, segundo o portal da transparência do referido órgão, até o mês de março de 2023, existiam em atividade 115 (cento e quinze) magistrados sendo que destes, 12 são desembargadores, 87 são juízes de 3ª entrância, 12 de 2ª entrância e 4 de 1ª entrância.

Importante frisar que a diferenciação dos cargos de juízes por porte da comarca (entrâncias) é importante pois impactam de forma diferente financeiramente ao Ente que suporta as despesas.

Ademais, faz-se necessário salientar que o gasto mensal de um magistrado é variável, uma vez que sua remuneração irá variar de acordo com sua produtividade, passagens, diárias e entre outras despesas. À luz dessa observação, outro ponto que interfere na remuneração do magistrado é local de sua atuação, tendo em vista que quanto maior o grau de entrância, maior será o subsídio daquele juiz (GALDINO; BERNADES, 2021).

Nessa linha, segundo dados fornecidos pelo portal da transparência do site do TJTO, um desembargador possui remuneração de R\$ 35.462,28 (trinta e cinco mil quatrocentos e sessenta e dois reais e vinte e oito centavos); um juiz de 3ª entrância recebe um subsídio de R\$ 33.689,16 (trinta e três mil seiscentos e oitenta e nove reais e dezesseis centavos); um magistrado de 2ª entrância tem subsídio de 32.004,70 (trinta e dois mil e quatro reais e setenta centavos) e um juiz de 1ª entrância possui um salário de 30.404,47 (trinta mil quatrocentos e quatro reais e quarenta e sete centavos). (TOCANTINS, 2023).

Vejamos tabela remuneratória fornecida no referido sítio eletrônico:

**Figura 1 - Tabela de Remuneração dos Magistrados (TJTO)**

Referência: Março/2023					
Cargo	Valor Subsídio	Gratificação pelo exercício na Justiça Eleitoral			Tipo
		TSE	TRE	1ª Instância	
DES - DESEMBARGADOR	R\$ 35.462,00				Magistrado
JUZ1 - JUIZ DE DIREITO DE 1ª ENTRÂNCIA	R\$ 30.404,00				Magistrado
JUZ2 - JUIZ DE DIREITO DE 2ª ENTRÂNCIA	R\$ 32.005,00				Magistrado
JUZ3 - JUIZ DE DIREITO DE 3ª ENTRÂNCIA	R\$ 33.689,00				Magistrado
JUZS - JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO	R\$ 28.884,00				Magistrado

Da análise dos valores acima demonstrados, e por simples cálculos aritméticos, é possível verificar que levando em conta salários brutos, gratificação natalina e adicional de férias, somente os magistrados custam ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins a cifra anual aproximada de R\$ 51.482.632,80 (cinquenta e um milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil, seiscentos e trinta e dois reais e oitenta centavos), isso sem considerar diversas verbas acessórias a título de auxílios, bonificações, dentre outras.

Ademais, após um cálculo matemático simples, concluímos que a despesa média mensal do TJTO com magistrados é de R\$ 3.862.163,00 (três milhões, oitocentos e sessenta e dois mil, cento e sessenta e três reais), ressaltando-se que tal gasto não está levando em consideração os benefícios e gratificações inerentes ao cargo de magistrado, bem como as despesas com os demais servidores do órgão judicial.

Partindo para a análise da comarca de Araguatins, consoante informações do site do TJTO, a referida comarca possui apenas uma Vara Criminal, uma Vara Cível, um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) e uma Vara da Família, Sucessões, Infância e Juventude, atuando apenas dois magistrados, sendo que desses um atua na vara criminal e o segundo nas demais varas. (TOCANTINS, 2023).

Além do mais, a comarca de Araguatins, segundo informações do link supracitado, responde ainda por três distritos, sendo esses: Buriti do Tocantins, São Bento do Tocantins e Natal.

Faz-se necessário salientar que, conforme o quadro de lotação do mês de setembro de 2022, disponibilizado no portal da transparência do site do TJTO, a vara criminal de Araguatins conta com apenas cinco servidores, e se contarmos com o magistrado dessa vara, teremos então seis servidores em atuação, sendo que desses, dois foram cedidos ao TJTO.

É nesse cenário que se faz mister analisar a Lei Orçamentária Anual do Estado do Tocantins para o ano de 2023.

O orçamento do Estado do Tocantins para 2023 é regrado pelas disposições da Lei Estadual nº 4.078/22 de 27 de dezembro de 2022. Referida lei prevê em seu art. 2º a arrecadação/receita do Estado em R\$ 12.883.810.476,00 (doze bilhões, oitocentos e oitenta e três milhões, oitocentos e dez mil quatrocentos e setenta e seis reais) para o ano de 2023, e como despesa, para o mesmo ano, prevê o gasto integral da receita prevista.

No tocante ao Poder Judiciário Estadual, a referida Lei estipula a destinação de R\$ 806.651.550,00 (oitocentos e seis milhões, seiscentos e cinquenta e um mil, quinhentos e cinquenta reais). (TOCANTINS, 2022)

Ocorre que da referida receita, somente a cifra de R\$ 685.295.131,00 (seiscentos e oitenta e cinco milhões, duzentos e noventa e cinco mil, cento e trinta e um reais) para o Tribunal de Justiça, sendo que desta receita, é destinada somente para despesas com pessoal e encargos sociais o montante de R\$ 572.811.611 (quinhentos e setenta e dois milhões, oitocentos e onze mil, seiscentos e onze reais).

Percebe-se por simples operação matemática que mais de 83% (oitenta e três por cento) da despesa do Tribunal de Justiça está destinada ao pagamento de pessoal.

Contextualizando tais informações ao bojo do presente trabalho surge o questionamento: a implantação do juiz de garantias no Estado do Tocantins, e por consequência na comarca de Araguatins/TO, nos moldes da vigente regra orçamentária, é viável economicamente?

Ao analisar o percentual altíssimo que os gastos com pessoal representam na totalidade das despesas do Poder Judiciário Tocantinense, e, aliado a isso, ao estudar as diversas demandas da atuação profissional dos magistrados e auxiliares, é possível conceber que os gastos com pessoal subiriam exponencialmente, tanto pela necessidade de contratação de mais profissionais, quanto pela previsibilidade de diversos outros gastos inerentes ao exercício da atividade do Juiz de Garantias.

Como visto acima, para suprimento da demanda fiscalizatória instaurada pelo projeto, seria necessária a contratação de vários magistrados, e possivelmente a ampliação da estrutura dos cargos aumentando significativamente o número de vagas.

Não obstante, mesmo que se utilizasse do pessoal atualmente atuante, os gastos aumentariam consideravelmente com as diversas diárias que necessitariam ser concedidas.

Essas e outras considerações demonstram que, na ótica da economicidade, a implementação do Juiz de Garantias não só na comarca de Araguatins/TO mas no Estado do Tocantins implicaria em um aumento considerável da despesa com pessoal, que já alcança percentual altíssimo no orçamento do Judiciário, e implicaria em cada vez menos investimentos em outras áreas da atividade judiciária, ou em um inchamento do Estado do Tocantins que teria que aumentar suas receitas (possivelmente onerando ainda mais o cidadão) para manter as proporções entre gastos com pessoal e demais investimentos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observado todo o exposto, entende-se que foram alcançados os objetivos específicos, uma vez que se realizou levantamento histórico da figura do Juiz de Garantias no direito comparado, contextualizando o instituto através de concepções normativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

Além disso, foram apresentados os principais aspectos do instituto e a situação jurídica da sua implementação, estando demonstrada a suspensão das regras instituídas, por decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Também houve investigação acerca do orçamento do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, demonstrando-se através de análise detalhada da legislação orçamentária estadual que atualmente grande parte do orçamento da Corte está destinada ao pagamento de pessoal,

e que o aumento de gastos, seja com mais contratações, seja com as despesas alusivas às diárias e demais gastos necessários à efetivação da atividade do Juiz de Garantias poderiam ser gravosos às contas públicas.

Pôde-se analisar também sob a ótica da economicidade, os efeitos decorrentes de eventual incorporação do Juiz das Garantias no sistema judiciário do Estado do Tocantins, descobrindo-se que no aspecto financeiro, seria de difícil implementação de modo sustentável, sem ferir gravemente as contas públicas.

Dessa forma, e respondendo ao questionamento motriz do presente trabalho, o Poder Judiciário Tocantinense não dispõe de pessoal efetivo suficiente para execução dos trabalhos inerentes ao instituto do Juiz de Garantias sem afetar seriamente o desempenho dos serviços judiciais, bem como, não dispõe de orçamento suficiente para a implementação sustentável do Juiz das Garantias.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Relator: Min. Luís Fux. DF: Brasília, 10 jan. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6298/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 15/01/2020. Portal STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Juizdasgarantias.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2022.

FEDERAL, Brasil Supremo Tribunal. Ministro Dias Toffoli [recurso eletrônico]: homenagem pela passagem do 10º aniversário de investidura do Ministro Dias Toffoli no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal: sessão realizada em 23 de outubro de 2019. 2020.

CATARINO, B. G.; DRESCH, M. F. L. Análise do instituto do juiz de garantias na perspectiva do direito comparado. Monografia (bacharelado em direito) - Centro Universitário Curitiba. Curitiba, p. 17, 2021.

ESTADO DO TOCANTINS. Lei Estadual nº 4.078, de 27 de dezembro de 2022. Estima a receita e fixa a despesa do Estado do Tocantins para o exercício de 2023. Palmas, TO, 27 dez. 2022. Disponível em: <https://central.to.gov.br/download/314889>. Acesso em: 18 abr. 2023.

FERREIRA, Maira Vêris Dellai. O Ministério Público e a legitimidade para investigar. Boletim Científico Escola Superior Do Ministério Público Da União, (27), 149–181. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/view/269>. Acesso em: 05 nov. 2022.

FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça. Conjur, 29 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes->

juizgarantias-justica. Acesso em: 12 out. 2022.

GALDINO, V.P.; BERNARDES, W.M.O. O juiz de garantias e sua aplicabilidade na estrutura jurisdicional vigente. 19 F. Monografia (graduação em direito) - Universidade UNA da Instituição de Ensino Superior da rede Ânima Educação, 2021.

LIMA, Walter Alves. A figura do juiz das garantias no contexto internacional e nacional. Revista Jus Navigandi, 18 jan. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95989/a-figura-do-juiz-das-garantias-no-contexto-internacional-e-nacional>. Acesso em: 04 nov. 2022.

OLIVEIRA, F. B. Juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 1, p. 157-174, 2020. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d424/691a1845e923fe6e29d7d196cf5ded19733a.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2022.

ADDISON, John T.; PORTUGAL, Pedro. The effect of advance notification of plant closings on unemployment. ILR Review, v. 41, n. 1, p. 3-16, 1987.

SILVA, Larissa Marila Serrano da Silva. A construção do juiz das garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória. 118 F. Dissertação (pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. Revista de informação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 183, p. 77-93, jul. /set.2009, p. 92.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Estado do Tocantins. CONSULTA POR COMARCA. 2023. Disponível em: <https://corregedoria.tjto.jus.br/cidadao/comarcas>, acesso em: 18 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Estado do Tocantins. Relação das Comarcas do Estado do Tocantins. 2023. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/gwebcorregedoria/Report/VisualizarRelComarca.aspx>. Acesso em: 18 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Estado do Tocantins. QUANTITATIVO DE CARGOS E FUNÇÕES - MEMBROS DA MAGISTRATURA (ANEXO IV-E - RES. 102 DO CNJ). 2023. Disponível em: [https://gestaodepessoas.tjto.jus.br/site/transparencia/quant\\_cargo\\_funcao\\_magistrados](https://gestaodepessoas.tjto.jus.br/site/transparencia/quant_cargo_funcao_magistrados). Acesso em: 18 abr. 2023.



**Acordo extrajudicial trabalhista e o  
princípio da proteção**

**Out-of-court labor agreement and the  
principle of protection**

---

David Leandro da Costa

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.14

## RESUMO

Este estudo científico é resultado de um estudo sobre a aplicação dos princípios da proteção e da não renúncia dos direitos trabalhistas à rescisão extrajudicial dos contratos individuais de trabalho, novidade da reforma trabalhista. Os métodos utilizados incluem uma revisão bibliográfica dos principais autores de livros e artigos sobre o tema, análise de documentos e, finalmente, uma avaliação da jurisprudência atual relevante. Assim, um exame minucioso de casos específicos se faz necessário para equilibrar o princípio da voluntariedade com a proteção de trabalhadores vulneráveis. Por meio do princípio de cooperação, as partes interessadas facilitarão a aprovação dos magistrados ao apresentar pedidos de acordos transparentes e claros ao judiciário. Sendo então o magistrado fundamentalmente livre para aprovar ou reprová-lo, deve bloquear a homologação daqueles que causem inegáveis prejuízos ao empregado, visando equilibrar a busca pela celeridade do processo, sem quaisquer contratempus.

**Palavras-chave:** direito do trabalho. reforma trabalhista. acordo extrajudicial. princípio da proteção.

## ABSTRACT

This scientific study is the result of a study on the application of the principles of protection and non-waiver of labor rights to the out-of-court termination of individual employment contracts, a novelty of the labor reform. The methods used include a literature review of the main authors of books and articles on the subject, document analysis, and finally an evaluation of relevant current case law. Thus, a close examination of specific cases is necessary to balance the voluntariness principle with the protection of vulnerable workers. Through the principle of cooperation, the interested parties will facilitate the magistrates' approval by submitting transparent and clear settlement requests to the judiciary. Being then the magistrate fundamentally free to approve or disapprove the agreement, he must block the homologation of those that cause undeniable damage to the employee, aiming to balance the search for the celerity of the process, without any setbacks.

**Keywords:** labor law. labor reform. extrajudicial agreement. principle of protection.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema central o acordo extrajudicial trabalhista, advindo da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista.

Disposições foram adicionadas à Consolidação das Leis do Trabalho para prever a homologação de acordos extrajudiciais dispostos nos artigos 855-B a 855-E da CLT, especificando requisitos e introduzindo procedimentos. No entanto, vale lembrar que a principal função do direito do trabalho é permitir que a relação entre empregador e empregado se desenvolva da maneira mais justa possível, equilibrar direitos e deveres e proteger o proletariado de obedecer à vontade do patrão. Para tanto, foram criados princípios protetivos para nortear essa associação. Dentre eles, destaca-se o princípio da proteção e a não renúncia aos direitos trabalhistas.

Nesse sentido, o estudo é relevante porque se propõe a analisar a autoridade da voluntária no campo do trabalho, comparando a legislação anterior com a legislação reformada, que deixou a maioria das decisões para o Estado, com foco na função primária do direito trabalhista. O objetivo central é, portanto, coletar dados sobre como a legislação reformada tem sido utilizada no campo por meio da doutrina e da jurisprudência. período de validade inicial.

Além disso, traz à tona uma discussão sobre a constitucionalidade do reconhecimento extrajudicial, uma vez que os juízes estariam vinculados a decisões superiores por todas as partes. A questão, portanto, é se há autonomia partidária sem revogação de direitos adquiridos historicamente. Os métodos utilizados incluem uma revisão bibliográfica, análise de documentos e, por fim, avalia-se a jurisprudência existente relevante.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **Direito do trabalho e os princípios da proteção e da irrenunciabilidade**

Esses princípios são fundamentais para preencher lacunas jurídicas, sejam elas expressas ou implícitas no ordenamento jurídico.

Para Barros (2017, p. 122), esses princípios “têm a função normativa de informar os legisladores, orientar os juízes em suas atividades interpretativas e, em última instância, integrar o direito”. A Constituição Federal de 1988 tem como foco o princípio da garantia dos direitos fundamentais do cidadão, tendo como elemento o princípio da autoridade da pessoa humana, estabelecendo um amplo rol de direitos envolvendo tanto trabalhadores quanto empregadores. O Capítulo II do Título II da CF/88 refere-se aos artigos 6º a 11, contendo os chamados direitos sociais. Os direitos sociais envolvem a noção de mínimo de subsistência, “expressando um conjunto de condições materiais básicas e fundamentais, cuja existência é condição da reserva de qualquer ser humano” (BARROSO, 2015, p. 214). Por causa dessa disposição constitucional, nenhuma lei abaixo dela pode suprimir todos os direitos garantidos.

Os princípios orientadores do direito do trabalho visam, portanto, normas conforme disposições constitucionais para manter certo equilíbrio e proporcionalidade na relação empregado-empregador. Portanto, os juízes devem respeitá-los em decisões jurisdicionais contestadas ou intencionadas.

No direito do trabalho, destacam-se os princípios da proteção e da não renúncia (ou indisponibilidade).

Como explica Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 171), “as leis trabalhistas tendem a proteger os menos favorecidos de fugir de seus direitos trabalhistas”, então os dois princípios são relevantes.

#### **Princípio da proteção**

Conforme entendimento avançado do jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez (2000), e largamente aceito na doutrina brasileira, o princípio da proteção é composto por três subprincípios. eles são:

a) A regra segundo o *in dubio pro operario*. o critério que um juiz ou intérprete deve usar para escolher entre vários significados possíveis de uma norma deve ser aquele que é mais benéfico ao trabalhador; b) a regra da norma mais favorável determina que se mais de uma norma se aplicar, a mais favorável deve ser escolhida, mesmo que não atenda aos critérios clássicos da hierarquia canônica; c) a regra de condição mais favorável. A aplicação de novas normas trabalhistas nunca deve reduzir o padrão de condições mais favoráveis em que os trabalhadores se encontram. (RODRIGUEZ, 2000, p. 45).

O conteúdo e a aplicação prática do princípio da proteção são a essência do direito do trabalho. Diante da indiscutível inadequação e vulnerabilidade dos trabalhadores perante seus empregadores, a lei e a doutrina buscam reduzir as desigualdades nessa relação jurídica, criando um pretexto para alcançar a tão sonhada equidade.

Damasco latino *in dubio pro operario* (ou mísero) parafraseado como “em caso de dúvida, para o trabalhador”. É, portanto, um órgão que orienta os intérpretes das normas a estar sempre ao lado dos tratados diante de questionamentos e visões divergentes.

Para que o princípio se aplique, são essenciais “dúvidas razoáveis sobre o alcance das normas jurídicas” e não “discordância da vontade expressa do legislador” (CASSAR, 2018, p. 187).

Tais reivindicações são cumulativas e dentro do escopo de não extrapolação da hermenêutica. Discutir na doutrina se os princípios acima devem ser utilizados na elaboração de leis, como inspiração para os legisladores ou na interpretação da lei processual, para apreciar provas fáticas, ou mesmo em ambas as hipóteses (CASSAR, 2018, p. 185-186).

Para Delgado (2018, p. 247), os princípios acima “tornam-se supérfluos e, portanto, inúteis”. Ou seja, para os referidos doutrinadores, a interpretação do direito por meio dessa norma já adotou o princípio normativo mais favorável, o qual é utilizado para avaliar a necessidade de prova que usurpará o ônus da prova do estipulado no processo sistema. No entanto, para manter a objetividade, ou seja, com vistas à proteção do proletariado, as diferentes interpretações doutrinárias são apenas relacionadas Para fins pedagógicos, utiliza-se a compreensão dos clássicos de Américo Plá Rodriguez.

Segue-se um segundo subprincípio de proteção, o princípio da norma mais favorável, que trata da escolha da norma mais favorável ao trabalhador quando há conflito entre normas cumpridas a determinado caso No que diz respeito às normas autônomas desenvolvidas por meio de acordos e convenções, existem algumas teorias para ajudar a comparar e selecionar as normas mais aceitas (CASSAR, 2018, p. 181; BARROS, 2017, p. 123).

São eles: o atomismo, que retira o benefício de cada uma das normas conflitantes e as combina em uma só; a teoria da agregação, que “foca as normas como um todo, respeitando seus conjuntos” (CASSAR, 2018, p. 181); a teoria analisa os benefícios de cada uma, comparando-os com o objetivo de escolher o melhor entre eles. Sobre os conflitos envolvendo normas heterônomas imprescindíveis por vincularem a participação estatal, Vólia Bomfim Cassar afirma que “o atomístico deve ser aplicado porque as teorias da fusão e da intermediação ignoram uma das normas heterônomas ou parte dela em detrimento do Outro” (2018, p.181).

Essa doutrina afirma que a doutrina adotada pela legislação brasileira é conjuntiva (DELGADO, 2018, p. 234; BARROS, 2017, p. 123).

[...] o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito (teoria do conglobamento). (DELGADO, 2018, p. 234).

O último subprincípio da proteção, a condição mais favorável, “estabelece que toda situação mais favorável em que o empregado se encontre habitualmente prevalecerá sobre a anterior, seja decorrente de leis, contratos, regulamentos internos ou normas coletivas” (CASSAR, 2018, p. 173).

Trata-se, portanto, da proteção dos direitos conferidos e incorporados ao rendimento do trabalhador, atendendo aos direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI, da CRFB) e ao princípio da irrevogabilidade dos contratos (art. 468, da CLT) e da irredutibilidade dos conflitos.

Em síntese, para Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 174), as condições mais estabelecidas possuem quatro elementos básicos que são:

a) Condição mais favorável ao trabalhador que a legal ou a contratual; b) Habitualidade na concessão da benesse, salvo quando o benefício for concedido de forma expressa (oral ou escrito); c) Concessão voluntária e incondicional; d) Não haver impedimento legal para sua incorporação ao contrato.

Tomado em conjunto, o princípio da proteção parece ter a intenção de abranger todos os aspectos das relações de trabalho, desde a elaboração de leis até a passagem de interpretação de casos específicos até as regras e regulamentos promulgados pela Lei do Trabalho. O escopo da empresa, ou seja, em locomotivas.

### **Princípio da irrenunciabilidade ou de indisponibilidade**

O princípio da não renúncia busca defender os direitos mínimos inerentes aos trabalhadores e impedir que eles obtenham essas proteções e vantagens no sistema jurídico e nos contratos com os empregadores. Assim, impõem-se limites aos extremos dessa relação, uma vez que o caráter público do direito do trabalho pode interferir na formulação das cláusulas que regem esse contrato. Ou seja, empregados e empregadores são livres para negociar, desde que não ultrapassem o alcance das garantias constitucionais (como o disposto no art. 7º da CRFB).

Para Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 208):

Como regra geral, os empregados não podem renunciar ou negociar, expressa ou implicitamente, seus direitos trabalhistas antes da contratação, durante a vigência do contrato ou após o término do contrato. Essa barreira se baseia na natureza das normas trabalhistas, que são de ordem pública, vinculantes, obrigatórias e, portanto, irrevogáveis e inegociáveis pelos empregados.

Diante desse conceito, é necessário esclarecer as definições de abandono e transação. Desistir é o mesmo que recusar, desistir, negar algo ou alguma coisa. Esta escolha é presumivelmente um ato unilateral. Uma transação é entendida como um ato bilateral, o mesmo que um acordo, ajuste, negócio e contrato.

Utilizando os dois conceitos no âmbito do direito trabalhista tem-se que “o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato a esse despojamento” (DELGADO, 2018, p. 251). As transações são possíveis apenas quando o objeto é “direitos de propriedade privada do trabalho”, ou seja, disponível (CASSAR, 2018, p. 209).

Para Delgado (2018, p. 251-252), a indisponibilidade deve ser classificada como absoluta ou relativa, absoluta quando “merece proteção no plano do interesse público”, e absoluta quando se trata de “direitos protegidos por regras de interesse abstrato” é relativo”. Além disso, no caso absoluto, a nulidade será julgada imediatamente, enquanto no caso relativo caberá ao trabalhador o ônus de provar que a transação foi ilegal. Esse entendimento não é universal, pois para Vólia Bomfim Cassar, “considerando que a norma dos direitos indisponíveis é sempre absoluta” (2018, p. 213).

O princípio da irrevogabilidade mostra-se assim indispensável nas relações laborais, tal como existe em áreas constitucionais e infraconstitucionais como os arts. O artigo 444 da CLT estabelece que a livre negociação entre as partes não deve ofender como “disposições de proteção ao trabalho”.

## **Acordo extrajudicial na reforma trabalhista**

A Lei nº 13.467, aprovada em julho de 2017, também conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e outras leis esparsas para satisfazer a legislação às chamadas novas relações trabalhistas. Dentre essas modificações, a liquidação de contratos individuais de trabalho adquire novas visões e mais autonomia entre os maiores interessados ao estabelecer a possibilidade de reconhecimento de acordos extrajudiciais.

Anteriormente, poderiam ser discutidos acordos trabalhistas extrajudiciais (CAIRO JR., 2015), com a ressalva de que tais exigências visam apenas ao cumprimento de valores que ambas as partes consideram estar em litígio. Os trabalhadores que sabem que têm outros direitos também devem processar. Com isso, os processos judiciais são inevitáveis, e diversas demandas proliferam na Justiça do Trabalho para todas as partes do país. Segundo os legisladores, novos acordos extralegais acabarão com esse impasse, pois serão ratificados e exequíveis (LEI n. 13.467, 2017).

A Justiça do Trabalho não aprova acordos extrajudiciais por falta de padronização. A jurisprudência ilustra essa afirmação, com a rejeição baseada na falta de regulamentação do art. Artigo 114 da Constituição Federal.

Justiça do Trabalho. acordo de ratificação Extrajudicial. impossível. Os tribunais do trabalho, previstos no art. O artigo 114 da Constituição Federal consagra o direito de mediar e julgar disputas de particulares, ou melhor, disputas autorizadas em disputas, sendo, portanto, inapropriado para o reconhecimento de acordos extrajudiciais. Recurso negado. TRT - 2 - Descarte 1000610-62.2016.5.02.0016. Relator PAULO EDUARDO VIEIRA DE Oliveira. Categoria III – Presidente 4. Data de publicação: 13 de junho de 2017.

Ressalte-se que o magistrado não era obrigado a homologar o acordo. Os juízes estaduais não são obrigados a aprovar um acordo se o considerarem ilegal após análise dos termos que o compõem.

A partir da análise da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) reformada, é possível verificar a inclusão de dispositivos normativos do instituto. Ao artigo 652.º foi acrescentada a alínea “f” que estabelece que cabe ao Tribunal do Trabalho “determinar a homologação de acordos extrajudiciais de competência do Tribunal do Trabalho”. Além disso, foi acrescentado o Capítulo III-A, referente às Seções 855-B a 855-E que tratam da homologação de acordos extrajudiciais.

O artigo 855-B estabelece os requisitos básicos para aprovação. São eles: a) o processo

será instaurado por petição conjunta e ambas as partes obrigatórias ter procuradores; b) é impossível que ambas as partes tenham o mesmo empregador; c) um advogado sindical vinculado com opção de escolha do trabalhador ou não ser assistido por advogado.

Recebida a petição, o magistrado terá 15 (quinze) dias para analisar o acordo e deverá decidir por si mesmo se marcará a audiência e, por fim, proferirá a sentença. Uma vez protocolada a petição, o prazo prescricional relativo aos direitos conexos será suspenso e retornará logo após o trânsito em julgado da decisão de indeferimento do acordo.

### **Efeitos do acordo extrajudicial**

Como efeito inicial, a petição do acordo extrajudicial gera aos direitos ali especificados a suspensão do seu prazo prescricional, como estabelecido no art. 855- E da CLT. Logo, após o ajuizamento e distribuição do petitório, referido prazo ficará suspenso até que surja a decisão negatória da homologação pretendida (parágrafo único do citado artigo). Continuando com a intenção de esclarecer o impacto dos acordos extrajudiciais na esfera trabalhista, é instrutivo comparar as orações na esfera cível, pois suas diferenças contribuirão para uma compreensão pedagógica do tema. Na esfera cível, os acordos extrajudiciais são automaticamente eficazes desde que as partes tenham igualdade na solução dos litígios existentes. Portanto, não há barreira legal para cassar esses indivíduos, nem à aprovação judicial é uma etapa obrigatória para a integridade e eficácia da lei. Nesse caso, a referida homologação transformará o acordo em título judicial (art. 515, art. III; e art. 725, art. VIII, Código de Processo Penal).

No domínio laboral, esta equivalência não existe porque, para além de ser um direito social, existe uma clara diferença econômica entre as duas partes, sendo o bem em causa o resultado da prestação de trabalho. Portanto, “os efeitos dos acordos extralegais permanecem latentes e só podem ser liberados com a aprovação dos acordos extralegais” (BEBBER, 2017, p. 267).

É necessário informar o art. antes de especificar o impacto da ratificação ou rejeição do acordo. O artigo 855-C da CLT estabelece que a homologação de acordo extrajudicial não afeta o pagamento de verbas rescisórias e multas moratórias (artigo 477 da CLT, §§ 7º e 8º), afirmando que “o acordo não pode ser negociado com relação ao prognóstico de verba rescisória” se com atrasos, “é devido multa e deve constar no acordo” (FRUGIS; SILVA, 2018, p. 60). Portanto, aprovado ou não, o empregador não está isento de efetuar os pagamentos acima.

### **Acordo não homologado no judiciário**

Acordos que não tiveram sucesso, também tiveram lideranças importantes que devem ser esclarecidas. Uma decisão negativa de um magistrado cria o que é conhecido como coisa julgada formal. Segundo Montenegro Filho (2016, p. 557), entende-se que a coisa julgada formal:

Impede a rediscussão dos elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido) e da parte dispositiva do pronunciamento judicial no âmbito do próprio processo em que o pronunciamento é proferido, não impedindo, contudo, que o autor rediscuta essas questões em outro processo.

Em breve, as partes poderão bater à porta do Judiciário novamente para tentar ratificar outro acordo, desfazendo o vício que levou à rejeição anterior. A situação é diferente no caso de ação vencida, pois há coisa julgada substantiva “produzindo efeitos para além da relação proces-

sual, impedindo o autor de propor outra ação com base nos mesmos elementos partes, causa de pedir e pretensão”, República do Montenegro. (FILHO, 2016, p. 558).

Como no caso dos acordos de ratificação, as decisões negativas não são imediatamente definitivas e inapeláveis. Isso porque a parte pode seguir a decisão por meio de recurso ordinário (CLT, art. 895, I) e deve demonstrar que atendeu a todos os requisitos de qualificação exigidos, sendo arbitrária a decisão do magistrado.

A não homologação de acordo não contaminado por defeito insanável poderá se revelar arbitrária e atentatória à parcialidade do magistrado, por isso, por aplicação dos artigos (inclusive dispositivos que obrigam ao Juiz fundamentar suas decisões) a negativa em homologação de homologação de acordo deve ser fundamentada, não se tratando de mera discricionariedade do magistrado. (FRUGIS; SILVA, 2018, p. 61).

Diante do exposto, pode-se interpretar que havendo vícios sanadores no acordo, o magistrado deverá notificar as partes na audiência para que a resolução não chore óbice à certificação. O objetivo é agilizar todo o processo e evitar novo pedido de homologação diante de trânsito em julgado ou eventual recurso.

Ademais, caso a decisão tenha sido parcial, as partes poderão recorrer da parcela que fora negada. Veja-se:

Recurso Intermediário. Acordo extrajudicial parcialmente homologado. Pedido de Recurso Geral. só Da decisão de homologar integralmente o acordo celebrado entre as partes não cabe recurso. Isso porque não pode ser admitida a impugnabilidade de decisão limitada à vedação da manifestação da parte. Segundo o art., a ação rescisória questiona a procedência da decisão de homologar o acordo integral. 836 CLT e Art. PCC 966. A decisão de não homologar integralmente o acordo é contestada em segunda instância, seja como recurso ordinário (art. 895, inciso I, da CLT), seja como agravo de instrumento (art. procedimento. [...] TRT- 2 - Processo 1000276- 07.2018.5.02.0065, Relator MARCELO FREIRE GONÇALVES, Equipe 12 - Presidente 1. Data de publicação 09/11/2018.

Por fim, ainda que o processo seja encerrado sem resolução do mérito, “os valores já pagos extrajudicialmente, se controlados, devem ser deduzidos nas reclamações trabalhistas” (MIESSA, 2018, p. 237).

### **Acordo homologado no judiciário**

O acordo final foi o resultado esperado por ambas as partes. A decisão do magistrado produz efeitos imediatos. Dentre elas, destaca-se a quitação geral dos sinistros previstos pelos empregados em seus contratos individuais de trabalho. Por sua vez, o empregador encerrará a relação com o empregado, impedindo o “nascimento” de outra reclamação trabalhista. No entanto, a jurisprudência mostra que a utilização da súmula 330 do Tribunal Superior do Trabalho SDI-I e JO 270 determina o direito das partes de designar o negócio, sem reconhecimento de quitação geral e ilimitada. A decisão demonstra maior cautela do judiciário para evitar aprovações prejudiciais. Veja isso:

“Aprovação Judicial de Acordos Extrajudiciais. Seções 855-B a 855-E, CLT: Interessado no Acórdão do MM de 12 de dezembro de 2017, quando entrou em vigor a Lei 13.467/2017, que instituiu novo procedimento para homologação de acordos entre clientes celebrados extrajudicialmente. O requerente é devidamente representado por um advogado independente, livre de vícios de vontade em uma transação lícita. No entanto, não são permitidas quititações gerais e irrestritas por meio de acordos extrajudiciais, de modo que com base na súmula 330 do Colendo TST e OJ 270 do SDI-I do mesmo Colendo TST, o efeito do acordo deve ser limitado a títulos claramente especificados. O recurso ordinário do empregador foi negado pelo júri. “TRT-2 - Processo 1003066-18.2017.5.02.0511. Relator RICARDO VERTA Ludovice. Aula 11 - Presidente 2. Data de publicação 30/10/2018.

A decisão transitará imediatamente em julgado e não caberá recurso, uma vez que o pedido foi deferido de comum acordo e não há fundamento para oposição. Portanto, a decisão não precisa ser fundamentada detalhadamente, apenas mencionando que os requisitos legais foram atendidos (MEIRELES, 2018).

Ademais, utilizando-se de aplicações analógicas, Bebbber (2017, p. 270-271) indica outros efeitos para decisão de homologação. São eles: produção de coisa julgada material, segundo aplicação analógica do art. 831, parágrafo único, da CLT e das Súmulas do TST nº. 100 e nº. 269; e a irrecorribilidade da decisão, com base na Súmula do TST nº. 100, V, primeira parte, salvo se uma das partes for a União (art. 832, §§4º e 5º).

Esses arquivamentos análogos são pontuais, decorrentes da lógica associada à agência, uma vez que o acordo foi concebido para tornar o litígio célere.

Se a vontade das partes for reconhecida, a coisa julgada é substantiva, e a irrevogabilidade torna-se imperativa.

A jurisprudência atual confirma esse entendimento. Veja isso:

Termo de Homologação de Sentença Extrajudicial. não Pedido de Recurso Geral. Embora ainda seja tema novo e objeto de dissenso doutrinário, concordo com parte do entendimento doutrinário do art. 831, parágrafo único, também se aplica às decisões que homologam acordos extrajudiciais, inovação introduzida pela Lei 13.467/2017. Portanto, a sentença de homologação do acordo extrajudicial não questionará o recurso ordinário. Esta é uma decisão inapelável que se torna definitiva e irrecorrível após a aprovação. TRT-5 - PROCESSOS 0000040- 89.2018.5.05.0291, Origem PJE, RELATÓRIO JUIZ SUBMETIDO MARIA ELISA COSTA GONÇALVES, 5ª Turma, DJ 11/10/2018

Parte dessa doutrina (BEBBER, 2017, p. 270; FRUGIS; SILVA, 2018, p. 62) A ação de revogação de asserção pode ser utilizada para derrubar uma decisão de certificação, por aplicação análoga da súmula n. O artigo 259 do TST dispõe: “O prazo para conciliação é o previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT”.

Em vez disso, § 4º, aplica-se o disposto no art. De acordo com o artigo 966 do Código de Processo Civil, a ação anulatória seria uma forma adequada de contestar um acordo judicialmente homologado (MIESSA, 2018, p. 238; MEIRELES, 2018). Esse entendimento faz todo o sentido, pois “não é admissível a ação rescisória por não se tratar do negócio como vício revogável” (MIESSA, 2018, p. 238).

## **Controles extrajudicial e judicial do acordo extrajudicial**

O controle é geralmente entendido como qualquer “ato de controlar, dominar ou dominar algo ou alguém”<sup>9</sup>. É o ato de monitorar, verificar, determinar.

No que diz respeito ao controle das relações jurídicas, ele pode ser dividido em judicial e extrajudicial. A primeira é exercida pelo poder judiciário, representado pelos magistrados e tribunais dos estados da Federação, que utilizam as fontes do direito, interpretam-nas e adaptam-nas aos casos concretos. A segunda pode acontecer de diversas formas, por exemplo, no campo trabalhista, pelos sindicatos

Lei, costume, precedente, jurisprudência, acordo, convenção, princípio. Existem muitos exemplos de relações patrimoniais ou não monetárias sujeitas a controle de natureza discricio-

nária ou relacionada.

Um ponto central relevante para este estudo é entender quais controles judiciais e extrajudiciais estão disponíveis para serem efetivamente exercidos nas vias percorridas por acordos extrajudiciais firmados. Esses direitos são exercidos desde a sua criação, quando o Estado não está envolvido e prevalece a autonomia das partes, até chegarem às portas do judiciário para homologação.

### **Controle extrajudicial**

Controle extrajudicial, como o nome sugere, é o controle que é feito antes que o acordo chegue à esfera judicial. Existem várias maneiras de controlar e ajustar os termos do acordo mútuo. Pelo conceito do protocolo, esse controle é fundamental para prevenir futuras fraudes e/ou prejuízos.

Como dito anteriormente, a legislação assegura aos trabalhadores que a solicitação do convênio seja feita com o aval de diferentes procuradores. Este comando descartou enfaticamente a possibilidade de *jus postulandi*. *jus postulandi* entende que o trabalhador é capaz de exercer seus direitos sem a necessidade de advogado para representá-lo (MARTINS, 2009, p. 179).

A proibição não foi em vão. Ter um advogado com conhecimento técnico jurídico em direitos transacionais permitirá o controle em favor do trabalhador, uma vez que seu advogado possui o mesmo conhecimento jurídico do advogado do patrão. Haverá um equilíbrio técnico.

Outra possibilidade é o envolvimento dos sindicatos. Os sindicatos já participam consideravelmente da jurisdição voluntária por meio de comitês de pré-conciliação.

Infelizmente, muitos sindicatos foram enfraquecidos com a entrada em vigor das reformas trabalhistas. Isso porque, com a abolição da obrigatoriedade das contribuições sindicais (ou tributos sindicais - arts. 578 e 579 da CLT), houve inúmeros desligamentos. No entanto, para aqueles que permanecem vinculados, o apoio para o desenvolvimento dos termos do acordo é essencial.

O apoio extrajudicial do sindicato é importante porque negociou com o empregador e conhece as convenções e práticas coletivas. Por fim, seu conhecimento dos direitos já adquiridos pelos trabalhadores evitará possíveis contratempos na hora de personalizar acordos.

Por outro lado, no que se refere às fraudes nos contratos de trabalho, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 127 que compete ao Ministério Público “preservar a ordem jurídica, as instituições democráticas e os interesses sociais e individuais inatingíveis”, expondo que o mesmo se aplica ao Ministério Público Federal, inclusive ao Ministério Público do Trabalho (art. 128, I, b). Da interpretação das normas, a responsabilidade do MPT em denunciar fraudes trabalhistas é extraída de todo o processo desde o estabelecimento até o término da relação de trabalho. De acordo com o site da Procuradoria-Geral do MPT, cabe ao CONAFRET (Conselho Coordenador Nacional de Combate à Fraude nas Relações de Trabalho) “desenvolver uma estratégia política coordenada e integral de atuação institucional baseada nos princípios da unidade e respeito à independência funcional” para combater a fraude trabalhista. No caso 13.467/2017, tornaram-se corriqueiros os múltiplos casos de demissões fraudulentas no campo

trabalhista, onde os acordos firmados entre os interessados foram provados como legais perante o Judiciário, mas na verdade ocultam fatos como sonegação fiscal, pagamento indevido de salários etc. Conduta ilegal. Seguro desemprego, indenização não paga devida, demissão simulada, etc. de outros. Confira a jurisprudência:

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região TRT-2: 00029734120135020017 São Paulo - SP - Resumo: Comissão de Mediação Prévia. acordo fraudulento. Inválido. As operações realizadas perante a CCP só têm efeito de liberação geral se não houver vício ou eventual desvio (art. 625-E, parágrafo único), gerando efeitos de coisa julgada (art. 849, CC e art. Código Código, Art. 876). Verificou-se que a fraude ainda era evidente nas circunstâncias descritas nos autos, pois o empregador pleiteava a isenção do pagamento de diversas custas trabalhistas, inclusive verbas rescisórias, por meio de comissão de pré-conciliação. As testemunhas dos reclamantes afirmaram que a convocação dos funcionários demitidos para a CCP foi uma iniciativa da empresa, mostrando a intenção da empresa de obter demissões falsas e impedir ações trabalhistas por sonegação de cargos. Um ajuste nessas condições não se traduziria em ato jurídico perfeito, nem criaria coisa julgada na esfera trabalhista. A decisão de primeiro nível de cancelar os pseudo-“negócios” de todas as partes na frente do PCC está correta. Recurso do trabalhador aprovado. Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data do Julgamento: 13 de junho de 2017, Paineis 4, Data da Publicação: 26 de junho de 2017.

No caso da fraude rescisória exposta na jurisprudência acima, ocorrida no momento da mediação prévia, verifica-se que a autonomia conferida às partes quase compromete a insuficiência do sujeito da relação.

As consequências penais da fraude trabalhista não são revogadas e podem ser observadas em lei: Decreto n. 99.684/1990, Art. 47; Campos. 7.998/1990, artigo 25; Código Penal Brasileiro, artigos 171 e 299. Essas consequências vão desde o pagamento de multas até sentenças de prisão.

Observou-se que o MPT, por meio do CONAFRET, ajuda a evitar fraudes trabalhistas antes mesmo do término do contrato individual de trabalho, ou seja, durante a vigência do vínculo. Claramente, a CONAFRET se limita a intervir em práticas fraudulentas que levam à demissão de trabalhadores. O direito de transacionar com autonomia testamentária não entra nessa área.

## **Controle judicial**

Para homologar acordo extrajudicial, o juiz deverá, além de observar os requisitos pertinentes à homologação e ao disposto nos arts. cumprindo a pena de nulidade do contrato.

Esses requisitos estão previstos no Código Civil Brasileiro. Os prescritos no art. 104 Indica que a parte deve ter qualidade (inciso I), o objeto deve ser legal, possível, certo ou verificável (inciso II) e se está na forma prescrita em lei (inciso III). Daí a invalidade do disposto no art. 166.

Além disso, entende-se que os magistrados têm o poder discricionário de analisar acordos. No entanto, segundo Bebber (2017, p. 270), o juiz não tem poder para homologar ou reprovado acordo extrajudicial, deve recusar-se a aprová-lo “caso se mostre defeituoso, mantendo assim o cumprimento das regras de ordem pública”. Por exemplo, na jurisprudência abaixo, o magistrado recusou-se a deferir pedido de assessoria independente que não atendessem aos requisitos do art. 855-B, chefe da CLT.

Pressupostos para composição eficiente e rotineira do processo, art. 485, Quarto, o PCC, insisto em destruir o certo e o errado, por diferentes razões. (Região 4 TRT, Turma 7, 0021880-83.2017.5.04.0012 RO, 6 de setembro de 2018, Desembargador João Pedro Silvestrin - Relator).

Ainda no entendimento do autor, uma recusa injustificada seria considerada ilícita “porque negaria a proteção de interesses privados prometida por normas legais”.

Entretanto, restringir a fundamentação do magistrado à estrita legalidade obviamente excluiria a possibilidade de outras interpretações baseadas na origem jurídica. Assim, remonta ao momento em que o positivismo imobilizou o judiciário, trazendo decisões que não apresentavam qualquer característica de justiça social.

Outros autores (MIESSA, 2018, p. 232; MEIRELES, 2018) têm defendido a conduta inquisitorial do magistrado nesse procedimento, pois casos específicos podem ilustrar circunstâncias inteiramente diversas, indispensáveis para facilitar a interpretação tempestiva.

Onde o ordenamento jurídico brasileiro tem que aceitar o número de funcionários excedentes (empregados com programas de ensino superior que recebem mais do que o dobro do teto de benefício do INSS), ele não dá aos magistrados a possibilidade de “aguentar”. Um acordo “vá” desfavorável aos empregados se tornará mais uma “porta” para o fluxo de direitos trabalhistas.

Após a leitura dos três últimos parágrafos, percebe-se que a solução para a manutenção do princípio da proteção na jurisdição voluntária seria o magistrado, responsável pela assinatura do acordo. Por outro lado, para que tal verificação seja efetiva, todo o sistema judiciário deve retornar à jurisdição voluntária. Porque sim, as reclamações vão continuar chegando mesmo após a redução um ano após as reformas, conforme informou a Coordenação Estatística do TST, “2.013.241 reclamações trabalhistas foram recebidas pela Justiça do Trabalho entre janeiro de 2017 e setembro de 2017”, em comparação com o mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas”.

É real o temor de que os tribunais do trabalho sejam “órgãos meramente sancionados para rescisão de contratos de trabalho, distorcendo suas disposições constitucionais e sua principal função [a saber] julgar” (MIESSA, 2018, p. 233). Até o final deste artigo, o Tribunal Superior do Trabalho não divulgou dados sobre o número de acordos extrajudiciais homologados pelos tribunais do país. Também é importante ter dados sobre o número de audiências realizadas para esclarecer os termos do acordo. Isso porque, na audiência, o magistrado poderá tirar dúvidas sobre um dispositivo que acidentalmente não passou pelo “peneiro” da doutrina protetiva.

No que tange à marcação de audiência com objetivo de averiguar a existência de vícios, para Gentile (2018, p. 252) “a “fiscalização” deve ser feita a posteriori e não a priori”. Para a autora, caso haja “alguma fraude, algum vício de consentimento, estes deverão ser alegados e provados por quem de interesse e não presumidos pelo Judiciário”.

No entanto, esse entendimento contraria todo o sistema protecionista construído para proteger os direitos dos trabalhadores. Esta, como a negociação de um contrato civil, exclui a natureza social do contrato de trabalho, cujo objetivo é preservar os serviços da existência digna dos cidadãos a ele vinculados.

Por fim, a utilização do judiciário para aprovar acordos pode se tornar lugar-comum. Se

esse é o novo caminho da justiça brasileira, que seja feito com eficiência. Aumentar a proporção da mediação na fase de conhecimento é uma das metas traçadas pelo Conselho Nacional do Judiciário (CNJ)<sup>12</sup> para a Justiça do Trabalho de 2018. Se essa tão esperada mediação acontecer antes mesmo de as reivindicações existirem, mudanças reais ocorrerão na Justiça do Trabalho brasileira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há panaceia para resolver conflitos. Explorar as possibilidades é fundamental para encontrar a solução ideal para cada situação. Quando o assunto da negociação envolve reclamações trabalhistas, um acordo extrajudicial pode parecer assustador, mas há inegáveis benefícios para os interesses de ambas as partes.

Os anseios são muitos e de todos os lados. Empregados que, por conta das notícias sem credibilidade, acabam acreditando no fim de uma Justiça que realmente faz justiça. Empregadores que tentam a todo custo evitar os gastos com encargos trabalhistas. O Estado, que se envolve diretamente, de forma organizacional e política. E, por fim, o Poder Judiciário, que intenta se renovar e encontrar novos trilhos para diminuição dos conflitos e celeridade nas demandas que não foram evitadas.

Em meio a esse turbilhão de interesses se faz crucial a busca por uma harmonia. O princípio da cooperação, normatizado no sistema processual civil, mostra-se um belo caminho. Se as partes elaboram um acordo extrajudicial transparente, conseqüentemente não haverá desconfiança visível ao magistrado que homologou o acordo de pronto.

O objetivo é manter os direitos já conquistados pelo empregado e os minimamente assegurados na legislação, ou seja, aqueles que não podem ser renunciados nem por força da autonomia da vontade, pois constitucionalmente garantidos. Assim, uma reclamação trabalhista é evitada e o instituto ganha força. São partes de uma roda que pode girar de forma efetiva.

O princípio da proteção e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas são, de todos modos, as bases para a construção dos alicerces das relações trabalhistas, sejam quando estão em pleno vapor ou quando estão sendo findadas. A transparência nas relações trabalhistas pode, de forma positiva, levar a Justiça do Trabalho a um novo patamar, atualizando os entendimentos sem retrocessos.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho: Atualizado por José Cláudio Franco de Alencar. 11 ed. São Paulo: LTr, 2017.

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

BEBBER, J.C. Reforma trabalhista: homologação de acordo extrajudicial. In: FELICIANO, G.; TREVISIO, M.; FONTES, S. (Org.). Reforma Trabalhista: Visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial. Brasília. 1988.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 de janeiro. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial. Rio de Janeiro. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 10 de janeiro. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial. Brasília. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 de janeiro. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial. Brasília. 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: 10 de janeiro. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial. Brasília. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 12 de janeiro. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticiadestaque/-/asset\\_publisher/NGo1/content/id/24724445](http://www.tst.jus.br/noticiadestaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24724445)>. Acesso em: 10 de janeiro. 2023.

CAIRO JR., J. Curso de direito do trabalho: Direito individual e coletivo de trabalho. 10 ed. Salvador: JusPodium, 2015.

CASSAR, V. B. Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista lei 12.467/2017. 15 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2018.

CNJ. Metas nacionais para 2018 – Aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/8d31f5852c35aececd9d40f32d9\\_abe28.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/8d31f5852c35aececd9d40f32d9_abe28.pdf)>. Acesso em: 11 de janeiro. 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 19 ed. São Paulo: LTr, 2019.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS.. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro. 2023.

FRUGIS, A. C.; SILVA, M. D. M. Acordo Extrajudicial na Justiça do Trabalho. In: MARTINEZ NETO, *et al* (Coord.). Reforma trabalhista brasileira em debate. São Paulo: LTr, 2018.

GENTILE, Isabela Reimão. A Efetividade do Acordo Extrajudicial Trabalhista: Instrumentos de Segurança Jurídica aos Acordantes. In: TUPINAMBÁ, Carolina (Coord.). Soluções de Conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 29º ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 179.

MEIRELES, E. Homologação judicial de acordo extrajudicial. In: CORREIRA, Henrique; MIESSA, Élisson (Orgs.). A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: Juspodivm, 2018.

MIESSA, E. Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial. In: TUPINAMBÁ, Carolina (Coord.). Soluções de Conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos. São Paulo: LTr, 2018.

MONTENEGRO, F.M. Curso de Direito Processual Civil. 12 ed. reform. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

PORTAL MPT. Fraudes trabalhistas. Disponível em: [https://mpt.mp.br/@@search?sort\\_on=&sort\\_order=&SearchableText=fraudes&src=777&advanced\\_search=False&pt\\_toggle=%23&portal\\_type%3Alist=News+Item&portal\\_type%3Alist=documento\\_corregedoria&portal\\_type%3Alist=arquivo\\_campanha&portal\\_type%3Alist=publicacao&portal\\_type%3Alist=campanha\\_coordenadoria&portal\\_type%3Alist=pagina-3-nivel&portal\\_type%3Alist=imagem\\_galeria&portal\\_type%3Alist=File&portal\\_type%3Alist=documento\\_indicador\\_apge&portal\\_type%3Alist=Folder&portal\\_type%3Alist=Document&portal\\_type%3Alist=documento\\_ouvidoria&portal\\_type%3Alist=Image&portal\\_type%3Alist=legislacao&created.query%3Arecord%3Alist%3Adate=1970-01-02&created.range%3Arecord=min.>](https://mpt.mp.br/@@search?sort_on=&sort_order=&SearchableText=fraudes&src=777&advanced_search=False&pt_toggle=%23&portal_type%3Alist=News+Item&portal_type%3Alist=documento_corregedoria&portal_type%3Alist=arquivo_campanha&portal_type%3Alist=publicacao&portal_type%3Alist=campanha_coordenadoria&portal_type%3Alist=pagina-3-nivel&portal_type%3Alist=imagem_galeria&portal_type%3Alist=File&portal_type%3Alist=documento_indicador_apge&portal_type%3Alist=Folder&portal_type%3Alist=Document&portal_type%3Alist=documento_ouvidoria&portal_type%3Alist=Image&portal_type%3Alist=legislacao&created.query%3Arecord%3Alist%3Adate=1970-01-02&created.range%3Arecord=min.>). Acesso em: 12 de janeiro. 2023.

RODRIGUEZ, A. P. Princípios do direito do trabalho: 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.



# Uma análise do panorama atual do trabalho infantil no Brasil

## An analysis of the current scenario of child labor in Brazil

---

Amanda Silva Lima

*Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS de Augustinópolis/TO*

Gabriela Silva Tavares

*Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS de Augustinópolis/TO*

Kamila Soares Leal

*Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020), Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016), Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS. Tem experiência na área de Direito, na qual exerce a função de Advogada, e exerce à Docência no Ensino Superior desde 2015.*

Marcia da Cruz Girardi

*Doutora em Função Social na Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp/SP), Mestra em Administração pela Faculdade de Estudos Administrativos (FEAD/MG), Especialista em Docência do Ensino Superior (UEMA/MA), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (Estácio de Sá/RJ). Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Atualmente é professora em curso de Direito em Graduação e Pós-Graduação. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Privado. Advogada.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.15

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como objetivo analisar de que modo se encontra o cenário do trabalho infantil no Brasil, abordando a sua origem, as transformações ocorridas nos anos 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o panorama atual do trabalho infantil no Brasil. O trabalho infantil não é uma ocorrência recente, uma vez que tem sua ascendência desde o início da colonização do país, em que eram usadas como mão-de-obra escrava em engenhos, casas-grandes e fazendas. Atualmente, a superexploração de crianças e adolescentes ainda é uma realidade que assola a sociedade brasileira. Essa situação não é uma realidade apenas em nosso país, mas também em todo o mundo, e decorre da ausência de políticas públicas. A metodologia para se alcançar os objetivos aqui pretendidos quanto à abordagem será a qualitativa e quantitativa; quanto ao objetivo a pesquisa será exploratória; quanto ao tipo de pesquisa será fontes de papel (pesquisa bibliográfica).

**Palavras-chave:** trabalho infantil. exploração infantil. estatuto da criança e do adolescente.

## ABSTRACT

This academic work aims to analyze how the child labor scenario is in Brazil, addressing its origin, the transformations that occurred in the 1990s, the Statute of the Child and Adolescent and the current panorama of child labor in Brazil. Child labor is not a recent occurrence, since it has its ancestry since the beginning of the colonization of the country, when they were used as slave labor in sugar mills, colonial big houses and farms. Currently, the overexploitation of children and adolescents is still a reality that affects Brazilian society. This situation is not only a reality in our country, but also around the world, and stems from the absence of public policies. The methodology to achieve the objectives intended here regarding the approach will be qualitative and quantitative; regarding the objective the research will be exploratory; regarding the type of research will be paper sources (bibliographic research).

**Keywords:** child labor. child exploitation. statute of the child and adolescent.

## INTRODUÇÃO

É de conhecimento público que uma das relevantes contrariedades no âmbito social é o trabalho infantil, que ainda avassala severamente o Brasil e o mundo, uma vez que, viola os direitos e garantias dispostos em lei assolando a integridade de crianças e adolescentes, tornando-se ainda uma lamentável realidade em nosso país.

Posto isso, a Constituição Federal de 1988 estabelece a proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre antes dos dezoito anos, ademais, estabeleceu o limite de idade mínima para atividade laboral, portanto, labor infante se caracteriza como toda e quaisquer maneira de trabalho exercido por indivíduos menores de dezesseis anos, exceto como aprendiz, que permite a partir dos quatorze anos de idade<sup>1</sup>.

1 BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Destarte, dando importância às limitações determinadas na Carta Magna de 1988, o distintivo Estatuto da Criança e do Adolescente dedica-se sobre a proibição do trabalho penoso, realizado em locais prejudiciais à formação e ao desenvolvimento físico, mental e social do infante, além disso, daquele praticado em horários e locais que não permitam a frequência à escola<sup>2</sup>.

Nesta perspectiva, é notório a subsistência jurídica de uma rede de proteção no Brasil aos direitos de meninas e meninos em face ao combate ao trabalho infantil, no entanto, faz-se essencial a participação ativa de todos os indivíduos neste processo de avanço.

E para melhor compreensão, o trabalho infantil é a exploração de crianças e adolescentes como mão de obra, lesionando os menores inseridos nessa circunstância desfavorecida. Esse cenário não é recente, e sim o oposto, tem sua existência ao longo da história como uma prática comum e naturalizada que assola em grande escala crianças em situações vulneráveis.

A superexploração de menores é vista como uma mão de obra mais acessível em comparação ao trabalhador adulto, ademais, o ingresso do infante nessa circunstância se dá basicamente pela penúria familiar ou por algo exterior, como a ausência de concepção no futuro.

Para Áries (1978), crianças e adolescentes oprimem características intrínsecas a sua idade com o intuito de garantir a viabilidade de sua estabilidade em virtude da demanda que lhe afeta diretamente para amparar a conjectura familiar.

Além do mais, é apropriado validar o fenômeno do trabalho infantil que ainda se encontra perpétuo na conjuntura social contemporânea arraigado com uma série de sistemas calcados em convicções categoricamente enrijecidos, e é integrado por numerosos e copiosos elementos que acabam por ocasionar resultados e consequências devastadoras, em especial para a saúde de meninos e meninas.

Dessa forma, define-se o problema de pesquisa: qual o panorama atual do trabalho infantil no Brasil?

Delinearam-se os seguintes objetivos da pesquisa: o enfoque geral foi analisar a problemática do trabalho infantil no Brasil. Ademais, para ter uma resposta mais eficaz para esse objetivo geral, traçaram-se os seguintes objetivos específicos: estudar acerca da origem do trabalho infantil no Brasil, entender as mudanças ocorridas nos anos 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente e analisar o panorama atual do trabalho infantil no Brasil.

A metodologia para se alcançar os objetivos aqui pretendidos quanto à abordagem será a qualitativa e quantitativa; quanto ao objetivo a pesquisa será exploratória; quanto ao tipo de pesquisa será fontes de papel (pesquisa bibliográfica).

Assuntos estes que se entrelaçam demonstrando a visível violação dos direitos de crianças e adolescentes, de modo que tal análise não deve ser estudada de modo isolado, destacando mecanismos que combatam os aspectos e efeitos da ocupação precoce para a sua erradicação.

## A ORIGEM DO TRABALHO INFANTIL

A existência do trabalho infantil não é uma problemática recente no Brasil, e tão pouco no mundo. Há um extenso histórico de exploração trabalhista de crianças e adolescentes, que [2 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente \(1990\). Art. 67, I, II, III e IV.](#)

remontam desde o passado até os dias atuais.

Em breve análise, denota-se que o labor infantil tem raízes nos tempos antigos. Segundo Amauri (2003), o trabalho infantil ocorre desde o período da antiguidade, em que o menor ou era escravizado para seus senhores, ou trabalhava em casa em produções artesanais. Já na Idade Média, com exceção do trabalho escravo, era comum a troca do trabalho infantil pelo aprendizado de um novo ofício. Conforme Campos e Alverga (2001), são destinados diferentes tipos de ofício de acordo com a classe social em que se opera, exercendo um controle sobre os futuros trabalhadores manuais.

Mesmo existindo através dos séculos, tal problemática atingiu seu auge no período da Revolução Industrial, iniciada no século XVIII. De acordo com Grunspun (2000), logo que atingiam idade suficiente, era comum que as crianças trabalhassem com seus pais no campo ou no mercado, no entanto, com a introdução do sistema fabril, o trabalho infantil se tornou um problema social. Ademais, segundo Vigário (2004), com a dificuldade de recrutamento de mão-de-obra, por conta de o número de trabalhadores ser insuficiente e pela não aceitação das condições de trabalho por estes, as crianças foram vistas como possíveis alternativas, por conta da mão-de-obra barata, e por não demonstrarem relutância às tarefas exigidas.

No Brasil, a utilização de mão-de-obra de crianças e adolescentes também não é um fato recente. O fenômeno tem origem no período colonial, uma vez que com a colonização, a cultura da Europa relacionada à exploração trabalhista de crianças e adolescentes chega ao país. Nas embarcações, as crianças desempenhavam atividades que eram realizadas por adultos, mas eram remuneradas apenas pela metade do valor. Além disso, eram designadas a tarefas que ofereciam maior risco (VERONESE; CUSTODIO, 2007).

Com a implantação do regime escravagista, que teve início no século XVI, mais precisamente no ano de 1535, e só terminou em 1888, as crianças de origem indígena e africana também foram submetidas ao trabalho escravo, desempenhando serviços que exigiam esforços maiores aos que podiam suportar. Outrossim, algumas crianças pobres e órfãs também eram utilizadas como mão-de-obra escrava em fazendas e casas de “senhores”, sendo submetidas a exploração e também a abusos (GRUNSPUN, 2000).

Posteriormente, após a abolição da escravatura e início do período republicano no Brasil, a realidade das crianças escravizadas não passou por muitas mudanças, uma vez que os senhores de engenho conseguiram criar estratégias a fim de perpetuar a exploração da mão-de-obra infantil existente na época (DEL PRIORE, 1999, *apud* VERONESE; CUSTÓDIO, 2007). Logo, não houve a extinção da exploração trabalhista de crianças, apenas foi implantado um sistema que era considerado mais legítimo e condizente aos princípios que norteavam a modernidade industrial (VERONESE; CUSTODIO, 2007).

Segundo Alvim e Valladares (1988), no fim do século XIX, com o crescimento de metrópoles e o início de um processo de industrialização, começou a ser debatido acerca da problemática da infância pobre no Brasil. Ademais, existiam ideias higienistas que afirmavam ser “melhor trabalhar do que ficar nas ruas”, visto que após a abolição da escravatura, crianças e adolescentes andavam pelas ruas em condições miseráveis, o que incomodava a burguesia da cidade, sendo, dessa forma, necessária a intervenção do Estado para resolver tal situação (RIZZINI, 2000).

Houveram múltiplas iniciativas públicas e privadas, direcionadas à preparação e incorporação de crianças e adolescentes ao trabalho na indústria e na agricultura (RIZZINI, 2007). Por conta disso, foi conduzido um grande contingente de crianças e adolescentes às fábricas, tendo como justificativa o discurso de que apenas o trabalho moldaria o caráter da criança, e que estas deveriam ajudar no sustento de suas famílias (RIZZINI; RIZZINI; HOLANDA, 1996, *apud* VERONESE; CUSTODIO, 2007). Assim, esses indivíduos sofriam acidentes de trabalho por realizarem atividades que colocavam em risco sua integridade física e mental, sem nenhum suporte de segurança.

Dessa forma, observa-se que no Brasil as crianças e adolescentes em situação de pobreza sempre trabalharam, seja para seus donos, no período escravagista, seja para os capitalistas do início da industrialização, para os grandes proprietários de terra como boias-frias, nas unidades domésticas de produção artesanal ou agrícola, em casas de família e até mesmo nas ruas, visto que necessitavam ajudar no sustento de suas famílias (RIZZINI, 2007).

## AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NOS ANOS 1990

Aos poucos, oportunamente e morosamente, passar-se a efetuar uma notabilidade em atenção aos indivíduos que estão constrictos ao quadro de exploração imatura, ainda que vagarosamente um reconhecimento ante os meninos e meninas submetidos a tal aproveitamento abusivo como sujeitos de direitos com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou-se uma preocupação das atividades laborais exercidas desses indivíduos que estão em fase de desenvolvimento físico, psíquico e emocional, cujo o lugar é na escola.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) constituiu-se em 1990, instituindo uma sistematização de garantias e proteção a crianças e adolescentes, gerando um complexo de denúncias quando ocorrer detrimento ou ameaça desse anteparo codificado em lei, tornando-se um marco legal para o amparo absoluto desses indivíduos em sua forma e amplitude em seus princípios de resguardar a condição de dignidade, atuando em conjunto com o Ministério Público e o Juizado da Infância e da Adolescência.

Ademais, para a erradicação da exploração infantil similarmente conta-se com o auxílio de política de assistência dos Conselhos Tutelares e Conselhos de Direitos nas esferas nacionais, estaduais, regionais e municipais em parceria com a comunicação midiática. Com as vicissitudes transcorrendo, a contar da década de 1990 surgem melhoramentos na seara escolar diminuindo o abandono educacional, mormente no Ensino Fundamental ou entre estudantes de sete a quinze anos. Em 1992, 85% da população com idade entre sete e quinze anos frequentavam a unidade educacional, atingindo em 2011 quase 98%. É importante ressaltar que a aprovação da Lei nº 11.274/06, o Ensino Fundamental no Brasil teve a sua durabilidade remodelada de oito para nove anos em 2009, possibilitando a entrada de crianças de seis anos no ensino básico. As proporções apontam para os jovens de dezesseis e dezessete anos. Somente 57% deles estavam na escola em 1992, majorando para 80% em 2011. Contudo, aproximadamente 1,4 milhão de adolescentes de dezesseis e dezessete anos estão constam ausente da escola<sup>3</sup>.

As normas nacionais que versam sobre o abuso da atividade laboral por infantes estão em conformidade com as modernas regulamentações internacionais, como o da Convenção dos

<sup>3</sup> Fonte: *Pnads (IBGE, 1992-2011)*, exceto a área rural da região Norte.

Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Em 1992, a Organização Internacional do Trabalho concentrada em remediar o trabalho infantil criou o Programa Internacional para a Erradicação do Trabalho Infantil – IPEC, o qual o Brasil passou a fazer parte, em conformação com o arcabouço do ECA projetando a consolidação das continências locais e do encorajamento mundial para a abalroação da questão em aberto, para erradicar a adversidade. O Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), sob o comando do Ministério do Trabalho, com o adjutório do corpo social civil, sindicatos, Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), empresários, instituições não governamentais, foi criado ao final do segundo semestre de 1994.

As ações promovidas pela Organização Internacional do Trabalho, com o advento do IPEC, foram importantes para a fomentação e ruptura da percepção da ideia do trabalho precocemente exercido como algo habitual, alertando das consequências maléficas para esses indivíduos, ou seja, coibindo a aceitação e anuência da naturalização desse abuso que afeta milhares de crianças e adolescentes.

O Programa de Erradicação e Prevenção do Trabalho Infantil – PETI, uma obra incorporada via Fórum Nacional, instituída para o certame das atividades de risco consideradas perigosas, penosas, insalubres ou degradantes. Implantou com maestria políticas públicas e deliberando fórmulas para se viabilizar efetivamente o desempenho do Estatuto da Criança e do Adolescente subsidiando uma compensação financeira (bolsa mensal) e jornada ampliada, para a retiradas de meninos e meninas das atividades trabalhistas de elevadas hostilidades exercidas por elas, além de merendas reforçadas, reforço escolar, atividades educativas e esportivas, assim sendo, regularizando a frequência escolar as crianças atendidas pelo programa. Ademais, influenciando na socialização de estratégias a fim de erradicar e prevenir o trabalho infantil de crianças de extrema linha da pobreza, resguardando o obreiro adolescente.

Para Grunspun (2000) a baixa renda é uma das causas fundamentais a inserção da imersão em grande escala de crianças e adolescentes a exploração infantil, no entanto, não é somente a desarmonia social que ressalta a usurpação do labor precoce, portanto, a carência se torna fator primordial, todavia não se torna característica peculiar do labor infantil, tornando-se fortemente um aparato de relações desiguais.

Ainda que perante os impasses, apontados em análises como os de Souza e Souza (2003) e Carvalho (2004), é indiscutível o papel contributivo e valorativo do PETI. Onde efetuou-se ainda que de maneira limitada e momentânea diversas crianças em situações ultrajantes de subsistência, assim, reestruturando sua dignidade e infância. Tendo em vista que a retirada desses indivíduos precoces se deu de maneira imediata.

Barros e Mendonça (2011) ressalta o PETI como superintendente por mais de 80% do declínio do trabalho infantil no período estudado de 1992 a 2009, sendo o agente essencial para o decaimento de ocorrências de crianças trabalhando como obreiros precoces nos últimos 20 anos.

Entretanto, como não se obteve precisão nas causas oriundas da questionável controvérsia que perdura ilibada, a retirada desses pequenos operários evidenciou-se custoso. Para mais, o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI) fez uma declaração com firmeza de que “ O cenário do Brasil no combate ao trabalho infantil é de estagnação”<sup>4</sup>.

4 Folha de São Paulo, 29 mar. 2008.

## O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O TRABALHO INFANTIL

O inovador regimento da década de 1990 que vigora até os dias atuais, tem por prioridade o reconhecimento e cuidado com as crianças e adolescentes como indivíduos de direitos e proteção de caráter imperioso, não somente pelo Estado, mas por todos, pela família e sociedade, consoante aos princípios constitucionais disciplinados. De modo que, seus preceitos dão voz aos jovens e infantes para que sejam cumpridos e atendidos plenamente e devidamente seus interesses e conseqüentemente afastando de maneira ampla as afrontas de ocorrências de atividades trabalhistas de alta gravidade infantil.

Tendo em vista, que são seres que estão em profundo avanço em seu desdobramento físico, psíquico, emocional e cultural que precisam ser assistidos para não ocorrer o prelúdio nesse campo, de modo que possam coexistir em situações deploráveis que afetem seu progresso e sua dignidade.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.069/90, é classificado como criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquele que está entre doze e dezoito anos. Embora, o ordenamento jurídico brasileiro faculta o trabalho para jovens a partir dos dezesseis anos, e com quatorze anos, podendo trabalhar como jovem aprendiz, segundo o art. 7º da Carta Magna de 1988.

A regulamentação nacional dispõe que trabalho infantil é vedado em qualquer circunstância até os treze anos de idade, ainda assim, dos quatorze anos aos dezesseis anos, o labor é concedido, contudo, no aspecto de aprendiz que deve estar alinhado à frequência escolar e ao processo de crescimento de um ofício monitorado. No entanto, ao jovem de dezesseis anos, pode trabalhar, porém, é proibido exercer atividade trabalhista de risco e em época que vagueia a noite<sup>5</sup>.

Então, o trabalho infantil concerne à toda conjuntura que viola e ameaça as disposições que constam no aparato legislativo, que implicam drasticamente ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, portanto, transgredindo os direitos protegidos e deveres que devem ser cumpridos por aqueles que são incumbidos em sua proteção predispostos em estatuto.

É sabido, conforme Rezende (2007), que a condição de renda familiar baixa, propõe a incumbência da responsabilidade em contribuir no sustento para que consigam sobreviver, impostos aos jovens e crianças, que conseqüentemente produz efeitos negativos, por exemplo, a evasão escolar pelo exercício do labor precoce.

Não obstante, não se tem destaque sobre o papel fundamental que é a educação, pois é através do aprendizado que crianças e adolescentes se capacitam e, por conseguinte possuem uma maior abrangência de oportunidades para transformar seu provento financeiro, transcendendo da baixa renda familiar através do conhecimento.

Sabe-se que para desenraizar e prevenir a exploração infantil é através da legislação, porém, as normas por si só não se tornam decisivas no combate, faz-se necessário ações em união para erradicar o problema.

Dessa forma, Conselhos Tutelares, Fóruns, Conselhos de Direitos, sindicatos, desempenhos governamentais e não governamentais, Ministério Público e sociedade em geral são mé-

5 BRASIL. Lei n.º 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Brasília, 1990.

todos que merecem visibilidade para mobilização a batalha da investida questão em discussão.

Conforme o art. 31 do ECA, o Conselho Tutelar tem o objetivo instituir uma doutrina popular através da participação social ao entrave da violação dos direitos de crianças e adolescentes, por ser um órgão independente, não jurisdicional vinculado ao Poder Executivo e de aptidão jurídica.

Em vista disso, o anteparo total de crianças e adolescentes advém de soluções dos conflitos instrumentais que fornecem a estrutura legal em conformidade ao Estatuto da Criança e do Adolescente, abordando a proteção do infante como sujeito de direito.

A pesquisa gerada pelo IBGE no PNDA (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua) pertencente ao ano de 2019, apurou que de 38,3 milhões de juvenis e crianças na faixa de cinco a dezessete anos, existem 1,8 milhões de adolescentes e criança em estado de trabalho infantil. Nesse acontecimento, é possível especular que o percentual dessa afluência de jovens e infantis subjugados a este ensejo corresponde a 4,6%, desses 4,6%, existem uma alíquota de 66,1% serem crianças negras e pardas (IBGE, 2020).

Para tanto, é considerável que as distinções sociais que alcançam nossa pátria é o resultado para as situações de riscos que dizimam a salvaguarda de menores ao meio da exploração infantil, entre outros cenários, como o de abuso de crianças e drogas.

Por conseguinte, as políticas públicas são ações vitais para a entidade coletiva atuando como um recurso de endossar direitos de todos e dever do Estado. Nesse sentido, deve ser revolucionada para os indivíduos que englobam o estado de necessidade.

Ainda assim, é exequível o complemento das ações na esfera pública aliadas com o jurídico no certame esgrimido, atrelando a continuação da proteção em escala completa à infância e juventude nacional.

O Ministério Público desempenha o encargo de fiscalização e cumprimento da lei, acompanhando com maestria o funcionamento do Estado na defesa de ordem jurídica. Para que haja o supervisionamento eficiente, é essencial que o órgão seja acionado através de denúncias e queixas com a finalidade de anular a proveniência da ilegalidade do trabalho infantil para uma melhor desenvoltura na competência atribuída ao Ministério Público do Trabalho.

Desse modo, a União, estados, municípios e toda a sociedade em sua totalidade devem colaborar com o propósito em erradicar a problemática em pauta.

## **O PANORAMA ATUAL**

Contemporaneamente, apesar de ser proibido e de existirem estratégias de enfrentamento, o trabalho infantil ainda é um fenômeno recorrente no Brasil.

De 1992 a 2012, a quantidade de crianças e adolescentes com idade entre 5 e 17 anos que trabalham no Brasil apresentou queda de 58%. Em 1992 havia 4,9 milhões de crianças a mais envolvidas no trabalho infantil do que em 2012. Porém, o número de crianças que continuam nessa situação ainda é expressivo.<sup>8</sup> De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2012 o número

de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos que trabalhavam era de 3,5 milhões. Em 2013, esse número reduziu para 3,1 milhões. Já em 2014, houve aumento para 3,3 milhões; sendo 2,8 milhões crianças e adolescentes entre 14 a 17 anos, idade permitida para o ingresso no mercado de trabalho, como jovem aprendiz.

No ano de 2015, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), detectou-se que, em todo o país, 2,7 milhões de crianças e adolescentes com idade entre 5 e 7 anos eram ocupadas. Já no ano de 2016, segundo dados apresentados pelo Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), existiam 2,5 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos em situação de trabalho, inclusive trabalhos considerados penosos, perigosos e insalubres. Segundo pesquisas realizadas pelo IBGE, no ano de 2017 mais de 50% das crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos realizavam trabalhos em casa ao cuidar de outras pessoas ou em afazeres domésticos.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), o trabalho infantil teve uma diminuição de 16,8% entre 2016 a 2019, sendo que a queda mais acentuada ocorreu entre 2018 e 2019, 7,7%, o que corresponde a menos 150 mil crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos trabalhando.

Em 2019, segundo a PNAD Contínua, 1,8 milhão de crianças e adolescentes com idade entre 5 a 17 anos trabalhavam, representando 4,6% da população total nesta faixa etária (38,3 milhões). Dentre esses, 1,3 milhão realizavam atividades econômicas e 463 mil atividades de autoconsumo. Mais de 53% estava no grupo de 16 e 17 anos, 25% no grupo de 14 e 15 anos, e 21,3% no grupo de 5 a 13 anos de idade. Entre os que realizavam atividades econômicas, a maioria tinha entre 16 e 17 anos (825 mil); entre os que realizavam atividades de autoconsumo, predominava o grupo de 5 a 13 anos de idade (218 mil).

Segundo a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), no início de 2020, ao redor do mundo, mais de 160 milhões de crianças começaram a trabalhar, em sua maioria meninos. Segundo a UNICEF (2021), é possível que esse número aumente até o fim de 2022, por conta da pandemia do Covid-19.

Dados da PNAD Contínua de 2021 mostram que ainda existem cerca de 1,3 milhão de adolescentes estavam em situação de trabalho no Brasil. De acordo com o levantamento, entre os adolescentes de 14 a 17 anos que estão no mercado de trabalho, 86% encontram-se em situação de trabalho infantil, 1,2% a mais do que em 2020.

Diante do exposto fica evidente que, ainda hoje, a problemática do trabalho infantil é uma realidade e causa de preocupação no Brasil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo do texto, foi possível analisar a longa trajetória da utilização da mão-de-obra infantil e adolescente no Brasil, presente desde a antiguidade até os dias atuais.

Independentemente do progresso da década de 1990 com as ações institucionalizadas para a extirpar o trabalho infantil, como por exemplo, o Programa de Erradicação e Prevenção do Trabalho Infantil que foi um salto para atenuar o problema, porém, é necessário sanar as raízes

do tema em evidência que subsiste até esta ocasião.

Na alçada da segurança de proteção às crianças e adolescentes é solene instituir estratégias e serviços que concerne na demanda argumentada, obstruindo a marginalização desses indivíduos precoces, evitando o ingresso ao trabalho, principalmente os que se encontram em regiões mais carentes e de difícil acesso. Assim, garantindo assistência aos menores que se encontram em circunstâncias de desamparo e dificuldade, assegurando-os a programas de natureza rentáveis e acesso à educação, ademais, proporcionando ensino de cunho profissional, tornando-os capacitados para o futuro que os aguarda.

É imprescindível salientar a importância de o sistema educacional ser ampliado e aperfeiçoado de maneira determinada e acessível, para a conscientização do dever de completar o Ensino Fundamental e Médio, aliado as ofertas de cursos de qualificação e técnicos para a sua formação profissional, promovendo capacitação para atuar nas relações trabalhistas posteriores, objetivando melhores salários e condições através da aptidão adquirida.

Portanto, é necessário que sejam eficazes as ações de fiscalização em prol ao combate do trabalho infantil, reduzindo a baixa escolaridade e recorrência de meninas e meninos na esfera da pobreza. É essencial que sejam evitadas as ocupações precárias advindas de incertezas que são proferidas não tão somente pelas desigualdades sociais, mas também associada a falta de políticas públicas que recai perante famílias carentes ou a cobertura insuficiente aos beneficiários.

Por todas estas razões, pode-se entender que a minimização do labor infante só será atenuada quando ocorrer mudanças significativas na matriz de origem da problemática social, afastando as diferenças, o abandono escolar, desemprego adulto, a pobreza, a falta de escolarização dos responsáveis, e a crença cultural enraizada de que o trabalho infantil é o fator que distancia o indivíduo da marginalização e o direciona para uma vida melhor.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, M. R. B.; VALLADARES, L. do P. Infância e sociedade no Brasil: uma análise da literatura. BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, [S. l.], n. 26, p. 3–37, 1988. Disponível em: <https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/90>. Acesso em: 7 out. 2022.

AQUINO, J. M. *et al.* Trabalho infantil: persistência intergeracional e decomposição da incidência entre 1992 e 2004 no Brasil rural e urbano. Revista de Economia Contemporânea, v. 14, n. 1, p. 61-84, jan. / Abr. 2010.

ÀRIES, Philippe. História social da criança e da família. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. 279 p.

AZEVÊDO, José Sérgio G. de; MENEZES, Wilson F.; FERNANDES, Cláudia M. Fora do lugar. Crianças e adolescentes no mercado de trabalho. São Paulo: ABET, 2000. 205 p.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. Lei n.º 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Brasília, 1990.

BRASIL. Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho/CLT, aprovada pelo Decreto/Lei no 5.452, de 1 de maio de 1943. Diário Oficial [da] República

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 dez. 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/110097.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110097.htm). Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Cadastro único. Brasília, DF, [2011]. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/resolveuid/1169e4d98311fe31e82e6712f9aa7c4a>. Acesso em: 29 out. 2022.

BARROS, R. P.; MENDONÇA, R. Trabalho infantil no Brasil: rumo à erradicação. CARVALHO, Inaiá M. M. de. Algumas lições do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, Fundação SEADE, v. 18, n. 4, p. 50-61, out. /dez., 2004.

CAMPOS, H.R.; ALVERGA, A. R. Trabalho infantil e ideologia: contribuição ao estudo da crença indiscriminada na dignidade do trabalho. stud. Psicol. (Natal), Natal, v.6, n.2, p. 227-233, 2001. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-294X2001000200010&lng=en&rm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2001000200010&lng=en&rm=iso). Acesso em: 21 set. 2022.

Construção Histórica do Estatuto. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/infancia-e-juventude/coordenadoria-estadual-da-infancia-e-da-juventude/campanhas/eca-30-anos/construcao-historica-do-estatuto#:~:text=O%20Estatuto%20foi%20criado%20logo,de%20proteg%C3%AA%2DIos%20de%20forma>. Acesso em: 29 out. 2022.

CUSTÓDIO, André Viana. Direito da criança e do adolescente. Criciúma: UNESC, 2009. Denunciar violação de direitos humanos (Disque 100) - Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos>. Acesso em: 01 nov. 2022.

Direitos legais e direitos efetivos. Crianças, adolescentes e cidadania. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, ANPOCS, v.29, p.127-142, 1995.

DIGIÁCOMO, Murillo José. O sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente à luz da política de atendimento idealizada pela Lei no 8.069/90. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1590.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

FNPETI, Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. O que é o Fórum. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/oqueeoforum/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO, 29 mar. 2008. Especial A6.

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

IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD). Rio de Janeiro, 1992-2011.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: trabalho de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade 2016-2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

\_\_\_\_\_. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2012-2015. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 30 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) 2016-2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 30 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 30 out. 2022.

MAIA, Sylvia dos R. (Org.) Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. PETI. Trajetória e Beneficiários no Estado da Bahia. Salvador: SETRAS/CRH, 2003. 395 p.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Mapa de indicadores do trabalho de criança e do

adolescente. 3.ed. Brasília: TEM/SIT, 2005. 309 p.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Trabalho infantil: uma agenda rumo ao cumprimento das metas de erradicação. Brasília, Março, 2015. Disponível em: [https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-07/Trabalho-infantil\\_final.pdf](https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-07/Trabalho-infantil_final.pdf). p. 5 Acesso em: 30 out. 2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2003. 29ª edição.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Boas práticas do setor saúde para a erradicação do trabalho infantil / Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/info/publ\\_result.php](http://www.oitbrasil.org.br/info/publ_result.php). Acesso em: 30 out. 2022.

ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.onuportugal.pt>. Acesso em: 29 out. 2022.

REZENDE, Maria José de. As metas socioeconômicas denominadas Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da ONU: os percalços de um projeto de combate à pobreza absoluta e à exclusão social. Revista de Ciências Sociais. México, n. 43, p.169-209, jan. /abr. 2007.

RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores no Brasil. In: PRIORE, Mary Del (Org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 2000.

RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil. In: DEL PRIORI, Mary (Org.). História das crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 2007.

SOUZA, J. F. de; SOUZA, A. L. F. Crianças e adolescentes.

Trabalho Infantil. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA - Ano V – n° 9, p. 122-126. Novembro/2004.

UNICEF. Child labour: global estimates 2020, trends and the road forward - 2021. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---ipecc/documents/publication/wcms\\_797515.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_797515.pdf). Acesso em: 1 nov. 2022.

UNICEF. Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo, 2021. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo>>. Acesso em: 24 set. 2022.

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

VIGÁRIO, Sílvia Manuela Pereira. Crianças sem Infância: o trabalho infantil na indústria têxtil e os limpachaminés (1780-1878). Dissertação de mestrado. Instituto de Letras e Ciências Humanas Universidade do Minho, 2004. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/715>. Acesso em: 23 set. 2022.



# A competência da justiça do trabalho e as novas formas de trabalhar

Renata Starling Jorge Dutra

*Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação do Professor Doutor Antônio Álvares da Silva. Advogada. Especialista em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.*

Antônio Álvares da Silva

*Professor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargador aposentado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.16

## RESUMO

O presente estudo discute as novas formas de trabalhar implementadas pelas novas tecnologias decorrentes da Quarta Revolução Industrial e como o Poder Judiciário tem lidado com as diversas controvérsias delas decorrentes. As plataformas digitais têm revolucionado o Direito do Trabalho que está sendo intimado a prover respostas em um cenário mais amplo em que são considerados a economia sob demanda e o *crowdwork*. Ante a ausência de norma específica, os entendimentos não são uníssonos na doutrina e nem na jurisprudência, ora se reconhecendo relação de emprego e ora se reconhecendo trabalho autônomo, o que denota certa insegurança jurídica para todos os envolvidos. Nesse contexto, avalia-se também e por consequência a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos considerando a divergência consequente da natureza jurídica dos contratos firmados e as normas constitucionalmente postas.

**Palavras-chave:** competência. direito do trabalho. plataformas digitais.

## ABSTRACT

This paper discusses the new ways of working implemented by the new technologies resulting from the Fourth Industrial Revolution and how the Judiciary has dealt with the various controversies resulting from them. Digital platforms have revolutionized Labor Law, which is being asked to provide answers in a broader scenario in which the on-demand economy and crowdwork are considered. In the absence of a specific norm, the understandings are not unison in the doctrine or in the jurisprudence, sometimes recognizing an employment relationship and sometimes recognizing self-employment, which denotes a certain legal uncertainty for all involved. In this context, the jurisdiction of the Labor Court to resolve conflicts is also evaluated, considering the consequent divergence of the legal nature of the signed contracts and the constitutionally established norms.

**Keywords:** jurisdiction. labor law. digital platforms.

## INTRODUÇÃO

A Quarta Revolução Industrial está diretamente relacionada com o surgimento de novas formas de prestação de serviços por trabalhadores. As tecnologias proporcionam uma otimização dos sistemas e substituição da mão-de-obra em atividades repetitivas, abrindo espaço para que foquem em educação e desenvolvimento de novas habilidades. As pessoas estão cada vez mais integradas ao meio digital para o desenvolvimento de tarefas cotidianas<sup>1</sup>.

Nesse contexto, plataformas digitais, como a Uber, começaram a intermediar a celebração de contratos entre prestadores e serviços e consumidores. São (micro)tarefas desenvolvidas por meio da conexão entre indivíduos com interesses convergentes. Esse novo modelo de negócios não se amolda às relações trabalhistas (gênero) conhecidas e sedimentadas ao longo dos anos.

Ante a ausência de regulamentação específica, o Poder Judiciário, instado a se mani-

<sup>1</sup> MIESSA, Élisson; CORREA, Henrique. *Direito e Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2022. P. 202.

festar para dirimir conflitos decorrentes em especial da uberização, ora entende estar diante de uma relação de emprego e ora diante de um trabalhador autônomo. Há ainda, precedente da Corte Suprema entendendo se tratar de uma relação comercial, estranha, portanto, à jurisdição trabalhista.

Nessa insegurança jurídica patente, inclusive na determinação de competência em razão da matéria, a Justiça do Trabalho tem sido afastada de uma jurisdição que deveria lhe ser própria.

## QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO

A Quarta Revolução Industrial é um fenômeno vivenciado pela humanidade em sua plenitude pela revolução digital, impulsionada pelas revoluções anteriores, em especial a terceira, que teve como marco o advento dos computadores e da internet.

Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, foi pioneiro ao desenvolver o tema. Com convicção, afirma que a Quarta Revolução industrial se difere das demais pelas seguintes razões:

– Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.

– Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas “o que” e “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.

– Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda a sociedade.<sup>2</sup>

O trabalho é um dos vários setores impactados pelas novas tecnologias e que carece de estudo contínuo ante a dinamicidade do tema. O potencial destrutivo da Quarta Revolução Industrial sobre o tema está consubstanciado na eliminação de postos de trabalho pela automação, enquanto que o potencial construtivo tem a perspectiva de criar novas profissões. Nesse contexto, considerando a evolução tecnológica, depreende-se que a maioria dos novos postos de trabalho exigirá mão-de-obra mais qualificada e especializada.

No cenário brasileiro atual, considerando os potenciais da Quarta Revolução Industrial, “poderíamos de fato ficar com o que há de pior nos dois mundos, sofrendo ao mesmo tempo de altos níveis de desemprego e de escassez de trabalho especializado”<sup>3</sup>. Yuval Harari desenvolve essa temática da seguinte forma:

A criação de novos empregos e o retraining de pessoas para ocupá-los serão um processo recorrente. A revolução da IA não será um único divisor de águas após o qual o mercado de trabalho vai se acomodar num novo equilíbrio. Será, sim, uma torrente de rupturas cada vez maiores. Já hoje poucos empregados esperam permanecer no mesmo emprego por toda a vida. Em 2050 não apenas a ideia de um “emprego para a vida inteira” mas até mesmo a ideia de “uma profissão para a vida inteira” parecerão antediluvianas.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 13.

<sup>3</sup> HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 53.

<sup>4</sup> HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 56.

É tendência no mercado de trabalho atual a economia do compartilhamento. Nesse contexto, Ana Frazão explica que existem três importantes modelos: no primeiro, as pessoas se envolvem pela cooperação e pela solidariedade, sem qualquer troca monetária; no segundo, há interação de cunho econômico, por meio de plataformas, entre pessoas com igual poder de barganha; no terceiro, um agente empresarial cria plataformas que possibilitam a celebração de negócios jurídicos por pessoas diversas<sup>5</sup>.

Esse último modelo é o que tem criado pontos de inflexão no Direito do Trabalho: uma plataforma digital intermedeia a conexão entre usuário-consumidor e prestador de serviços. Tarefas são cumpridas por estes a pedido e após negociação com aqueles. Em muitos casos há, inclusive, retenção de valores pela empresa para subsidiar a atividade econômica da plataforma.

As plataformas digitais que mais têm impulsionado a discussão no Direito do Trabalho brasileiro são as relacionadas a transporte de passageiros e entregas. A precursora é a empresa Uber que, inclusive, deu nome ao que se denomina de uberização. A empresa desenvolve a plataforma e é por meio dela que motoristas colocam a sua força de trabalho à disposição de passageiros. A negociação, no entanto, não é livre, sendo a plataforma quem determina o valor a ser cobrado do usuário e o valor que será repassado ao motorista, com retenção de parcela para a empresa.

As plataformas estão atualmente desenvolvendo um mercado de trabalho paralelo ultraflexível, não administrado por nenhuma forma de contrato, salários, normas ou regulamento relativos à jornada, a horário e local de trabalho, treinamento e acesso à sindicalização.<sup>6</sup>

É nesse contexto que surgem discussões a respeito do vínculo contratual do prestador de serviços com a plataforma: trata-se de contrato de natureza civil ou relação de emprego regida pela Consolidação das Leis Trabalhistas? A norma positivada não provê resposta acertada sobre o assunto, não havendo regulamentação específica. Nesses casos, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar para decidir o direito no caso concreto. No entanto, há diferenças de entendimento que, embora fundamentadas, geram insegurança jurídica, inclusive a respeito da competência.

## ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO TRABALHO INTERMEDIADO POR PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL

A relação de emprego resta caracterizada, em consonância com os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, quando presentes os seguintes requisitos: pessoa física, subordinação, habitualidade, pessoalidade e onerosidade. Há, ainda, a previsão, embora não ratificada enquanto pressuposto, da alteridade, consubstanciada na assunção dos riscos da atividade pelo empregador.

O empregado, consubstanciado em pessoa física, haja vista que a lei foi criada para proteger o ser humano e regular a vida em sociedade, é contratado em razão de suas qualidades pessoais, não podendo se fazer substituir por terceiro. Para a configuração do vínculo, é neces-

<sup>5</sup> FRAZÃO, Ana. *Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas: A compreensão dos referidos fenômenos e suas consequências sobre a regulação jurídica*. Jota.info, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017>>. Acesso em 12 mar. 2021.

<sup>6</sup> ZIPPERER, André Gonçalves. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI*. São Paulo: LTJ, 2019. P. 82.

sário que o trabalho seja prestado de maneira não ocasional, com continuidade no tempo. Nesse caso, imperioso destacar que a não eventualidade não é sinônimo de diariamente, exigindo-se, contudo, regularidade. Por sua vez, a onerosidade resta caracterizada se o empregado receber contraprestação pelo trabalho prestado. Por fim, a subordinação, pedra de toque da relação de emprego, está fundamentada na tese jurídica, ou seja, decorre da lei. “Assim, quando aceita trabalhar para o empregador, conseqüentemente aceitará as regras e orientações dadas para que a prestação de serviços seja realizada nos moldes previstos pelo empregador”<sup>7</sup>.

Como antítese da relação de emprego, em um sistema ainda binário, existe o trabalhador autônomo, caracterizado pela autonomia no desempenho de sua atividade, ausente a sujeição a poderes de direção, controle e fiscalização de outrem.

Aquele que, por conta própria, mas podendo ser substituído, assume os riscos de sua atividade com controle dos meios de produção, presta serviços sem subordinação jurídica, com independência, liberdade, de forma habitual, a um ou mais tomadores, sem submeter-se às ordens e controles destes, percebendo remuneração pelo resultado do seu trabalho. Destaca-se que, a ausência de subordinação jurídica é o principal marco diferenciador entre o trabalhador autônomo e o empregado<sup>8</sup>.

Em diversas decisões recentes, o Poder Judiciário se manifestou ora pelo reconhecimento do vínculo empregatício e ora pela aplicação do direito civil aos contratos celebrados.

Em decisões que reconhecem o vínculo de emprego entre motorista e plataformas digitais, a exemplo do Recurso de Revista com Agravo nº TST-RRAg-100853-94.2019.5.01.0067, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu haver: pessoalidade pelo fato de o motorista cadastrado não poder ser substituído por outro usuário; não eventualidade, independente da jornada flexível; onerosidade pela remuneração por cada serviço; subordinação por meio de algoritmos que controlam, direcionam e fiscalizam a prestação dos serviços, inclusive o preço das corridas, não havendo sequer margem de negociação pelo motorista.

Por outro lado, existem julgadores que entendem haver relação contratual tipicamente cível e comercial, transferindo a competência para a Justiça Comum. Nesses casos, as decisões estão fundamentadas especialmente na ausência de subordinação:

a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego.<sup>9</sup>

Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal – STF – julgou Reclamação Constitucional movida por Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros Ltda em face do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região que decidiu haver vínculo empregatício entre o motorista parceiro e a plataforma digital. O Ministro relator Alexandre de Moraes fundamentou seu voto em precedentes do STF (Ação Direta de Constitucionalidade – ADC – 48, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 324, Recurso Extraordinário 958.252 (Tema 725-RG), Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – 5835 MC/DF e Recurso Extraordinário 688.223 (Tema 590-RG). que reconheceram ser o trabalho conceito mais amplo e que comporta outras formas de organização que não apenas o emprego:

<sup>7</sup> CORREIA, Henrique. *Resumo de Direito do Trabalho*. Salvador: Editora JusPodium, 4ª edição, 2022. P. 82.

<sup>8</sup> BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. *Quarta Revolução Industrial e Direito do Trabalho*. São Paulo: Almedina, 2022. P. 95.

<sup>9</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 164.544 – MG (2019/0079952-0)*. Suscitante Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Poços de Caldas, Suscitado Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Poços de Caldas, Interessados Denis Alexandre Barbosa e Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num\\_registro=201900799520&data=20190904&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num_registro=201900799520&data=20190904&formato=PDF)>. Acesso em 12 dez. 2022.

Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). Precedente: ADPF 524, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.<sup>10</sup>

O voto concluiu que a relação existente entre motorista e plataforma digital tem mais semelhanças com a Lei Federal nº 11.442/2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980, sendo o motorista detentor de vínculo próprio de cunho comercial. Dessa forma, os atos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região foram cassados e os autos remetidos à Justiça Comum.

Importante destacar que, na referida Lei Federal nº 11.442, o legislador fez uma opção política de determinar expressamente, não deixando margem para interpretação judicial, que “as relações decorrentes do contrato estabelecido entre o Transportador Autônomo de Cargas e seu Auxiliar ou entre o transportador autônomo e o embarcador não caracterizarão vínculo de emprego”<sup>11</sup>.

A criação de normas é um fenômeno social voltado para organizar a sociedade na relação Estado-cidadãos e entre indivíduos, trata-se de um instrumento de pacificação social. Nesse contexto, o legislador é figura importante:

tem ele o encargo de escolher com sabedoria, pertinência, oportunidade e critério qual matéria social deve ser transformada em lei, ou seja, dispõe sobre a conduta humana em relação aos diferentes bens da vida, materiais ou imateriais, para através dela tirar o melhor proveito para o bem comum.<sup>12</sup>

Dessa forma, verifica-se que, enquanto não houver regulamentação específica, a margem de interpretação será abstrata e revolverá fundamentos capazes de justificar variadas formas de trabalho ou restringir ao vínculo empregatício.

## O ESVAZIAMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O constituinte de 1988 direcionou capítulo específico da Constituição da República para tratar dos direitos sociais. O trabalho, enquanto direito social<sup>13</sup>, teve discriminado no texto constitucional direitos individuais extensíveis a trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º), direitos coletivos consubstanciados nos artigos 8º a 11<sup>14</sup>.

É também no texto constitucional que foi determinada a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar, dentre outras, ações oriundas da relação de trabalho<sup>15</sup>. Verifica-se

10 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 48 – DF. Requerente Confederação Nacional do Transporte e Intdo. Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Roberto Barroso. Brasília, 19 de maio de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752690041>>. Acesso em 31 mai. 2023.*

11 BRASIL, Lei Federal nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007. *Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11442.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11442.htm)>. Acesso em 08 mar. 2023.*

12 PAULA, Carlos Alberto Reis de; SILVA, Antônio Álvares da Silva. *Ética, Justiça e Trabalho no Século XXI. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 2013. P. 28 e 29.*

13 Art. 6º da Constituição da República: *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*

14 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2020.*

15 Art. 114. *Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:(...)*

que o constituinte foi explícito ao determinar a competência da justiça especializada para dirimir conflitos relacionados a relações de trabalho, termo amplo, que abarca situações que excedam relações de emprego.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/04, a Justiça do Trabalho estava adstrita às relações de emprego. Depois da entrada em vigor da alteração constitucional, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada para julgar relações eferentes ao trabalho (gênero do qual emprego, trabalho autônomo, eventual, avulso, voluntário e outros são espécie)<sup>16</sup>.

Renato Saraiva define as relações de trabalho “como qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obras ou serviços para outrem, mediante pagamento de uma contraprestação”<sup>17</sup>.

A relação de emprego conta com o maior prestígio do Direito do Trabalho, da doutrina e da jurisprudência e possui o maior rol de direitos tutelados. Sob o manto do vínculo empregatício, os tribunais do trabalho em sua maioria, amparavam e amparam trabalhadores submetidos a contratações diferenciadas que prevejam flexibilização do rígido pacote celetista. Com isso, a Justiça do Trabalho perde a oportunidade de se fortalecer e de ratificar os dogmas trabalhistas implementados pela “Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para todo e qualquer tipo de relação trabalhista”<sup>18</sup>.

Amauri Mascaro Nascimento (2011) entende, por oportuno, que as decisões que forçam a aplicação da relação de emprego a outras formas de trabalho, inclusive plataforma digitais, devem ser evitadas:

(...) deve ser reavaliada a tendência da sentença judicial em transformar em empregado aquele que está em situação que tangencia as zonas de separação de áreas de trabalho próximas, que não devem ser interpenetradas. O custo da empresa é fator a ser considerado numa política de desenvolvimento econômico onde se pretende dar trabalho ao maior número de pessoas. Enfim, o informal – 25% da força de trabalho italiana – é formalizável, e este não é apenas um problema de legalidade, mas de excessiva rigidez da lei e de custo do trabalho – por exemplo, o aumento de 1.000 euros para 2.000 euros, na Itália, com encargos sociais –, o que levou, nesse país, as grandes empresas a abandonar as regiões de maior custo em prejuízo da região abandonada, que perdeu postos de trabalho. A situação atual só pode ser superada com uma nova tipologia de contratos de trabalho além das fronteiras da concepção binária tradicional, mas hoje irreal, com a tributarização dos ônus previdenciários e o rompimento da concepção binária subordinação-autonomia.<sup>19</sup>

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Alexandre Luiz Ramos, em voto proferido no Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-Ag-AIRR-20614-50.2020.5.04.0014, destacou que, enquanto não houver regulamentação específica para o trabalho intermediado por plataformas digitais, as decisões que reclamem da Justiça do Trabalho, em casos semelhantes, o reconhecimento de relação de emprego deve ser proferidas com atenção ao artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>20</sup>, que prescreve ser necessário ao julgador avaliar as consequências práticas da decisão.

*I – As ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*

16 MIESSA, Élisson; CORREA, Henrique. *Direito e Processo do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2022. P. 865.

17 SARAIVA, Renato. *Processo do Trabalho*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. P. 29.

18 CALVET, Otávio Torres. *A Justiça do Trabalho precisa pedir perdão*. *Conjur*, 6 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-06/trabalho-contemporaneo-justica-trabalho-pedir-perdao-mudar>>. Acesso em 09 jun. 2023.

19 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217.

20 Art. 20. *Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*

Otávio Calvet (2023), juiz do trabalho, ousa dizer que o afã dos julgadores especializados para fazer caber qualquer relação laboral sob o manto do vínculo de emprego, sob o pretexto de realizar a justiça social, enfraquece o próprio fundamento da distribuição de competências para realização dos direitos fundamentais e sociais por meio de julgadores especializados<sup>21</sup>. Julgar e taxar que qualquer relação de trabalho diferente relação de emprego seria precarização impediu que houvesse sequer debate sobre “novos modelos mais leves e flexíveis para a contratação de trabalhadores em diferentes formas de trabalhar”<sup>22</sup>. Com isso, ao relegar diversas outras relações de trabalho, a competência das Justiça do Trabalho tem sido afastada pela matéria, que passa a ser cível, comercial ou de consumo<sup>23</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse diapasão, é importante que a Justiça do Trabalho entenda que a sociedade evoluiu e que novas formas de trabalho surgiram, o que não importa por consequência uma situação desfavorável ao obreiro, apenas diferente do vínculo empregatício. Assim considerando e aplicando as normas constitucionais e legais, a Justiça do Trabalho cumprirá o seu papel enquanto instância especializada para dirimir conflitos do trabalho (gênero do qual o emprego é apenas espécie), agindo, inclusive, em consonância com os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL, Lei Federal nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11442.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11442.htm)>. Acesso em 08 mar. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 164.544 – MG (2019/0079952-0). Suscitante Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Poços de Caldas, Suscitado Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Poços de Caldas, Interessados Denis Alexandre Barbosa e Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 28 de agosto de 2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num\\_registro=201900799520&data=20190904&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num_registro=201900799520&data=20190904&formato=PDF)>. Acesso em 12 dez. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 48 – DF. Requerente Confederação Nacional do Transporte e Intdo. Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Roberto Barroso. Brasília, 19 de maio de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752690041>>. Acesso em 31 mai. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 59.795 – MG. Reclamante Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros Ltda e Reclamado Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

<sup>21</sup> CALVET, Otávio Torres. *A Justiça do Trabalho precisa pedir perdão*. *Conjur*, 6 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-06/trabalho-contemporaneo-justica-trabalho-pedir-perdao-mudar>>. Acesso em 09 jun. 2023.

<sup>22</sup> CALVET, Otávio Torres. *A Justiça do Trabalho precisa pedir perdão*. *Conjur*, 6 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-06/trabalho-contemporaneo-justica-trabalho-pedir-perdao-mudar>>. Acesso em 09 jun. 2023.

<sup>23</sup> CALVET, Otávio Torres. *A Justiça do Trabalho precisa pedir perdão*. *Conjur*, 6 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-06/trabalho-contemporaneo-justica-trabalho-pedir-perdao-mudar>>. Acesso em 09 jun. 2023.

Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 24 de maio de 2023. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL5979510decisao\\_monocratica21.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL5979510decisao_monocratica21.pdf)>. Acesso em 30 mai. 2023.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TS-T-Ag-AIRR-20614-50.2020.5.04.0014. Agravante Jairo de Moraes e Agravada Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 14 de fevereiro de 2023. Disponível em: <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=20614&digitoTst=50&anoTst=2020&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0014&submit=-Consultar>>. Acesso em 08 mar. 2023.

BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. Quarta Revolução Industrial e Direito do Trabalho. São Paulo: Almedina, 2022.

CALVET, Otávio Torres. A Justiça do Trabalho precisa pedir perdão. Conjur, 6 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-06/trabalho-contemporaneo-justica-trabalho-pedir-perdao-mudar>>. Acesso em 09 jun. 2023.

CORREIA, Henrique. Resumo de Direito do Trabalho. Salvador: Editora JusPodium, 4ª edição, 2022.

FRAZÃO, Ana. Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas: A compreensão dos referidos fenômenos e suas consequências sobre a regulação jurídica. Jota.info, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017>>. Acesso em 12 mar. 2021.

HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

MIESSA, Élisson; CORREA, Henrique. Direito e Processo do Trabalho. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULA, Carlos Alberto Reis de; SILVA, Antônio Álvares da Silva. Ética, Justiça e Trabalho no Século XXI. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 2013.

SARAIVA, Renato. Processo do Trabalho. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. P. 29.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

ZIPPERER, André Gonçalves. A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI. São Paulo: LTr, 2019.



# As mudanças ocorridas na educação básica do Brasil a partir da Constituição da República de 1988

## The changes that occurred in basic education in Brazil from the Constitution of the Republic of 1988

---

Isaque de Sousa Almada

*Graduando em Direito pela UNITINS.*

Mizael de Sousa Lima Santos

*Graduando em Direito pela UNITINS*

Wilker Batista Cavalcanti

*Professor em Direito pela UNITINS. Doutor em função social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2019), mestre em Administração pela FEAD (2014) com ênfase em Gestão Pública. Advogado.*

Kamila Soares Leal

*Professora em Direito Pela UNITINS. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.17

## RESUMO

O presente estudo aborda de forma metódica e sistemática através de uma pesquisa aprofundada quais foram as principais mudanças ocorridas no cenário nacional, especificamente no contexto do ensino básico após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A pesquisa se baseia em um paralelo traçado entre duas realidades distintas e que possuem como divisores o lapso temporal desde o que se entende pelo período final da redemocratização até os dias atuais com uma filtragem jurídica direcionada à criação legislativa e ao controle judicial. Procura-se através deste instrumento lançar um olhar complexo no que se refere ao tema proposto. Dentre as principais medidas adotadas na educação básica brasileira destacam-se a criação de novas políticas públicas, programas governamentais, extensão do acesso à educação, melhoria da infraestrutura escolar e formação de professores e, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário começou a ter uma atuação mais ativa e distinta em relação à educação, passando a julgar disputas e demandas que visavam regulamentar, concretizar e tornar efetivo esse direito antes negligenciado pelos tribunais. Contudo, ainda se faz necessário um progressivo e constante amadurecimento na criação legislativa e também na efetivação desse direito pela Administração Pública e pelas Cortes Judiciais.

**Palavras-chave:** mudanças. educação básica. constituição.

## ABSTRACT

This study addresses in a methodical and systematic way, through in-depth research, what were the main changes that occurred in the national scenario, specifically in the context of basic education after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. The research is based on a parallel drawn between two distinct realities and which have as dividers the temporal lapse from what is understood by the final period of redemocratization to the present day with a legal filtering directed to legislative creation and judicial control. Through this instrument, the aim is to take a complex look at the proposed theme. Among the main measures adopted in Brazilian basic education, the creation of new public policies, government programs, extension of access to education, improvement of school infrastructure and teacher training stand out and, mainly, after the enactment of the Federal Constitution of 1988, the Judiciary began to have a more active and distinct role in relation to education, starting to judge disputes and demands that aimed to regulate, implement and make effective this right previously neglected by the courts. However, it is still necessary a progressive and constant maturation in the legislative creation and also in the realization of this right by the Public Administration and by the Judicial Courts.

**Keywords:** changes. basic education. constitution.

## INTRODUÇÃO

A forma com que o Estado brasileiro, no âmbito da Administração Pública, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, lida com o ensino básico desde a primeira metade do século XX até os dias atuais nos mostra como há impactos sensíveis nas demais categorias de ensino e também na sociedade como um todo, além de que nos apontam projeções para os dias

futuros tendo como base os dias presentes. Através da desenvoltura deste artigo far-se-á uma abordagem contextual e cronológica dos principais atos normativos, diretivos e judiciais exarados e implementados para gerir e assegurar uma qualidade de ensino progressiva da educação básica nacional e de que forma influenciaram nesse desenvolvimento. Ao longo da história, por meio da positivação de instrumentos normativos internacionais e das Constituições nacionais, desenvolveu-se a percepção de que a educação é um direito fundamental da pessoa humana. (CARNEIRO, 2021).

O problema de pesquisa consiste em identificar as mudanças ocorridas na educação básica do Brasil em decorrência da dogmática constitucional inaugurada pela Constituição Cidadã de 1988 e compreender a participação do judiciário nesse processo.

Quanto ao objetivo geral, o presente trabalho tem como foco a apresentação de um apanhado panorâmico e específico das fases e prioridades relacionadas à educação básica brasileira e de que modo o Poder Judiciário tem participado desse processo nas últimas décadas. Para seu alcance, visa-se a título de objetivos específicos, os seguintes: a) Estabelecer conceitos sobre educação básica; b) Realizar um panorama evolutivo da educação básica no Brasil, abordando, para isso, Constituições anteriores, especialmente a de 1824 e 1934; c) examinar a estrutura organizacional da educação básica brasileira pouco antes da vigência da CF/88, além de normas infraconstitucionais como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) - Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; d) Aliado aos demais objetivos, o presente trabalho primará pela análise qualitativa de julgados componentes da jurisprudência do Egrégio do Supremo Tribunal Federal e outras fontes relevantes; e) Traçar um paralelo entre os contextos educacionais no período “pré” e “pós” Constituição de 1988.

A justificativa para o presente trabalho reside no fato de que a educação básica é fundamental para o desenvolvimento da ciência, economia e outras áreas no Brasil além de que a filtragem aqui trazida mostra a importância da atuação judicial na efetivação de algumas políticas trazidas pelo novo ordenamento. Assim, o leitor terá acesso a um panorama direcionado e sintético das principais experiências e amadurecimento no sistema educativo infantil no Brasil decorrente da nova sistemática constitucional implementada em 1988.

A metodologia utilizada será predominantemente pesquisa exploratória com levantamento bibliográfico em fontes secundárias além de pesquisa jurisprudencial, utilizando amplamente citações e referenciais. Os resultados serão traduzidos em conceitos/ideias, caracterizando a pesquisa como qualitativa. O trabalho será embasado em diversos artigos científicos e resumos que se debruçaram sobre temas similares, além da Constituição de 1988 e julgados do Supremo Tribunal Federal, tudo isso visando a construção de um acervo bibliográfico amplo e coerente, trazendo todos os aspectos necessários à elucidação do tema e da problemática discutida.

## **ADENTRANDO A LINHA DO TEMPO**

### **Abordagem da Educação Básica nos atos pré-constituição de 1988**

As constituições brasileiras abordaram a educação básica em diferentes contextos. Martins (2010) aponta que a educação se tornou reconhecida como uma questão nacional nas décadas iniciais do século XX, no contexto do fortalecimento das classes médias e sua aliança com o

empresariado urbano. Houve mudanças significativas na história, antes e depois da Constituição de 1988.

Após o período colonial, no qual não se teve de forma institucionalizada a educação, com a proclamação da independência chegou-se a um novo estágio de desenvolvimento, bem como novas perspectivas no contexto educacional surgiram. Assim, pode-se dizer que, embora de forma simples, houve a inserção da educação no acervo constitucional.

A primeira Carta Magna brasileira traz apenas dois parágrafos de um único artigo sobre a matéria. Ao tratar da “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, estabelece que “A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos” (art. 179, § 32). A segunda referência diz respeito aos “Colégios e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas letras e artes” (art. 179, § 33). (art. 179, § 33). (VIEIRA, 2007, p. 4).

Essa breve análise sugere que a educação não foi uma questão central na Constituição de 1824, o que pode ter refletido as limitações do processo constituinte da época. No entanto, os dois parágrafos que abordam a educação mostram que ela foi considerada importante o suficiente para ser incluída na Carta Magna.

Além disso, a ideia de que a instrução primária deveria ser gratuita para todos os cidadãos foi uma importante conquista para a época, em que o acesso à educação era restrito a uma pequena elite.

A constituição de 1824 estabelecia que seria assegurada a inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império.

Com a Constituição de 1824, pós-Independência do País, o Império se comprometeu em assegurar a “instrução primária e gratuita a todos os cidadãos” (art.179, inciso XXXII). Esta determinação constitucional foi reforçada pela lei de 15 de outubro de 1827 que estabeleceu a “criação de escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e vilarejos, envolvendo as três instâncias do poder público” (BRASIL, 2002, p.01). Segundo o texto anteriormente citado, caso tivesse sido implementada, esta se teria tornado a “Lei Áurea” da educação básica. (FALCÃO, AMARAL. 2014, p. 11).

Segundo Menezes (2006), com o objetivo de difundir a instrução primária no País, ao final do período imperial, e mesmo durante a República, os governos estaduais passaram a conceder subvenções aos municípios, tendo, em geral, como critério de distribuição destes recursos a população local, o número de escolas públicas providas e vagas.

Com a proclamação da República em 1891, houve mudanças significativas no Direito Constitucional Brasileiro, incluindo a organização do ensino e a laicidade da escola pública, como explica Teixeira (2008). Além disso, a Constituição de 1891 estabeleceu a obrigatoriedade e manteve a gratuidade da instrução pública primária, embora com omissões explicáveis pelo princípio federativo.

A nova Carta Magna define como atribuição do Congresso Nacional:

“legislar sobre [...] o ensino superior e os demais serviços que na capital forem reservados para o Governo da União” (art. 34, inciso 30); suas responsabilidades limitam-se à esfera da União. Tem ainda a incumbência de “não privativamente: animar, no País, o desenvolvimento das letras, artes, e ciências [...] sem privilégios que tolham a ação dos governos locais, criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados e prover à instrução primária e secundária no Distrito Federal” (art. 35, incisos 2º, 3º e 4º). Aqui é importante assinalar que o texto de 1891 afirma uma tendência que vai se manter constante na

história da política educacional. Palavras como “animar” e “não tolher” referendam o tom federalista antes aludido, revelando, ainda que de forma indireta, as atribuições da União em matéria de educação: o ensino superior no País e a instrução primária e secundária no Distrito Federal. (BRASIL, 1981).

Ao se analisar a Carta de 1934, é possível extrair que havia um objetivo de instituir uma “educação universal, tanto no acesso como na capacidade de seleção e qualificação do ensino. Portanto, na crítica à incapacidade da República em realizar o seu fundamento jurídico-político de Estado laico, neutro e universal aos seus cidadãos” (ROCHA, 2001, p.122).

Conforme Menezes (2006), a concepção de que o Estado não podia mais se ausentar da aplicação de recursos públicos em educação norteou os debates e as reivindicações dos renovadores, fazendo com que a Carta de 1934, em seu artigo 156, apresentasse, pela primeira vez, a vinculação constitucional de recursos para a educação. Não obstante o citado, havia um ideal político que visava ao condicionamento moral e disciplinador, necessários para a formação de um estado totalitário e, ao mesmo tempo, populista.

A política educacional desenvolvida em meados das décadas de 1930 e 40 tinha por objetivo formar o cidadão brasileiro segundo os moldes desenvolvidos em países europeus, tendo como proposta para o desenvolvimento físico, a contribuição efetiva para a formação moral e disciplinar do indivíduo. Os ideais de uma educação eugênica estão presentes na Constituição de 1937 que foi outorgada por Getúlio Vargas no dia 10 de novembro de 1937, no mesmo dia em que foi implantada a Ditadura do Estado Novo. (ROCHA, 2018, p. 69).

Assim, havia uma relação entre a obrigatoriedade da educação e os ideais políticos do Estado Novo. Isso evidencia a preocupação do regime com o controle e condicionamento dos corpos e das mentes dos indivíduos, em detrimento da liberdade e autonomia individual.

Ultrapassado o período mencionado, em 1946 o Brasil se encontrava em um momento de grandes debates sobre a identidade nacional, afinal era o término de 15 anos de governo Vargas, sendo 8 anos de ditadura estabelecidos por Getúlio a partir de 1937. Em fevereiro de 1946 sob a presidência do militar Dutra foram iniciados os trabalhos para se fazer uma nova constituição (MARTINS, 2018).

A Constituição de 1946 estabeleceu o direcionamento no sentido de descentralização, ampliando a margem de repasses da União para o Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM), exigindo, assim, o investimento de, no mínimo, 20% na educação. Trouxe uma significativa contribuição para que o governo central tivesse também a sua participação reforçada no financiamento da educação nacional (MONLEVADE, 2001).

Segundo Assis (2012) em novembro de 1948 foi encaminhado à Câmara Federal um anteprojeto para as diretrizes e bases da educação nacional, por uma comissão presidida por Lourenço Filho. Começou, então, uma longa luta, que iria resultar na Lei nº 4.024, votada em dezembro de 1961 (treze anos depois).

Entretanto, apenas em meados da década de 50 houve um retorno das discussões sobre a LDB, momento em que o deputado Carlos Lacerda da União Democrática Nacional (UDN) apresentou consecutivamente três substitutivos da Lei de Diretrizes e Bases, em 1955, 1958 e 1959 (MARTINS, 2018). Instrumento normativo considerado fundamental na definição de um sistema nacional de educação, a Lei de Diretrizes e Bases (LDB) aparece no texto constitucional de 1946 entre as competências legislativas da União de acordo com o artigo 5º, item XV, letra d,

constituindo-se em matéria de apreciação do Congresso Nacional (MONTALVÃO, 2010).

Menezes (2006) destaca que em 1961 foi sancionada a Lei nº 4.024, que fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), assegurando o direito à educação com recursos estatais e determinando autonomia didática, administrativa e disciplinar às universidades autárquicas ou fundacionais. Foi criado também o Conselho Federal de Educação, responsável pela aprovação de estatutos e reconhecimento de estabelecimentos de ensino superior.

A demora na aprovação da lei expõe a lentidão das duas casas legislativas em decidirem sobre temas de maior importância e complexidade, como no caso das leis complementares, que se destinam a regulamentar matéria a elas reservada pela Constituição. Relatos contemporâneos, como o de Hermes Lima, indicam a raiz deste problema nos acordos feitos para sustentar o Executivo (MONTALVÃO, 2010). Com a primeira LDB houve a diminuição da centralização do Ministério da Educação, com isso os órgãos estaduais e municipais ganharam autonomia.

Quanto aos sistemas de ensino, a LDB aprovada acabou instruída pela orientação doutrinária predominante no texto constitucional de 1946, sem maiores oposições, e contrariando o pensamento de Gustavo Capanema. A relação entre educação e democracia que se pretendeu estabelecer a partir dela, partiu da necessidade de adaptá-la à existência de um regime federativo, portanto pluralista quanto às diferenciações regionais. (MONTALVÃO, 2010, p. 5).

Diante desse contexto, é possível argumentar que a LDB refletiu um processo de negociação política que envolveu diferentes atores e interesses, buscando encontrar um equilíbrio entre a centralização e a descentralização do sistema educacional. A busca por uma relação entre educação e democracia, nesse sentido, refletia a preocupação em garantir uma formação cidadã capaz de lidar com as diferenças regionais e sociais do país.

Seguidamente, no período que se entende historicamente como o da ditadura militar instaurada no Brasil nos períodos entre 1964 e 1985 houve sensíveis mudanças no cenário educacional brasileiro. Torna-se relevante mencionar os programas de cooperação para o desenvolvimento da educação brasileira, que foram assinados e executados entre 1964 e 1968, alguns com vigência até 1971, entre vários grupos de especialistas brasileiros e norte-americanos os acordos MEC-USAID (Ministério da Educação e Cultura/United States Agency International for Development) (ASSIS, 2012).

Em 1967, pelas palavras de Teixeira (2008), a nova Constituição disciplinou a matéria nos artigos 8º, XVI, XVII, q e § 2º, e 167, § 4º, e 168 a 172. O artigo 168 estabeleceu os princípios da educação e da legislação de ensino, acrescentando, com relação à primeira, a unidade nacional e a solidariedade humana. Não foram fixados percentuais da receita tributária para aplicação obrigatória e estabeleceu-se, ainda, que a gratuidade do ensino ulterior ao primário seria substituída, sempre que possível, pela concessão de bolsas de estudo, cujo reembolso seria exigido no caso do ensino superior. A cátedra continuou livre e, no caso do ensino oficial, seu acesso se manteve subordinado a concurso público de provas e títulos. Foi estabelecida para empresas comerciais, industriais e agrícolas a obrigatoriedade de manutenção de ensino primário gratuito aos empregados e filhos, bem como, no caso das duas primeiras, o oferecimento de cursos de aprendizagem aos trabalhadores menores.

Paradoxalmente, a vinculação retornou com a Emenda Constitucional nº 1/1969 (também conhecida como Constituição de 1969), que “reescreveu, seguindo o estilo autoritário, toda a Constituição de 1967” (COSTA, 2002, p.18), mas, em contraposição, garantiu a educação como um direito de todos e dever do Estado. Em tempos de Ato Institucional 05, conhecido como AI-522, o governo central resguardou para si e para os estados o direito de não vincular parte de seus recursos para a educação. No entanto, a Emenda manteve a vinculação para os municípios em, pelo menos, 20% da sua receita tributária para o ensino primário (art. 15, §3º, f). A Lei de Diretrizes e Bases do Ensino de 1º e 2º Graus, Lei nº 5.692/71, acrescentou àquela determinação que os municípios aplicassem no ensino de 1º grau pelo menos 20% das transferências recebidas do Fundo de Participação (art. 59, parágrafo único) (MENEZES, 2006. p. 22).

Assim, havia um paradoxo na relação entre a vinculação de recursos para a educação e o direito à educação. Segundo o texto, a Constituição de 1969, que foi escrita de forma autoritária, garantiu a educação como um direito de todos e dever do Estado, mas permitiu que o governo central e os estados não vinculassem recursos para a educação durante o período do AI-5. Por conseguinte, no que se refere à Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969:

Fruto do agravamento da situação de exceção política vivida pelo País, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, alterou profundamente as disposições relativas ao direito à educação. Merece destaque a substituição da liberdade de cátedra pela liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério. A obrigatoriedade para investimentos foi estabelecida somente aos municípios. Em 1983, por intermédio da Emenda Constitucional nº 24, esse dever foi estendido à União, estados e Distrito Federal. (TEIXEIRA, 2008, p. 16).

A emenda limitou a liberdade de ensinar dos professores, e apenas os municípios foram obrigados a investir em educação. Houve ampliação do acesso à escola para crianças de 7 a 14 anos, apesar das restrições da LDB de 1961 e da falta de escolas adequadas após a Lei de 1971:

Embora o artigo 27 preveja a obrigatoriedade deste nível de ensino, o parágrafo único do artigo 30 praticamente anula isso, ao conjecturar que podem ser isentos dessa obrigatoriedade: “a) comprovado estado de pobreza do pai ou responsável; b) insuficiência de escolas; c) matrícula encerrada; d) doença ou anomalia grave da criança” (BRASIL, 1961, art. 27, § único). Estes itens (à exceção da letra d) isentam o poder público de seu compromisso de fornecer condições para que a obrigatoriedade seja cumprida e contradiz o artigo 27. (ASSIS, 2012, p. 6).

De certo modo, as exceções anulam a obrigatoriedade prevista no artigo 27, pois isenta o poder público de fornecer as condições necessárias para que as crianças possam frequentar a escola regularmente. O autor destaca que as exceções mencionadas, com exceção da letra d, contradizem o artigo 27, que prevê a obrigatoriedade do ensino primário para todas as crianças nessa faixa etária.

## **ENSINO BÁSICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS**

Muitos eram os desafios a serem encarados pela nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

Segundo Corbucci (2009) transcorridos mais de 20 anos desde a promulgação da CF/67, a partir da qual ficou estabelecida obrigatoriedade do ensino à faixa etária de 7 a 14 anos, a escolaridade média da população brasileira de 15 anos ou mais era de apenas 5,1 anos de estudos, ou seja, bastante aquém do mínimo de oito anos de estudos estabelecido constitucionalmente e referendado pela LDB, de 1971. O analfabetismo reduzia-se lentamente, apesar das iniciativas

de campanhas como o Mobral, nos anos de 1970. Em 1988, quase um quinto da população de 15 anos ou mais era constituída de analfabetos. Logo no início da transição, como apresentado a seguir, se teria que:

A primeira preliminar é não ignorar o que é a situação do Brasil em matéria socioeconômica. De há muito os educadores brasileiros correlacionam dialeticamente sociedade e educação. Sabemos todos que a distribuição de renda e da riqueza no país determina o acesso e a permanência dos estudantes na escola. Sabemos também que o aumento da permanência de estudantes na escola depende da realização do direito ao saber, sob um padrão de qualidade possível de ser incrementado. E sabemos também que não se deve exigir da escola o que não é dela, superando a concepção de uma educação salvífica e redentora. (CURY, 2002, p. 2).

Assim, é importante considerar tanto as determinações internas da educação quanto o contexto socioeconômico mais amplo em que ela está inserida ao analisar as políticas educacionais. Em relação ao ensino básico, é necessário superar as dificuldades enfrentadas na implementação da nova ordem constitucional. Para além das eventuais dificuldades a serem enfrentadas pelo implemento da nova ordem constitucional, se teve a abordagem do ensino básico nos seguintes termos:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (BRASIL, 1988).

A educação básica, com *status* constitucional, ganha contornos de garantia fundamental, devendo a sua implementação ser levada a efeito da forma mais eficiente e urgente. Esse tem sido o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal nos últimos julgados referentes à matéria aqui abordada. Primeiro, cumpre destacar que a Constituição, ao reconhecer o direito à educação como um direito fundamental, vincula o Estado à sua efetivação, o que faz surgir uma situação jurídica (CARNEIRO, 2021). Isso significa que o Estado não pode simplesmente se omitir em relação à oferta de educação, mas deve desenvolver políticas públicas que assegurem o acesso à educação de qualidade para todos.

O Estado tem o dever constitucional de assegurar às crianças entre zero e cinco anos de idade o atendimento em creche e pré-escola 1. A educação básica em todas as suas fases educação infantil, ensino fundamental e ensino médio constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica. STF. Plenário. RE 1008166/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22/9/2022 (Repercussão Geral Tema 548) (Info 1069).

Consoante Carneiro (2021) em que pese a teoria da separação dos Poderes jamais ter sido abandonada, houve mudança significativa na sua concepção. Isso ocorreu devido à transição do Estado liberal para o Estado social. Assim, no novo contexto busca-se, sobretudo a igualdade material. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em situações de omissão estatal, a decisão do Poder Judiciário de exigir a implementação de políticas públicas que visem garantir o direito à educação não configura uma violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Nos precedentes da Corte:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 761127 Agr., Relator (a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014)

O julgado em questão trata de uma importante questão relacionada à implementação de políticas públicas no Brasil, especialmente aquelas relacionadas à educação básica. A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de que é possível ao Judiciário determinar ao Poder Executivo a construção de uma nova escola para garantir o direito à educação básica sem violar o princípio da separação dos poderes é um importante passo para assegurar que os direitos fundamentais sejam efetivados.

Na educação, a declaração de direitos pode ajudar a assegurar que todos os estudantes tenham acesso a uma educação de qualidade, independentemente de sua condição social, cultural, étnico-racial ou de gênero. Além disso, a declaração de direitos pode ser um instrumento importante para a promoção da diversidade e da inclusão na educação, garantindo que todos os estudantes sejam respeitados em suas diferenças e que tenham suas necessidades educacionais especiais atendidas.

Segundo Cury (2002) a educação básica torna-se, dentro do art. 4º da LDB, um direito do cidadão à educação e um dever do Estado em atendê-lo mediante oferta qualificada. E tal o é por ser indispensável, como direito social, a participação ativa e crítica do sujeito, dos grupos a que ele pertença, na definição de uma sociedade justa e democrática.

A responsabilidade para gerir e direcionar a educação básica nacional, como a nova política constitucional, foi reforçada no sentido de se reafirmar a cooperação entre os entes federativos. Segundo Cury (2022) a Constituição fez escolha por um regime normativo e político, plural e descentralizado no qual se cruzam novos mecanismos de participação social com um modelo institucional cooperativo e recíproco que amplia o número de sujeitos políticos capazes de tomar decisões.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (BRASIL, 1988).

Por meio dessa colaboração, é possível compartilhar recursos e conhecimentos entre as diferentes esferas de governo, promovendo a melhoria da qualidade da educação em todas as regiões do país. Além disso, a colaboração entre os entes federativos pode contribuir para a elaboração de políticas educacionais mais eficazes e adaptadas às necessidades locais, garantindo a promoção da equidade e da inclusão social.

ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO – OBRIGAÇÃO DO ESTADO. O artigo 211 da Constituição Federal determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”. Desse modo, a determinação judicial tem por escopo a efetiva concretização da norma constitucional, sem implicações com o princípio da separação dos Poderes. (ARE 858084 Agr., Relator (a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 05-05-2015 PUBLIC 06-05-2015)

No julgado acima mencionado, cuja relatoria foi do ministro Marco Aurélio, o relator ao ponderar seu voto afirma que o Estado é responsável por prover educação, incluindo atendimento em creches e pré-escolas para crianças de zero a seis anos de idade. Tanto a União, os Estados quanto os Municípios devem se preparar adequadamente para cumprir as obrigações constitucionais, sem usar a falta de recursos como justificativa. Apesar disso, a alta carga tributária no Brasil muitas vezes é citada como um obstáculo para cumprir essa responsabilidade.

A repartição de competências estimula a cooperação entre os diferentes entes federativos, incentivando a troca de experiências, a colaboração técnica e a integração de ações, o que resulta em uma gestão mais integrada e eficiente. Dessa forma, a repartição de competências contribui para a promoção do bem-estar em âmbito nacional, visando garantir a melhora da educação básica nacional.

Ainda consoante Cury (2002) o modelo de distribuição de competências objetiva conjugar as atribuições repartindo-se cooperativamente e, quando for o caso, impondo casos de limitação tais como os expostos no art. 34. Busca-se, pois, uma finalidade comum, um sentido geral, com regras e normas de modo que se obtenha uma harmonia interna. Mas, todas essas competências e limitações encontram seu fundamento de validade na mesma fonte, isto é, na Constituição Federal. Espera-se, com isso, que não haja antinomias no interior das e entre as competências e que, coexistindo lado a lado, formem um conjunto harmonioso visando a fundamentos, objetivos e finalidades maiores e comuns postos na Constituição.

Para Araújo (2010) a cooperação difere da coordenação, quanto à tomada de decisão. No caso da cooperação, a tomada de decisão deve ser concretizada de forma conjunta, assim como o exercício das competências. Dessa forma, a União e os entes federados não podem atuar isoladamente.

O art. 22 da CF. estabelece que uma das competências da união é legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Este dispositivo constitucional teve, como desdobramento imediato, o desencadeamento, ainda no ano de 1988, de todo o processo de discussão e debate no Congresso nacional e no campo educacional em geral - sindicatos, associações científicas, organizações representativas de classe e segmentos dentro da área da educação - em torno da formulação da nova Lei de diretrizes e Bases da Educação nacional (LDB). (PALAFOX; KLINKE; SILVA, 2013). Nesse novo contexto, foi então promulgada a nova LDB que rearranja o sistema educacional no Brasil, definindo os papéis de creche e pré-escola, irrompendo velhos padrões e propondo novas formas de organização do espaço escolar, tempos e prática pedagógica (SILVA, 2020).

A Lei 9.394/96 representa um passo à frente no âmbito da descentralização do processo educativo, dando certa autonomia às escolas e flexibilizando também a gestão dos centros de ensino superior. Embora sujeitas a avaliação e até passíveis de descredenciamento pela União, as universidades podem: deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes a seus cursos (art. 51); criar, organizar e extinguir cursos e programas de educação superior; fixar os currículos de seus programas, dentro das diretrizes gerais; elaborar e reformar seus próprios estatutos e regimentos; administrar os rendimentos (art. 53); decidir sobre ampliação e diminuição de vagas (art. 53, § único); propor o seu quadro de pessoal docente e seu plano de cargos e salários (art. 54, § 1º), entre outras atribuições que lhes são conferidas.. (RAMAL, 1997, p. 5).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996 registra hoje em seu corpo mais de 100 (cem) alterações, que vão desde a primeira mudança

promovida pela Lei 9.475/97 tratando do ensino religioso como parte integrante da formação básica do cidadão e de matrícula facultativa até a alteração que trata do conteúdo de artes no currículo da Educação Básica, artigo 4º (LEI 12.061/09).

## **CONTRASTES ENTRE REALIDADES E PERÍODOS DISTINTOS (PRÉ E PÓS CRFB/88)**

Antes da Constituição Federal de 1988, a educação básica no Brasil apresentava algumas características importantes, entretanto não garantiam o acesso à educação e a qualidade do ensino da forma mínima esperada. Dentre as principais características da educação básica antes da Constituição de 1988, destacam-se as seguintes:

a) Acesso restrito: Em nenhum momento a política social encontra tamanho acolhimento em Constituição brasileira, como acontece na de 1988 (artigos 6º a 11): nos campos da Educação (pré-escolar, fundamental, nacional, ambiental etc.), da Saúde, da Assistência, da Previdência Social, do Trabalho, do Lazer, da Maternidade, da Infância, da Segurança, definindo especificamente direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, da associação profissional ou sindical, de greve, da participação de trabalhadores e empregadores em colegiados dos órgãos públicos, da atuação de representante dos trabalhadores no entendimento direto com empregadores (VIEIRA, 2001). O acesso à educação básica era restrito, sendo oferecido apenas em áreas urbanas e para poucas pessoas. Além disso, a oferta de escolas era limitada e muitas vezes concentrada em regiões mais desenvolvidas;

b) Ensino deficiente: A qualidade do ensino oferecido era baixa, com falta de infraestrutura nas escolas, falta de material didático adequado, professores sem formação específica e baixos salários. Discutir sobre os processos formativos dos professores, é antes de tudo compreender como tem se constituído historicamente o trabalho pedagógico com crianças com vistas a superação das práticas espontaneístas e assistenciais, sobretudo para àquelas das classes menos favorecidas (PASCHOAL; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2020).

c) Falta de investimento: Outras constituições haviam estabelecido deveres do Estado para com a educação, mas nenhuma avançaria tanto quanto a “Constituição Cidadã” (VIEIRA, 2007). O investimento em educação era insuficiente e as escolas não recebiam recursos suficientes para manutenção e melhoria da infraestrutura e da qualidade do ensino;

d) Ausência de políticas públicas: A educação não era vista como uma prioridade, havendo pouco investimento em políticas públicas para melhorar a oferta e a qualidade do ensino. Diante desse quadro de fragmentação, a partir da segunda metade da década de 1990, o governo federal – em boa medida recuperado da crise anterior, com o fim da inflação - passou a implementar uma série de ações, com o objetivo de nacionalizar padrões de políticas públicas e aumentar a coordenação entre os entes federativos (FRANZESE, 2010).

e) Desigualdade social: A educação era vista como um privilégio para poucos, e não como um direito fundamental. Isso resultava em desigualdades sociais e econômicas, já que apenas pessoas com condições financeiras privilegiadas podiam ter acesso a uma educação de qualidade. Essa igualdade pretende que todos os membros da sociedade tenham iguais condições de acesso aos bens trazidos pelo conhecimento, de tal maneira que possam participar em

termos de escolha ou mesmo de concorrência no que uma sociedade considera como significativo e onde tais membros possam ser bem sucedidos e reconhecidos como iguais (CURY, 2005).

A Constituição Federal de 1988 foi um marco importante na história da educação brasileira, uma vez que trouxe diversos avanços para a educação básica, que inclui a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Dentre os principais avanços que a Constituição Federal trouxe para a educação básica, destacam-se os seguintes:

a) Universalização do ensino fundamental: A Constituição de 1988 tornou obrigatório o ensino fundamental para todas as crianças e adolescentes entre 6 e 14 anos, com o objetivo de garantir o acesso de todos à escola. Além disso, a Constituição previu o oferecimento de ensino gratuito em estabelecimentos oficiais para os que não tivessem condições de pagar; aí se incluem, também, as políticas públicas de combate ao trabalho infantil, o prolongamento do tempo de escolaridade e da jornada escolar, as atividades de recuperação, valorização do professor, implantação de um sistema de transporte escolar, material didático etc. (DUARTE, 2007)

b) Descentralização do ensino: A Constituição estabeleceu que a educação básica é responsabilidade dos municípios, cabendo aos estados e à União o dever de prestar assistência técnica e financeira para garantir a oferta adequada de ensino. Isso possibilitou uma maior participação da comunidade local na gestão da educação. A configuração desse modo de gestão se desenvolve de forma gradativa, envolvendo uma relação de negociação constante entre os entes federados, trabalhadores em educação, associações educacionais, entre outros. (ROSA; LOPES; CARBELLO, 2015).

c) Financiamento da educação: A Constituição determinou que a União, os estados e os municípios devem investir uma parcela mínima de suas receitas em educação, com o objetivo de garantir a melhoria da qualidade do ensino. Além disso, a Constituição criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), posteriormente substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), que é uma importante fonte de recursos para a educação básica.

d) Valorização dos profissionais da educação: Ao lado dessas mudanças no campo do currículo, inauguradas pelo texto constitucional de 1988, também no que se refere à formação e valorização dos profissionais da educação, novos preceitos legais foram firmados para a orientação das políticas educacionais nesta área (PALAFOX; KLINKE; SILVA, 2013). A Constituição reconheceu a importância dos profissionais da educação para o desenvolvimento da educação básica e estabeleceu a obrigatoriedade de formação em nível superior para os professores. Além disso, a Constituição previu a garantia de planos de carreira para os profissionais da educação, com remuneração condizente com sua formação e experiência.

e) Promoção da inclusão social: Segundo Silva (2020) com sua promulgação, várias outras discussões sobre educação, notadamente acerca de políticas públicas, foram alavancadas. Logo começam a surgir no país Leis, estatutos, diretrizes e decretos para garantir o direito constitucional à educação, principalmente a creche e pré-escola. A Constituição de 1988 reconheceu a necessidade de promover a inclusão social por meio da educação, prevendo a garantia de educação especial para alunos com deficiência, o atendimento em creche e pré-escola para crianças de até 5 anos de idade e a oferta de educação indígena e quilombola.

f) Participação do Poder Judiciário na efetivação do Direito à Educação: Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a participação do Poder Judiciário na efetivação do direito à educação era limitada. Naquela época, a educação não era considerada um direito fundamental previsto na Constituição, mas sim uma política pública a ser implementada pelo Estado.

Nesse sentido, imprescindível citar os conceitos de Scaff e Pinto (2016, p. 20)

De fato, enquanto no início dos anos de 1990 prevaleciam decisões relativas à regulação estatal na prestação dos serviços educacionais por estabelecimentos privados de ensino, observa-se na última década um crescimento no número de demandas que requerem a efetivação do direito à educação, especialmente no âmbito da educação básica.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a situação mudou significativamente. A educação foi elevada à condição de direito social fundamental, o que aumentou o papel do Poder Judiciário na defesa desse direito. A partir de então, o Judiciário passou a ser acionado com mais frequência para garantir o acesso à educação e para resolver conflitos relacionados a esse direito. Atualmente, a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à educação é cada vez mais presente e relevante, tendo em vista a importância desse direito para o desenvolvimento social e econômico do país.

Inobstante o acima apresentado, ainda há desafios a serem enfrentados na área da educação básica no Brasil, como a melhoria da qualidade do ensino, a redução das desigualdades regionais e socioeconômicas no acesso à educação, e a ampliação do acesso à educação infantil. No entanto, a Constituição de 1988 representou um avanço importante para a educação básica no país, estabelecendo bases sólidas para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observado todo o exposto, entende-se que foram alcançados os objetivos geral e específicos, uma vez que se realizou levantamento histórico e evolutivo da educação básica em seus aspectos conceituais, normativos e jurisprudenciais.

Além disso, foram apresentados os principais aspectos do instituto em várias das constituições brasileiras no decorrer da história, mediante os quais pôde-se estudar as minúcias das disposições constitucionais, e infraconstitucionais aplicáveis ao tema estudado.

Também houve investigação acerca do posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tendo sido citadas ementas e informativos da jurisprudência da Corte Suprema Brasileira, e que demonstra o entendimento pacificado da justiça brasileira acerca da aplicação e incidência desse direito fundamental.

Nos últimos anos, a educação básica brasileira tem passado por diversas transformações, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988. O objetivo dessas mudanças é garantir um ensino de qualidade, universal e inclusivo para todas as crianças e jovens do país. Para isso, foram criadas novas políticas públicas, programas governamentais, houve a ampliação do acesso à educação, a melhoria da infraestrutura escolar e a formação de professores mais qualificados e comprometidos com o aprendizado dos alunos.

A atuação do Poder Judiciário tem sido fundamental na efetivação do direito à educação básica no Brasil. Por meio de julgamentos em casos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem estabelecido importantes precedentes para a garantia desse direito. Além disso, a jurisprudência do STF tem contribuído para a proteção dos direitos dos estudantes e para a melhoria da qualidade da educação em todo o país. Dessa forma, a participação do Poder Judiciário tem sido uma importante aliada na luta pela educação de qualidade no Brasil.

Dessa forma, e respondendo ao questionamento motriz do presente trabalho, diversas e providenciais foram as mudanças ocorridas na educação básica do Brasil em decorrência da dogmática constitucional inaugurada pela Constituição Cidadã de 1988, pelo que pode-se compreender a importantíssima participação do Poder Judiciário nesse processo, como garantidor último da aplicação desse direito fundamental, bem como na condição de interpretador dos textos constitucionais e infraconstitucionais, consolidando o melhor entendimento acerca das normas sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Gilda Cardoso de. Direito à educação básica: a cooperação entre os entes federados. *Retratos da escola*, v. 4, n. 7, 2010. Disponível em: <https://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde/article/view/83/270>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- ASSIS, Renata. Machado de. *A Educação Brasileira Durante O Período Militar: A Escolarização Dos 7 Aos 14 Anos. Educação em Perspectiva*, Viçosa, MG, v. 3, n. 2, 2013. DOI: 10.22294/eduper/ppge/ufv.V3i2.171. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/educacaoem perspectiva/article/view/6512>. Acesso em: 13 fev. 2023.
- BRASIL. Constituição (1824). *CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)*. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 10 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1891). *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891)*. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 10 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1934). *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934)*. Brasília, DF, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 10 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 mar. 2023.
- \_\_\_\_\_. Lei Nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1961. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4024.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4024.htm) Acesso em: 13 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em: 01 abr. 2023.
- \_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.457, de 05 de maio de 1997. Brasília, DF, 06 maio 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9457.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.457%2C%20DE%205,a%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9457.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.457%2C%20DE%205,a%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios). Acesso em: 01 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 12.061, de 27 de outubro de 2009. Altera o inciso II do art. 4º e o inciso VI do art. 10 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para assegurar o acesso de todos os interessados ao ensino médio público. Brasília, DF, 28 out. 2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12061.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12061.htm). Acesso em: 01 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação. INFORMATIVO STF. Brasília/DF, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>. Acesso em: 12 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 858084. Relator: Marco Aurélio de Melo. Brasília, DF, 14 de abril de 2015. Dje 083. Diário da Justiça Eletrônico 083, 05 maio 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91757/false>. Acesso em: 12 mar. 2023.

CARNEIRO, Ana Luísa Borges. A interferência do poder judiciário na efetivação do direito à educação. 2021. 51 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal da Paraíba - Ufpb, Santa Rita/Pb, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/22493>. Acesso em: 04 fev. 2023.

CORBUCCI, Paulo Roberto; BARRETO, Ângela; CASTRO, Jorge Abrahão de; CHAVES, José Valente; CODES, Ana Luíza. Vinte Anos Da Constituição Federal De 1988: Avanços E Desafios Na Educação Brasileira. Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise, Brasília/DF, v. 2, n. 17, p. 17-81, dez. 2009. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4332>. Acesso em: 03 mar. 2023.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação Básica Como Direito. Cadernos de Pesquisa, Belo Horizonte/Mg, v. 38, n. 134, p. 293-303, maio 2008. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/QBBB9RrmKBx7MngxBfWgcF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 mar. 2023.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. Educação & Sociedade, v. 28, p. 691-713, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhstLtg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 abr. 2023.

FALCÃO, Andreia Sartori; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Histórico sobre o direito da educação nas constituições brasileiras. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 10, n. 10, 2014.

FRANCEZE, Cibele. Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas. 2010. 210 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Administração, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8219/72060100752.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 abr. 2023.

MARTINS, Andréia. A Constituição de 1946 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 4.024/61: A educação pública em debate. In: Anais Congresso Nacional de Educação. 2018. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/45590>. Acesso em: 08 abr. 2023.

MARTINS, P. de S. O Financiamento Da Educação Básica Como Política Pública. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, [S. l.], v. 26, n. 3, 2011. DOI: 10.21573/vol26n32010.19795. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/rbpaee/article/view/19795>. Acesso em: 10 fev. 2023.

MENEZES, Janaína Specht da Silva. O Financiamento Da Educação Básica Pública No Brasil: 500 Anos De História. VII Seminário nacional de Estudos e Pesquisas/Histedbr, p. 1-25, 2006. Disponível em: [https://histedbrantigo.fe.unicamp.br/acer\\_histedbr/seminario/seminario7/TRABALHOS/J/Janaina%20specht%20da%20silva%20menezes.pdf](https://histedbrantigo.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario7/TRABALHOS/J/Janaina%20specht%20da%20silva%20menezes.pdf). Acesso em: 10 fev. 2023.

MONLEVADE, João. Educação pública no Brasil: Contos & Descontos. Ceilândia-DF: Idéa Editora, 2ª ed, 2001. Disponível em: <http://bds.unb.br/handle/123456789/59>. Acesso em: 10 fev. 2023.

MONTALVÃO, Sérgio. A LDB de 1961: apontamentos para uma história política da educação. Mosaico, v. 2, n. 3, p. 21-39, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/mosaico/article/view/62786>. Acesso em: 15 fev. 2023.

PALAFIX, Gabriel Humberto Muñoz; KLINKE, Karina; DA SILVA, Marcelo Soares Pereira. Políticas De Currículo, Formação E Valorização Dos Profissionais Da Educação Pós-Constituição De 1988: um breve balanço. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, v. 29, n. 2, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/rbpae/article/view/43525>. Acesso em: 06 abr. 2023.

PASCHOAL, Jaqueline; DE OLIVEIRA, Sonara Maria Lopes; DE OLIVEIRA, Marta Regina Furlan. Formação E Construção Da Docência Na Educação Infantil. In: Colloquium Humanarum. ISSN: 1809-8207. 2020. p. 158-168.

RAMAL, Andrea Cecilia. A Nova Lei Das Diretrizes E Bases Da Educação Nacional. Revista de Educação, Salvador, ano, v. 5, p. 05-21, 1997. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/167323/ldb\\_\(historico\\_e\\_comentarios\).pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/167323/ldb_(historico_e_comentarios).pdf). Acesso em: 26 mar. 2023.

ROCHA, Marlos Bessa Mendes. Tradição E Modernidade Na Educação: O Processo Constituinte De 1933-34. In: FÁVERO, Osmar (org.). A educação nas Constituintes brasileiras 1823-1988. 2.ed. Campinas, SP; Autores Associados, 2001. p. 119-138.

ROCHA, Simone. A Educação Como Projeto De Melhoramento Racial: Uma Análise Do Art. 138 Da Constituição De 1934 (Education as a racial enhancement project: an analysis of art. 138 of the 1934 Brazilian Constitution). Revista Eletrônica de Educação, v. 12, n. 1, p. 61-73, 2018. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/ce74/9f93a38b58fc875a5fca27543b72ce994ab0.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2023.

ROSA, Chaiane de Medeiros; LOPES, Nataliza Francisca Mezzari; CARBELLO, Sandra Regina Cassol. Expansão, Democratização E A Qualidade Da Educação Básica No Brasil. Poiesis Pedagógica, v. 13, n. 1, p. 162-179, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufcat.edu.br/poiesis/article/view/35982>. Acesso em: 05 abr. 2023.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal E A Garantia Do Direito À Educação. Revista Brasileira de Educação, [S.L.], v. 21, n. 65, p. 431-454, jun. 2016. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s1413-24782016216523>. Acesso em: 06 abr. 2023.

SILVA, José Rogério da. EDUCAÇÃO INFANTIL: DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 A BNCC, AVANÇOS E ENTRAVES!. Educere-Revista da Educação da UNIPAR, v. 20, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.25110/educere.v20i2.2020.7711>. Acesso em: 25 mar. 2023.

TEIXEIRA, Maria Cristina. O Direito À Educação Nas Constituições Brasileiras. Revista da Faculdade de Direito, 2008, s/n, p. 146-168 Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistasmetodista/index.php/RFD/article/viewFile/464/460>. 69 Acesso em 16 fev. 2023.

VIEIRA, Evaldo. A Política E As Bases Do Direito Educacional. Cadernos Cedes, [S.L.], v. 21, n. 55, p. 9-29, nov. 2001. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-32622001000300002>. Acesso em: 04 abr. 2023.

VIEIRA, Sofia. A Educação Nas Constituições Brasileiras: Texto E Contexto. Revista brasileira de Estudos pedagógicos, v. 88, n. 219, 2007. Disponível em: <http://rbep.inep.gov.br/ojs3/index.php/rbep/article/view/1469>. Acesso em: 05 fev. 2023.



# Independência e harmonia dos poderes de estado durante a pandemia: ação direta de inconstitucionalidade 6341-STF

## Independence and harmony of state powers during the pandemic: direct action of unconstitutionality 6341-STF

---

Ademar José Ferreira

*Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS*

Denize Lima de Miranda

*Especialista em Ensino de Português, Literatura e Redação pelo Centro de Ensino Claretiano (2019);  
Graduada em Letras Português/Espanhol pela Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS (2018);  
Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins- UNITINS*

Halan Heverton dos Santos Nobre

*Mestrando em Educação - FABIC/UNILOGOS (2022); Especialista em Docência do Ensino Superior - FABIC (2013); Especialista em Direito Público: Com ênfase em Assessoria Governamental - ITOP (2011); Especialista em Direito Municipal - UNITINS (2009); Bacharel em Direito Universidade Federal do Tocantins - UFT, 2007*

Kamila Soares Leal

*Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté- UNITAU (2020);  
Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020), Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional-UNINTER (2016), Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio-FABIC (2013)*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.18

## RESUMO

O trabalho aborda uma discussão acerca de como se deu a separação dos Poderes no âmbito da União durante a Pandemia da Covid-19, em que o ambiente sócio-político estava cercado de incertezas devido aos efeitos devastadores que a doença trouxe ao País. Como metodologia utilizada, tem-se a pesquisa bibliográfica e documental, com alicerce na Constituição Federal, Leis, Jurisprudência e doutrina pertinentes. A situação discutida é o conflito de competência para dispor sobre medidas de enfrentamento à pandemia, conflito este, oriundo da Lei 13.979 e Medida Provisória 926, ambas de 2020, que tratavam da competência do Chefe do Executivo Federal, não sendo claras a respeito da possibilidade dessa competência ser comum também aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Como resultado, observou-se que não houve ruptura do princípio da separação dos poderes pelo então Presidente da República ao editar a MP 926, ademais, para evitar conflito entre os entes federados sobre as medidas cabíveis a cada um, para enfrentar a pandemia, o acórdão da ADI 6341 DO STF alterou em parte os dispositivos analisados, esclarecendo que é comum a competência para tomar tais medidas.

**Palavras-chave:** separação dos poderes. ADI 6341. medida provisória.

## ABSTRACT

The work addresses a discussion about how the separation of powers within the Union took place during the Covid-19 pandemic, in which the socio-political environment was surrounded by uncertainties due to the devastating effects that the disease brought to the country. As a methodology used, there is bibliographical and documentary research, based on the Federal Constitution, Laws, Jurisprudence and relevant doctrine. The situation discussed is the conflict of competence to provide for measures to combat the pandemic, a conflict arising from Law 13,979 and Provisional Measure 926, both from 2020, which dealt with the competence of the Chief of the Federal Executive, not being clear about the possibility of this competence to be common also to the States, Federal District and Municipalities. As a result, it was observed that the then President of the Republic did not breach the principle of separation of powers when editing MP 926, moreover, to avoid conflict between the federated entities on the measures appropriate to each one to face the pandemic, the decision of the ADI 6341 of the STF partly altered the provisions analyzed, clarifying that competence to take such measures is common.

**Keywords:** separation of powers. ADI 6341. provisional measure.

## INTRODUÇÃO

O tema escolhido para o desenvolvimento deste trabalho deriva de uma situação relativamente recente, a calamidade pública trazida pela Pandemia do Covid-19, porém, com alicerce em uma temática que se iniciou há muito tempo: a separação dos poderes.

Diante da crise sanitária que assolou o mundo, a partir do início do ano de 2020, a humanidade teve que lidar com um cenário de incertezas e temor. No Brasil, o enorme número de mortos e a disseminação desenfreada do vírus, tiveram entre suas consequências as crises sanitária e econômica, que levaram as autoridades a tomar medidas drásticas para tentarem combater a

propagação do vírus e lidar com as demandas sociais adjacentes.

Uma dessas medidas acabou gerando um conflito na esfera político-administrativa brasileira. Trata-se da edição de uma medida provisória que versava sobre restrições de locomoção e aglomeração como forma de combate à disseminação do vírus. Essa MP foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para ser averiguado se houve ou não invasão de competência entre os Entes da Federação sobre a esfera administrativa.

Sendo assim, a situação problema deste trabalho está relacionada ao conflito ocorrido na administração da crise sanitária no Brasil e à separação dos Três Poderes Estatais: o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Relacionando-se à capacidade de legislar do Chefe do Executivo na esfera da União, em detrimento dos demais entes federados, a partir da edição de dispositivos que poderiam diminuir a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para executarem e criarem medidas de enfrentamento à pandemia.

Diante disso, esse trabalho visa fazer uma análise, sob a ótica jurídica, de como se deu a organização político-administrativa durante a pandemia no país. Como objetivos específicos, tem-se a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 do Supremo Tribunal Federal e a verificação de alguns dispositivos da Lei n. 13.979/2020 e a Medida Provisória 926/2020.

Como metodologia, será abordada aqui a pesquisa bibliográfica e documental, de caráter exploratório, com foco na legislação referente ao Direito Administrativo, Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do STF e doutrina relevante ao assunto. Além de autores como Lenza (2008) e Mendes (2015). Principalmente, para fundamentar, juridicamente, como se dá a separação dos poderes e se houve o respeito a essa separação na pandemia.

O desenvolvimento deste trabalho será feito através da divisão do tema em capítulos, no que segue: Relação e Separação dos Poderes de Estado com subdivisões tratando do contexto histórico-jurídico da separação dos Poderes, competências típicas e atípicas desses Poderes, Medida Provisória n 926 de 2020 e a ADI 6341. Após essa explanação de conteúdos respaldados em um arsenal teórico, será feita uma discussão sobre os resultados obtidos e a conclusão do trabalho.

## **RELAÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES DE ESTADO**

### **Contexto Histórico-Jurídico da Separação do Poderes**

O tema, separação dos poderes, surgiu nas discussões feitas por Aristóteles na antiguidade grega. Mas, diferentemente do conceito atual sobre a divisão de tarefas entre mais de uma pessoa, a teoria de Aristóteles tratava, sim, de funções distintas a serem exercidas pelo soberano, porém, todas as funções eram desempenhadas pela mesma pessoa.

Tais funções eram divididas, por Aristóteles, de acordo com sua natureza. Segundo Pedro Lenza, eram: editar normas gerais; aplicar tais normas no caso concreto para administrar a Estado seguindo as leis; e a função de julgar e solucionar os conflitos advindos da execução das leis:

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. (LENZA, 2008, p. 291)

Mais tarde, seguindo a linha de Aristóteles sobre a divisão das tarefas, vem Montesquieu e inova ao atribuir as funções estatais a diferentes órgãos na obra “O Espírito das Leis”, 1748. Essa obra se tornou famosa e base de muitos estudos por surgir em um contexto de verdadeira revolução histórica, o Iluminismo. Nessa época, o movimento liberal, apoiado do Montesquieu, ganhou força em detrimento do Absolutismo. Para Gonzaga (2015, p. 20):

“Montesquieu condena tanto a monarquia absoluta quanto a democracia como regimes despóticos, equiparando o despotismo de um tirano à tirania da multidão, contrária à natureza das coisas, expressão essa cunhada pelo barão para designar o razoável, de acordo com o bom-senso.”

Assim, Montesquieu acreditava que o Estado era aquele que detinha o poder, mas a forma para exercê-lo não deveria ser através da monarquia e do absolutismo. Foi com base no conceito de liberdade política para os cidadãos que o pensador delimitou os três poderes a serem exercidos pelo Estado: o legislador, executivo e julgador. O principal ponto da teoria de Montesquieu era que esses três poderes não poderiam ser exercidos em unidade por um só agente. Como é possível observar na obra O Espírito das Leis, Montesquieu (1748, p. 167-168):

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”

Esse trecho é um trecho clássico do pensamento político de Montesquieu, presente em sua obra “O Espírito das Leis”. Nele, Montesquieu defende a ideia de que a liberdade só pode existir quando há uma separação clara e distinta dos poderes do Estado, de modo que cada poder exerça sua função de forma independente e limite os excessos dos demais.

Montesquieu argumenta que se o poder legislativo estiver reunido ao poder executivo, não haverá liberdade porque o governante poderá fazer leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Da mesma forma, se o poder de julgar estiver reunido ao legislativo ou ao executivo, o juiz terá o poder de fazer leis ou de ter a força de um opressor, o que colocaria em risco a liberdade individual.

O autor defendia que se o poder Legislativo estiver reunido ao Executivo, ou se o poder Judiciário estiver reunido a qualquer um desses poderes, isso pode levar a abusos de poder e tirania. Ele defende que é essencial que cada um desses poderes seja exercido por um grupo separado de pessoas, de forma que possam equilibrar e fiscalizar mutuamente, evitando assim a concentração excessiva de poder em mãos de poucos.

Dessa forma, os primeiros passos para a formação da teoria da tripartição dos poderes, tal como a conhecemos hoje, foram dados. Ao passar dos anos foi-se consolidando e hoje é um

dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, prevista em seu: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). Cada Poder exerce suas funções típicas, e por vezes, uma função atípica, não deixando de observar o disposto na CF/88.

## **Competências típicas e atípicas do Poderes**

No que tange às atribuições dos Três Poderes, estas podem ser divididas em típicas e atípicas. As primeiras dizem respeito à natureza funcional de cada setor, já as segundas são aquelas atividades que, em tese, pertencem aos outros poderes, mas são essenciais para o desenvolvimento da função principal. Vale lembrar que os Poderes Executivo e Legislativo existem em todos os Entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) enquanto o Poder Judiciário faz partes de todos, exceto dos Municípios.

Segundo a Constituição Federal de 1988, no âmbito da União: “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.” (BRASIL, 1988). E tem como funções típicas a de Legislar, editando atos primários sobre diversas matérias como a tributação, por exemplo, e fiscalizar a União e a Administração Direta e Indireta, com auxílio do Tribunal de Contas da União (BRANCO, 2015, p. 888-910)

Atipicamente, o Legislativo exerce a função administrativa ao dispor sobre sua própria organização, remuneração de pessoal, dispensa ou licença de servidores, etc. Isso ocorre de forma interna, e contribui para que suas competências típicas sejam cumpridas. A função administrativa do Poder Legislativo se refere às atividades que visam a organização e o funcionamento interno da instituição, como a gestão de recursos humanos, financeiros e materiais. O Legislativo exerce essa função por meio de atos administrativos, como regimentos internos, internos e portuários, que regulamentam o seu próprio funcionamento e das suas unidades administrativas.

Já o Poder judiciário, composto pelo Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Tribunais Superiores e dos Estados de Distrito Federal e seu Juízes, tem como competências típicas, no âmbito federal: relacionadas à jurisdição: julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a representação para intervenção nos Estados e infrações comuns cometidas por algumas autoridades como o Presidente da República, entre outras (MENDES, 2015, p. 980-1020). Enquanto, atipicamente, exerce a função legislativa ao editar seu regimento interno e administrativa ao conceder licença aos seus membros (art. 96, I, da CF/88).

Algumas dessas funções são: Função administrativa: o Judiciário é responsável por administrar seu próprio funcionamento, incluindo a gestão de recursos humanos, financeiros e materiais. Função legislativa: embora não seja uma função típica do Judiciário, em alguns casos, ele pode ser chamado a exercer funções legislativas, como, por exemplo, quando interpreta a Constituição e cria novos direitos e deveres a partir dela.

Poder Executivo tem como função típica a de Administrar. Na esfera da União, essa função é desempenhada pelo Presidente da República, auxiliado pelos seus ministérios, nos Estados e DF fica a cargo do Governador e suas secretarias e no Municípios o desempenho é feito pelo Prefeito e secretarias. Ou seja, os chefes do Poder Executivo são os responsáveis pela administração pública. No que se refere à União, nas palavras de Mendes:

O Presidente da República acumula as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo. Daí o amplo leque de atribuições que lhe confere a Constituição no plano da alta direção do Estado, nas relações internacionais e no plano da Administração Federal. (MENDES, 2005, p. 944)

Na forma de governo presidencialista adotada pelo Brasil, o Presidente da República exerce as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo. Como Chefe de Estado, ele representa a nação brasileira em questões internacionais e é responsável por manter relações diplomáticas com outros países. Já como Chefe de Governo, ele é responsável pela condução da política interna, pela gestão da Administração Federal e pela implementação das políticas públicas.

No entanto, o Poder Executivo também exerce outras funções de forma atípica. A função jurisdicional é desempenhada quando o chefe do executivo joga recursos administrativos de sua seara. Enquanto a função legislativa, no âmbito da União, é desenvolvida quando o Presidente edita uma Medida Provisória, com força de Lei. Tal assunto será objeto de análise no próximo tópico.

## **Medida Provisória n 926 de 2020 e a ADI 6341**

A capacidade de editar Medida Provisória pelo Presidente da República é uma manifestação clara de que os Poderes não são totalmente separados, já que, por vezes, um deles acaba por desempenhar a função do outro. Dessa forma, a competência legislativa não é reservada somente ao poder Legislativo. Os demais poderes também podem exercê-la, mas o presente trabalho irá se ater à capacidade do Executivo de legislar.

Essa faculdade está prevista na CF/88, em seu art. 62: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.” Destaca-se a excepcionalidade, neste dispositivo, e a necessidade de que seja submetida ao CN, que no prazo de 60 dias prorrogável por igual período poderá convertê-la em lei, isso justifica-se pela atipicidade dessa atribuição. No entanto, tal norma tem caráter primário e geral, nas palavras de Ferreira Filho (1995, p. 231):

“É ela um típico ato normativo primário e geral. Edita-o o Presidente no exercício de uma competência constitucional, de uma competência que, insista-se, lhe vem diretamente da Constituição. Manifesta assim a existência de um poder normativo primário, próprio do Presidente e independente de qualquer delegação”.

Mais adiante, nos incisos e parágrafos do art. 62 CF/88, observa-se que há restrições acerca das matérias que podem ser submetidas às MPs. As vedações são para as matérias relativas à nacionalidade, cidadania, direitos e partidos políticos, direito penal, eleitoral, processual penal e processual civil, além da organização do Poder Judiciário e Ministério Público e planos plurianuais e diretrizes orçamentárias (CF/88, art. 62, I). Outras vedações são sobre a detenção e sequestro de ativos financeiros (II), matéria reservada à lei complementar (III) e matéria disciplinada por projeto de lei aprovado pelo CN e pendente de sanção ou veto pelo Presidente da República.

A medida provisória é um ato normativo primário, pois possui caráter normativo e estabelece regras gerais e abstratas que irão orientar o funcionamento do Estado em determinadas áreas. Porém, a edição da medida provisória pelo Presidente da República não se dá no exercício de uma competência constitucional direta e exclusiva, como ocorre com o decreto presidencial.

Conforme a Constituição Federal, a medida provisória é um instrumento utilizado pelo

Presidente da República em casos de abuso de sangue e de urgência para editar normas com força de lei. No entanto, a medida provisória precisa ser posteriormente apreciada e aprovada pelo Congresso Nacional, que poderá mantê-la, rejeitá-la ou modificá-la.

### **Da trajetória da MP 926/2020**

O surto do Vírus SARS-CoV-2, causador da doença Covid-19, teve início na China no final de 2019. Chegando ao Brasil em 26 de fevereiro 2020, registro do primeiro caso. Desde então, milhões de brasileiros foram infectados. Como forma de enfrentamento da pandemia, articulações entre agências, ministérios, órgãos e entes foram realizadas.

O primeiro passo foi a decretação de estado de emergência, que se deu por meio da Portaria nº 188 de 3 de fevereiro de 2020, criando também o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV), cujo objetivo era coordenar as medidas a serem tomadas, articular a gestão entre os entes e dispor sobre a aquisição de bens necessários ao enfrentamento da crise sanitária (BRASIL, 2020).

Logo após o estado de emergência ser decretado vem a Lei nº 13979 de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência na saúde pública, bem como a dispensa de licitação para a aquisição de bens e insumos imprescindíveis a tal enfrentamento. Essa lei derivou o Projeto de Lei nº 23/2020, proposta pelo Presidente da República e aceita pelo Congresso Nacional logo em seguida. O ponto que nos interessa nessa Lei é o caput do art. 3º, que veio com a seguinte redação, originalmente: “Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: ” (BRASIL, 2020)

Houve muito debate sobre a constitucionalidade dessa lei, assim que foi publicada. Pois questionava-se se apenas a União poderia dispor sobre medidas de enfrentamento, tais como o isolamento, quarentena e locomoção das pessoas. Dessa forma, é editada a Medida Provisória nº 926, que altera o art. 3º, repartindo a competência entre os entes federados e outras alterações no que segue:

#### **Redação original da Lei nº 13979:**

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

VI - Restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;” (BRASIL, 2020).

#### **Redação dada pela MP 926:**

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas

VI - Restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população. ” (BRASIL, 2020).

As alterações dadas pela MP são sobre a divisão de competência para dispor sobre o combate à pandemia no Brasil, assim, passa a ser comum entre os entes federados tal competência. Outra mudança é o requisito para haver restrição na locomoção das pessoas, deve ser fundamentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Contudo, ainda havia um certo embate sobre estes dispositivos legais, muitos acreditavam ser inconstitucionais, considerando abuso de poder por parte do Poder Executivo Federal.

Tal abuso seria fruto do que está previsto nos parágrafos 8º, 9º, 10 e 11 trazidos pela MP, os opositores destes dispositivos acreditavam que seria excesso de poder do Presidente da República dispor por decreto sobre matérias tão importantes.

Assim, inicia-se uma judicialização com a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Democrático dos Trabalhadores-PDT, ADI 6341 MC-REF / DF. A fundamentação para essa ação era a de que a Lei 13979 e a MP 926 feriam a competência comum dos entes para legislar sobre a saúde dada pelo art. 23, II, CF/88 e que o Chefe do Executivo Federal não poderia dispor sobre a matéria por meio de decreto. Além disso, o requerente alegava haver inconstitucionalidade formal afirmando que a Medida Provisória não era o instrumento adequado para dispor alterações sobre a lei 13979, tal matéria, segundo o autor da ação, era reservada à Lei Complementar.

### **Do acórdão da ADI 6341-STF**

A ADI 6341-STF foi ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade, e teve como objeto a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da MP 926/2020, que tratou da competência dos entes federados para adotar medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19.

Entre os pontos relevantes da ADI 6341-STF, destacam-se:

A competência dos entes federados para adotar medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19: O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6341) no Supremo Tribunal Federal (STF), argumentando que a MP 926/2020 violava o pacto federativo ao retirar a autonomia dos estados e municípios para adotar medidas de enfrentamento

O então relator dessa ADI, o Ministro Marco Aurélio, se ateu aos detalhes e explicou de forma clara que a MP 926 e a Lei 13979 são legítimas e defendeu que fossem mantidas em sua

eficácia. Nas palavras dele, tais dispositivos não afastavam a possibilidade de todos os entes federados agirem em conjunto para lidar com a crise sanitária. Pois, a alteração dada pela MP à Lei assegura que as autoridades poderão agir no âmbito de suas competências para combater a pandemia.

Além disso, quanto à alegação de que a Medida Provisória não poderia alterar a Lei por se tratar de serva de Lei Complementar o relator defendeu que: “A Lei alterada pela Medida Provisória poderia sê-lo, a teor do disposto no artigo 62 da Lei das leis? Poderia, porque a Lei nº 13.979/2020 é, no bom sentido, ordinária, e não complementar. Portanto, passível de alteração, como foi, por medida provisória.”

Sendo assim, a referida ADI teve o seguinte acórdão:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em referendar a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979/2020, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Esse trecho se refere a uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) referendando uma medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, relator de uma ação que questionava a competência da União, estados e municípios para adoção de medidas de combate à pandemia do novo coronavírus.

A votação da ADI 6341 no STF ocorreu no dia 15 de abril de 2020 e foi decidida pela maioria dos votos dos ministros. A decisão referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979/2020.

A votação foi a seguinte:

O relator, Ministro Marco Aurélio, votou favorável à medida cautelar deferida e à interpretação conforme à Constituição.

O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator.

O Ministro Edson Fachin acompanhou o relator.

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o relator.

O Ministro Rosa Weber acompanhou o relator.

O Ministro Luiz Fux acompanhou o relator.

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o relator.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator.

O Ministro Dias Toffoli, presidente do STF, acompanhou o relator quanto à medida cautelar deferida, mas divergiu em relação à interpretação conforme à Constituição.

Na decisão, o STF interpreta o § 9º do art. 3º da Lei 13.979/2020, que trata da competência do Presidente da República para dispor sobre serviços públicos e atividades essenciais durante a pandemia, para preservar a transferência de cada esfera

Com a manutenção dos dispositivos objeto da ADI, a Medida Provisória foi convertida em Lei em agosto de 2020, seguindo o prazo constitucional para a convenção. Hoje a MP é a Lei Nº 14035 de 11 de agosto de 2020. A mudança sugerida pelo acórdão era para que fosse ratificada a divisão de competência entre os entes na Lei e na MP, e isso sendo feito, elas continuaram a vigorar em plena eficácia.

Durante o processo, a Advocacia Geral da União argumentou, perante o STF, sobre a incompetência dos Estados e Municípios. A argumentação da AGU foi rejeitada pelo STF, que manteve a competência dos estados e municípios para definir as medidas de combate à pandemia, incluindo a definição de quais serviços são essenciais e não podem ser protegidos pelas restrições. Os ministros entenderam que a Constituição Federal prevê a autonomia dos entes federativos para tomar decisões nesse sentido, desde que respeitadas as normas sanitárias e as recomendações das autoridades de saúde.

### **Análise do resultado da ADI 6341-STF**

De fato, a pandemia do SARS-CoV-2 colocou à prova a capacidade de gestão e coordenação dos Poderes no Brasil, evidenciando as dificuldades existentes na relação entre eles e entre os entes federados. A falta de clareza quanto às habilidades de cada uma das autoridades, bem como a falta de um diálogo mais estreito entre elas, gerou uma preocupação nos âmbitos legislativo e administrativo.

O presente trabalho buscou fazer uma análise sobre como se deu a relação dos Poderes no âmbito da União durante a pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2. Diante de uma situação alarmante, em que as autoridades deveriam agir com rapidez e praticidade, ocorreu certa confusão no papel de cada Poder, bem como a cada ente federado. Isso devido à discordância sobre as medidas de enfrentamento à contaminação e a competência para exercer esse combate.

Ainda no início da propagação da doença no Brasil, fevereiro de 2020, a agitação na esfera político-administrativa ganhou impulso, causando certa instabilidade entre governadores, o Presidente da República, prefeitos e membros dos poderes Legislativo e Judiciário. Assim, a edição de uma norma precisava acontecer para que fosse distribuída a competência administrativa de cada uma das autoridades. Como resultado, surgiu a Medida Provisória 936 e mais tarde, a Lei 13979, que a manteve.

A Lei em questão, na sua redação original, pecou em não dispor sobre os entes competentes para dispor sobre as medidas de enfrentamento à crise sanitária causada pelo surto do vírus da Covid-19. Já que o Brasil inteiro foi atingido pela doença e enfrentou grave situação resultante. A discussão não se manteve no âmbito da União, já que governadores e prefeitos também devem cuidar da saúde de seus cidadãos, como sugere a CF/88 em seu artigo 23.

Assim, veio a MP 926 que a alterou e deixou mais abrangente a competência dos entes federado no combate à doença. Tal dispositivo ainda acrescentou que as restrições à locomoção entre estados e municípios, e viagens para o exterior ou chegada ao país deveriam ser fundamentadas, para não limitar a liberdade de ir e vir dos cidadãos sem as cabíveis razões.

Outro acréscimo trazido pela MP foi possibilidade de o Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre aos serviços públicos e atividades essenciais. Assim, poderia tomar medidas de forma mais célere, considerando a gravidade da doença e o crescente número de casos que acontecia na então cenário mundial.

A Medida Provisória 926 de 2020 foi editada pelo governo federal no contexto da pandemia de Covid-19 e trouxe mudanças no procedimento administrativo para autorização de obras e serviços públicos considerados essenciais.

Entre as principais mudanças, destaca-se a suspensão dos prazos de licenciamento ambiental e a possibilidade de concessão de licenças ambientais simplificadas para obras e atividades relacionadas à saúde pública e segurança nacional. Além disso, a medida estabeleceu que as decisões dos órgãos públicos responsáveis pela autorização de obras e serviços necessariamente não poderiam ser suspensas ou interrompidas por decisões judiciais, exceto em casos de risco à saúde pública ou segurança nacional

Com o questionamento sobre a constitucionalidade dos dispositivos mencionados, levantado pelo Partido Democrático Trabalhista, com a ADI, o STF entendeu pela parcialidade da constitucionalidade da Lei 13 979, caput do art. 3º, exigindo que fosse manifesta a repartição de competência entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitando o disposto na Lei Maior sobre a competência comum para dispor sobre a saúde. Quanto às alegações do autor da ação sobre a reserva de Lei Complementar para alterar a Lei em questão, o STF entendeu que esta alteração poderia, sim, ser feita por meio de Medida Provisória.

Ou seja, não houve agressão ao Princípio da Separação do Poderes sobre a capacidade legislar. Nem sobre a edição de decreto por parte do chefe do Executivo Federal sobre serviços e atividades essenciais, nem sobre a reserva de lei para a alteração da lei, já que se tratava de Lei Ordinária, cuja alteração não exige, necessariamente, instrumento legal superior à medida provisória.

A decisão do STF aprovou que os governamentais e municipais possuem autonomia para definir quais são as atividades essenciais em seus respectivos territórios, mas também reafirmou a competência concorrente da União para legislar sobre questões de saúde pública, incluindo a possibilidade de estabelecer medidas de defesa, isolamento e quarentena em todo o país. Isso significa que os governos estaduais e municipais não podem tomar medidas que conflitem com as normas protegidas pelo governo federal nesse sentido.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341-STF teve um grande impacto no relacionamento entre os poderes de Estado durante a pandemia. A decisão reforçou a independência dos poderes, deixando claro que cada um tem suas funções e que não deve haver interferência externa em suas decisões. Isso estabeleceu um equilíbrio necessário para o bom funcionamento do Estado e para a proteção dos direitos dos cidadãos

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das consequências da Pandemia da Covid-19 foi a disseminação do medo e insegurança entre a população mundial. Mediante o estrondoso aumento no número de casos da doença no Brasil, houve uma corrida contra o tempo e medidas drásticas foram tomadas para dirimir a propagação do vírus causador (SARS-CoV-2). No caso do Brasil, o aumento do número de casos da doença levou as autoridades a tomarem medidas drásticas para conter a manipulação do vírus. Foram adotadas medidas como o isolamento social, o fechamento de comércios e serviços não essenciais, o uso obrigatório de máscaras e a suspensão de atividades escolares e culturais.

Na esfera político-administrativa, diante de todo o caos causado pela crise sanitária, ainda houve outro problema referente a quem cabia a competência para legislar sobre as medidas de combate à doença. O conflito foi iniciado quando a promulgação da Lei 13979, não deixava claro se todos os entes federados poderiam, de forma conjunta, dispor sobre restrições e medidas para este enfrentamento. Pouco tempo depois veio a Medida Provisória 926 que a alterava e dava abertura legislativa a todas as autoridades, no âmbito de suas competências.

Todavia, a mesma MP acrescentou a possibilidade de o Presidente tomar decisões sobre serviços públicos e atividades essenciais, que seriam objeto de possíveis restrições. Dessa maneira, surge um embate, sobre a constitucionalidade desses dispositivos legais, com a ADI 6341, tramitada no Supremo Tribunal Federal, e ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista. O autor alega inconstitucionalidade da Lei e da MP, quanto às disposições acima mencionadas. Como resultado, o acórdão decidiu pela constitucionalidade parcial dos instrumentos legais, alterando apenas ao dar destaque à competência comum entre os entes.

A decisão do STF determinou a competência concorrente de União, estados e municípios para lidar com medidas de enfrentamento à pandemia, incluindo as medidas de isolamento social. No entanto, também foi mantida a possibilidade de o governo federal editar normas gerais sobre o tema. Uma interpretação dada pelos ministros é que, em caso de conflito entre as normas gerais federais e as normas locais, prevalecem estas últimas.

Com isso, é possível concluir que apesar das discussões ocorridas no início da Pandemia, aqui no Brasil, cada ente manteve sua autonomia constitucional para enfrentar os problemas relacionados à crise sanitária do surto do Coronavírus. E que o Princípio da Separação dos Poderes se manteve, pois, a edição da MP 26/2020 pelo então chefe do Executivo Federal não invadiu a competência legislativa do Congresso Nacional.

Apesar das tensões, é importante ressaltar que a decisão do STF foi fundamental para garantir a harmonia entre os poderes e para proteger os direitos dos cidadãos. A independência dos poderes é um dos pilares da democracia e precisa ser preservada em todas as circunstâncias, especialmente em momentos de crise como a pandemia.

## REFERÊNCIAS

BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado

Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Poder Executivo, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm) Acesso em 20 de outubro de 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020. Brasília, DF: Poder Executivo, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm) Acesso em 10 de outubro de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 188, 3 de fevereiro de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388> > Acesso em 01 de novembro de 2022.

FILHO, M. G. F. Do Processo Legislativo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONZAGA, C.C.A.A. Teoria Geral do Estado e Ciência Política. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 214.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 291.

MENDES, G. F. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2000.

STF. ADI nº 6341. Relator: Ministro André Mendonça, 2020. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765> > Acesso em 19 de outubro de 2022.



**Controle de Fake News e a  
inelegibilidade na política do novo  
milênio**

**Control of Fake News and ineligibility  
in the policy of the new millennium**

---

Dalvan Santos Oliveira da Silva  
Márcio Fernando Moreira Miranda  
Maria Luciléia da Silva Brandão  
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.19

## RESUMO

O presente estudo A Política do Novo Milênio visa demonstrar os desafios da era digital, em especial as *Fake news* e de forma pormenorizada os aspectos sócias e políticos desse advento, assim como seus impactos na escolha dos agentes políticos, discutindo no escopo do artigo se essa escolha sendo fundamentada nas *fake news* pode resultar na possível inelegibilidade e cassação do Mandato, além de discutir a ausência de moralidade e se o uso dessa ferramenta permite ao eleitor exercer o seu direito a voto de forma livre. Se propondo a um estudo preliminar do sufrágio universal através da história e apresentar antídotos as *fakes News*. Para isso a metodologia aplicada foi revisão bibliográfica e análise documental.

**Palavras-chave:** fake news. inelegibilidade. mandato. moralidade.

## ABSTRACT

The present study The Politics of the New Millennium, aims to demonstrate the challenges of the digital age, particular the Fake news and n a detailed way the social and political aspects of this advent, as well as ts mpacts on the choice of political agents, discussing n the scope of the article whether this choice being based on fake news can result n the possible neligibility and revocation of the Mandate, n addition to discussing the absence of morality and whether the use of this tool allows voters to exercise their right to vote freely. Proposing a preliminary study of universal sufrage through history and presenting antidotes to fake news. For this, the methodology applied was a bibliographic review and document analysis.

**Keywords:** fake news. neligibility. mandate. morality.

## INTRODUÇÃO

O voto assim como a “mentira” é inerente ao convívio em sociedade. Ser votado e faltar com a verdade, apesar de palavras totalmente diferentes, quando trazidas para o contexto da política do novo milênio ganhou contornos de língua inglesa. Poderia se discutir apenas nessa fala inicial as definições biológica, sociológica e política do termo mentir, aos primeiros será dito mesmo que de maneira simplória que a mentira é um arcabouço de sobrevivência da espécie humana, aos outros que os indivíduos mentiram entre seus pares para levarem vantagens e aos últimos meramente um desvio moral que se faz necessário na esfera de atuação (política).

O direito fundamental de concorrer aos pleitos eleitorais está sujeito ao preenchimento de um conjunto de condições de habilitação (condições de elegibilidade) e pode ser afastado diante da existência de quaisquer das causas de inelegibilidade, em relação à prática de condutas que estariam a revelar falta de “moralidade para o exercício de mandato”, ou ainda, que poderiam configurar quebra de “legitimidade das eleições” (ART. 14, § 9º da CF).

A inelegibilidade brasileira, na redação originária de maio de 1990 (BRASIL, 1990), já era aberta na definição de hipóteses para tal (para além da exclusão dos inalistáveis, previa originariamente oito situações geradoras de impedimento legal); com a promulgação da Lei Com-

plementar n. 135, de 4 de junho de 2010 (AGRA, 2012), popularizada como Lei da Ficha Limpa, estas hipóteses multiplicaram-se para 16.

Há uma “certeza” na literatura sobre *fake news* é a inexistência de uma definição única do termo. De acordo com o padrão não tem qualquer sentido público estável, nem oferece ganhos significativos (HABGOOD, 2018). Também ressalta a falta de clareza do significante e condena a narrativa de pânico moral gerado pelo debate sobre *fake news*, vinculando-a a uma tentativa da comunidade jornalística de assegurar o monopólio sobre a produção de notícias (CARLSON, 2018).

Quanto ao direito de escolha através ao sufrágio universal é algo relativamente novo quando confrontamos com a própria história da raça humana, mas quando o *fake* substituiu o fato? As máximas que todo político é ladrão, pode ser inserido que o *fake* nada mais é que um aprimoramento político? Essa conquista de voto permite ao eleitor realmente decidir pelo que melhor lhe representa? Ou sua visão agora ludibriada não permitiu o exercício pleno do seu direito? E mais sendo a mentira um ato socialmente imoral, poderia configurar em inelegibilidade?

Diante de uma sociedade sedenta por informação e a velocidade que as redes propuseram nas relações interpessoais, o advento da pandemia Covid-19 e a necessidade que as leis sejam acompanhantes dessa sociedade em evolução fica evidente e justificável nos debruçarmos no estudo e confecção científica para respondermos de forma fatural e célere que deveriam ser sempre o objetivo da justiça. Essa mesma que ainda está distante e longe da velocidade que esse novo Milênio exige.

A pesquisa bibliográfica implica em um conjunto ordenado de procedimentos de busca por soluções, atento ao objeto de estudo, e que, por isso, não pode ser aleatório (MERCADO-MARTÍNEZ, 2004). Para isso o presente artigo de revisão bibliográfica e análise documental farão uma coleta de dados a partir de artigos, livros e revistas científicas para utilizar como citações, apresentando uma análise qualitativa. O artigo argumentará os resultados do estudo por meio de análises e percepções, pensamentos e opiniões. Primeiramente, as *fake news* é uma nova forma de embate político? E as inelegibilidades alcançam esse marco do “Novo” milênio?

Para isso tudo o que se propõe o artigo Direitos políticos e controle de *fake news* a política do novo milênio está organizado numa introdução com elementos alto justificáveis, problemas inerentes ao tema norteador, uma metodologia que visa sanar esses problemas, a revisão bibliográfica traz a baliza e a bússola de pesquisadores que já se dispuseram a investigações técnica científicas que compiladas nos trazem a certeza da informação real e portanto verdadeira, a discussão de resultados trará um visão preliminar dos temas abordados e finalmente um consideração final que se posiciona diante das elações do mesmo.

Objetiva-se, com esse esforço, discutir a possível inelegibilidades por uso de *fake news*. A partir de uma perspectiva ainda mais enfática quanto à crítica a ser endereçada ao novo arranjo institucional. Contudo especificamente, esmiuçar o próprio direito ao sufrágio Universal, preambular pela história do voto e definir *fake news*; Explicar as consequências do fenômeno; discutir antídotos é os objetos de apreciação deste.

## A CIVILIZAÇÃO: O FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO

O termo sufrágio universal refere-se ao direito ao voto e à participação política conferida a todos os membros de uma sociedade. Quando falamos em sufrágio, estamos falando de direito de escolha, de manifestação política e de voto, seja este direto ou indireto. O sufrágio universal é, portanto, a extensão do direito ao voto a todos os membros de uma sociedade, independentemente de gênero, cor, poder aquisitivo, estrato social ou casta social (OBER, 2007).

Civilizações, períodos, portanto a própria história da humanidade passa pelo desejo de votar e ser votado, do berço Atenas, passando pelo feudalismo até encontramos a Revolução Francesa, o voto baseado no Direito do ser Social merece a devida atenção. A possibilidade de participação coletiva na política tem os registros mais antigos na cidade grega de Atenas, nos séculos V a.C. e IV a.C. Essa possibilidade de participação política popular denominada democracia era exercida de maneira direta em Atenas, ou seja, o corpo de cidadãos reunia-se em uma praça pública (chamada ágora), e todos os cidadãos podiam apresentar propostas legislativas e votar nas que deviam ser acatadas (MILLIS, 2012).

O poder Executivo, representado pelo governante que atuava como um chefe de Estado, devia acatar as leis decididas na assembleia legislativa feita na ágora. No entanto, o sufrágio grego não era universal, pelo contrário, era um sufrágio restrito. Isso porque o corpo de cidadãos era restrito.

Eram considerados cidadãos em Atenas apenas homens, maiores de 21 anos, atenienses ou, ao menos, filhos de atenienses, e livres (a sociedade grega antiga como um todo era escravocrata, e os escravos e escravas caíam nessa condição em meio a uma guerra ou quando a sua cidade perdia uma guerra).

Alguns relatos apontam também que os membros do corpo de cidadãos tinham terras e residência fixa em Atenas. Não era necessário possuir uma quantia específica de terras ou bens, mas era necessário residir no local. Alguns cidadãos, como o filósofo Sócrates e artesãos, não eram ricos, porém a maioria deles era de classes sociais abastadas (MOSSÉ, 2004).

Com o fim da democracia ateniense, a ideia de voto e sufrágio sucumbiu por séculos na história da humanidade. A Europa viveu, durante a Idade Média, um modelo político de restrição da participação ao senhor feudal, que era uma espécie de nobre, dono das terras, que comandava toda as ações políticas e administrativas dentro do feudo.

A partir do século XV, com a formação dos Estados Nacionais, o governo passou a ser feito por reis que eram governantes absolutos, excluindo por completo qualquer possibilidade de participação política. Nesse sistema, apenas o rei era considerado um cidadão, pois a administração pública era restrita a ele.

As ideias de ampliação do sufrágio começam a aparecer com força apenas no iluminismo europeu, que foi um movimento intelectual e político moderno iniciado no século XVIII. Os filósofos e teóricos do iluminismo postulavam a necessidade de acabar com o governo absoluto dos reis e com os privilégios da casta nobre, que não trabalhava e vivia dos impostos pagos pela maioria da população (DESCOMBES, 1998).

São os teóricos iluministas que chamam a atenção da população para o reconhecimento

do fato de que todos são naturalmente iguais e que há um limite de liberdade das pessoas que deve ser respeitado. A liberdade e a igualdade somente seriam garantidas com a possibilidade de participação política de todos, em um sistema de governo que reconhecesse a separação do poder Legislativo (republicanismo ou parlamentarismo) ou que permitisse a troca de governantes eleitos pelo povo periodicamente (republicanismo) (HABERMAS, 1995).

A participação das mulheres na política e o direito ao voto começam a aparecer na história ocidental no século XIX, após intensas lutas da primeira onda do movimento feminista contra a desigualdade de gênero. O primeiro país a reconhecer o direito feminino ao voto foi a Nova Zelândia, em 1893. Mesmo assim, o sufrágio continua restrito em várias partes do mundo, tanto por questões de gênero quanto financeiras.

Nos Estados Unidos, o direito ao voto feminino foi conquistado em 1915, enquanto na Inglaterra foi conquistado em 1918. As mulheres obtiveram direito ao voto no Brasil em 1932, com a reforma política promovida durante o governo de Getúlio Vargas. A última grande nação ocidental a permitir o voto feminino presidencial foi a França, apenas em 1945. Para saber sobre o sufrágio feminino (AZEVEDO, 2012).

No Brasil, analfabetos e militares de baixa patente não podiam votar. A conquista do direito do voto feminino em 1932 estendia-se apenas às mulheres alfabetizadas. Os militares de baixa patente (recrutas, soldados e cabos) somente puderam votar a partir da Constituição de 1988. O mesmo aconteceu com os analfabetos (BUENO, 2010; ARAÚJO, 2003).

O direito ao sufrágio universal e irrestrito no Brasil foi garantido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que considera a todas e todos, sem distinção de gênero, cor e classe social, cidadãos em pleno gozo de direitos e com plena igualdade (CARVALHO, 2001).

O capítulo IV da Constituição Federal de 1988 trata especificamente dos direitos políticos dos cidadãos brasileiros. O seu primeiro artigo, o artigo 14, designa de maneira geral quais são os direitos políticos dos cidadãos (FAUSTO, 1994).

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (ECR no 4/94 e EC no 16/97)

I- Plebiscito;

II- Referendo;

III- iniciativa popular.

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I- Obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II- Facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

No avanço pela História (BRASIL, 1895) e chegando na terra “brasilis” e com o desenvol-

vimento de novas e variadas formas de participação nos negócios públicos, teve seu conteúdo sensivelmente modificado, de modo a abarcar a participação política das pessoas na condução nos processos políticos e governamentais, amplamente considerados. A cidadania “qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política” (SILVA, 2009, p. 345-46).

A Constituição de 1988 corroborou uma ideia de cidadania renovada e ampliada, cujo conteúdo central seria a “participação direta da pessoa humana e do povo no processo histórico de seu desenvolvimento e promoção social.” O significado do conceito democracia, por sua vez, é objeto de históricas e profundas divergências entre teóricos políticos e juristas, sendo que uma das principais controvérsias diz ao nível de participação necessário ou desejável em uma democracia (COMPARATO, 1993).

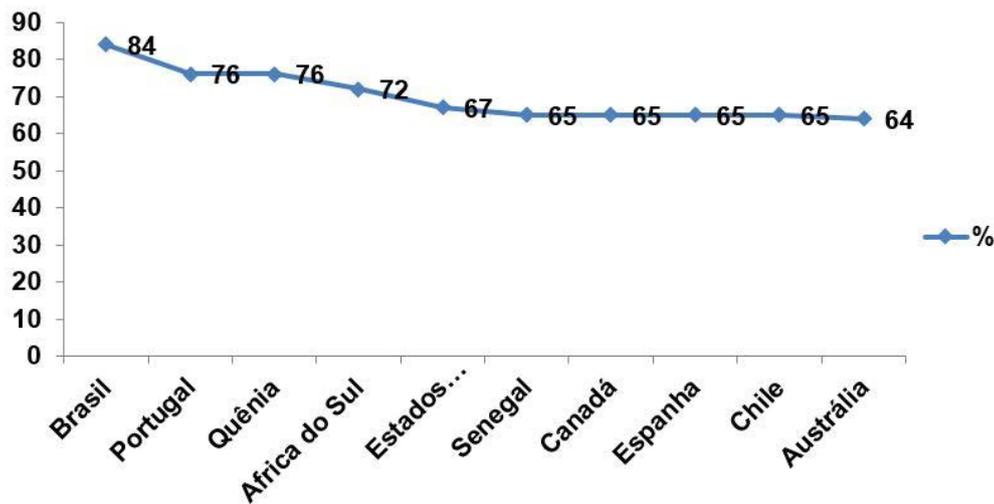
## FATOS E FAKES

Parte da literatura procura sanar a polissemia ao buscar uma definição precisa, define *fake news* como “publicações online de declarações intencionalmente ou conhecidamente falsas sobre fatos, que são produzidas para servir a propósitos estratégicos e que são disseminadas para gerar influência social ou lucro” (HUMPRECHT, 2018). Tratar-se de “notícias fabricadas que imitam textos jornalísticos em sua forma, mas não em seu processo organizacional e na intenção”, para propagar mentiras. Assim, *fake news* teriam mais a ver com *disinformation* do que com *misinformation*, por buscar enganar e ludibriar audiências (LAZER *et al.*, 2018). Em algumas definições restritas, erros de reportagem, rumores, boatos e teorias da conspiração não seriam exemplos de *fake news* (ALL COTT, GENTZKOW, 2017).

Fato é que o tema das *fake news* adquiriu centralidade e atravessa eventos-chave da política contemporânea. Das campanhas eleitorais em grandes democracias, como o Brasil (2018), a Nigéria (2019) e a Índia (2019), Brasil (2020) e Brasil (2022) até as relações diplomáticas entre Estados Nacionais, passando pela formação da opinião pública em torno de políticas públicas, pelas ondas de violência coletiva e linchamentos públicos ou pela pandemia de Covid-19, as *fake news* estão no cerne da política moderna (SANTOS *et al.*, 2019).

O Brasil é, sem dúvida, um palco privilegiado da circulação de mentiras, mas também a experiência pandêmica. A força do WhatsApp na organização de redes orgânicas que operam na fronteira entre o público e o privado é um dos fatores a contribuir para a sistemática difusão de *fake news* (SANTOS *et al.*, 2019 p. 335).

Uma modalidade de *fake* é a utilização do termo para negar a veracidade de outros discursos, sobretudo, elaborados por organizações jornalísticas convencionais. Chamar as notícias de veículos tradicionais de *fake news* tornou-se prática constante por parte de lideranças políticas e ativistas, atacando a credibilidade de veículos de comunicação tradicionais e de políticos rivais (CARSON, 2018; GORBACH, 2018). Corroborando nisso a *Reuters* divulgou uma pesquisa em que cada cidadão entrevistado era perguntado sobre sua preocupação com as *fakes News*, o Brasil num *rank* de 10 países liderou a pesquisa:



Fonte: <https://static.poder360.com.br/2020/06/DNR-2020-Exec-Sum-EMBARGOED.pdf>

Nota-se, assim, um armamento e prontidão para batalhas mentirosas tornando o termo, que é convertido em instrumento de ataque e defesa (CARSON, 2018). Quando pessoas públicas adotam tal estratégia, minam-se as bases de facticidade e começa-se a alimentar discursos públicos orientados por raiva, ódio, preconceito e mentiras (BENNETT E LIVINGSTON 2018).

## IMENTIRA ATO IMORAL?

As inelegibilidades infraconstitucionais cominadas encontram sua justificação no próprio texto constitucional, vale dizer, no § 9º do art. 14: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. A fim de dar concretude a este comando constitucional, foi editada a LC n. 64/90, que trata sobre as inelegibilidades. Em sua redação originária, a norma elencou em seu art. 1º um conjunto de situações que, presentes, importariam em restrição temporária ao ius sufrágio dos cidadãos. (BRASIL, 1990).

E uma pesquisa realizada pela jornalista Claire Wardle, pode-se observar 7 tipos de *fake news* que circulam nos meios de comunicações, segundo (WARDLE, 2018) como aponta o quadro abaixo:

TIPOS DE Fake news		
Nº	TIPO	DISCRIMINAÇÃO
01	Falsa conexão	A chamada da notícia não condiz com o conteúdo apresentado.
02	Sátira ou Paródia	Não quer necessariamente causar mal, mas pode enganar o leitor.
03	Conteúdo enganoso	Uso mentiroso de uma informação para difamar outro conteúdo ou pessoa
04	Falso contexto	O conteúdo é verdadeiro, mas compartilhado com um contexto falso.
05	Conteúdo impostor	Usa-se o nome de uma pessoa ou marca, mas com afirmações irreais.
06	Conteúdo manipulado	O conteúdo verdadeiro é manipulado para enganar o público.
07	Conteúdo fabricado	Informação 100% falsas e construídas para causar algum mal e espalhar um boato.

Fonte: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos19/11115228101.pdf>

No direito pátrio, costuma-se falar em uma teoria geral das inelegibilidades consistentes na configuração de situações que “impedem o exercício do *ius honorum* em determinada eleição” (MENDES, 1994). Este conjunto de restrições derivaria do princípio da autenticidade eleitoral, posto que relacionado à “fidedignidade da representação política” (SALGADO, 2010).

Razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético profissional (art. 14, § 9º).

No caso brasileiro, durante as eleições presidenciais de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) expressou a dificuldade de lidar com a questão, quando a ministra Rosa Weber, que então presidia o Tribunal, declarou que a velocidade de propagação das *fake news* apresenta-se como um “fenômeno novo”, contra o qual ainda se desconhece um “milagre” (VENAGLIA, 2018).

Passadas as eleições, no dia 14 de março de 2019, o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, abriu inquérito para apurar *fake news* e ameaças contra ministros da corte e seus familiares. A investigação, que tem como relator o ministro Alexandre de Moraes, tem gerado polêmicas (TUROLLO JR., 2019). Seus desdobramentos intensificaram a polêmica, à medida que as investigações geram constrangimentos a aliados do governo Bolsonaro.

Nas vésperas do pleito 2022 por duas semanas, os checadores usaram o novo sistema e denunciaram ao Twitter um total de 198 publicações inegavelmente falsas - material que já havia passado pelo crivo dos *fact-checkers* e que havia sido considerado enganoso segundo dados oficiais e as mais respeitadas fontes científicas. Mas nenhum desses 198 tuítes recebeu marcação de “falso” ou foi removido da plataforma em decorrência do novo botão de denúncia. (TARDÁGUILA, 2022).

## DISCUSSÕES

O contexto de forte circulação de *fake news* não parece derivar de uma mera ingenuidade de atores ou da não compreensão de que notícias podem ser falsas. Pelo contrário parece que a divulgação é manobra orquestrada como arma eleitoral, desinformar ou informar erroneamente para permanecia ou tomada do poder. Entre propostas contra as *fake news* são os antídotos legais/políticos, que envolvem mecanismos de controle que passam pelo empenho do Estado no combate às *fake news*. O recente debate em torno do Projeto de Lei 2.630/2020 (“que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet”) (LAZER *et al.*, 2018).

Estão o Estado preparado para responsabilizar nos termos da lei os responsáveis ainda ficará a lacuna da investigação e celeridade na responsabilização do indivíduo ou da dita associação criminosa.

Os antídotos aqui analisados revelam mais que diferentes nuances do problema. Eles indicam ângulos por meio dos quais o fenômeno é compreendido e contraposto. Argumentando de que algumas das soluções propostas não lidam adequadamente com as raízes do problema,

justamente por circunscreverem o fenômeno mais amplo a seus casos singulares, sem entendê-lo como parte da dinâmica contenciosa da atualidade.

Baseado nisso e centralizando fica a evidência da complexidade da construção de soluções legais capazes de constranger a produção e a circulação de notícias falsas sem que se restrinja simultaneamente a liberdade de expressão.

Outro ponto a defender é o aprimoramento educacional dos cidadãos desde cedo nos currículos de crianças, de modo a fomentar a análise crítica de informações recebidas (WILLIAMS, 2018). Acredita que, mesmo que não seja possível evitar que as pessoas consumam *fake news*, é possível prepará-las para que tenham ciência dos riscos a que estão sujeitas.

Ressaltando a força dos argumentos, na literatura da área, em favor da urgência de educação dos cidadãos e lembra da ampla produção de guias didáticos pelas próprias mídias sociais para ajudar na detecção de *fake news*. Para alguns pesquisadores, a observância de cuidados simples poderia evitar que usuários fossem enganados por *fake news* (WAISBORD, 2018).

Contudo algumas medidas teoricamente simples, assim como aquelas de como não ser assaltado na saída de agências bancárias podem ser elencadas aqui (KIELY, ROBERTSON, 2018):

- Ler além das manchetes;
- Conferir autoria, datas e links apresentados;
- Consultar especialistas sobre os temas abordados;
- Considerar que algumas notícias podem não passar de piadas;
- Tentar se desvencilhar de ideias preconcebidas;
- Verificar a fonte, o link do site, a origem da informação;
- Usar mecanismos de busca de sites de fact-checking;
- Verificar todas as referências;
- Ter atenção às falácias retóricas;
- Examinar quaisquer publicidades ou links vinculados

Como já mostramos, as *Fake news* colocam em risco o processo de escolha de agentes públicos em todo o mundo. Portanto, combater tal prática se tornou imperativo nos últimos anos em diversos países.

A União Europeia desenvolveu o “*Roadmap: Fakenews and online disinformation*” em novembro de 2017, com o objetivo de regulamentar e combater o problema, monitorando notícias falsas e tirando os sites do ar o mais rápido possível. O documento entende que o acesso universal a informação é um dos pilares basilares da democracia. Além disso, o próprio documento também traz os impactos das *Fake news* nas eleições americanas de 2016 e no processo do BREXIT no Reino Unido.

Na Alemanha, entrou em vigor – em outubro de 2017 – o Ato para cumprimento da Lei

nas Redes Sociais (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*). De acordo com o ato, provedores de redes sociais devem remover ou bloquear conteúdo manifestamente ilegal ou falso dentro do prazo de 24h, a contar da reclamação ou determinação judicial.

Estados Unidos Seguindo a linha alemã, o estado da Califórnia detém um projeto de lei denominado “Ato Político da Califórnia para Redução de Ciberfraudes” (*California Political Cyberfraud abatement Act*). O ato tem como objetivo tornar ilegais os denominados atos de ciberfraudes, definidos como aqueles que impossibilitem de qualquer maneira o acesso às informações políticas verdadeiras. É importante ressaltar que os desenvolvedores de redes sociais estão realizando fortes investimentos em suas plataformas para conseguirem alterar o algoritmo de exibição de postagens, como é o caso do Facebook e do Twitter. Tal iniciativa pode, a médio-longo prazo, diminuir o número de notícias falsas ao redor do mundo.

No Brasil, a primeira legislação que foca no combate à veiculação e disseminação de notícias falsas encontrava-se na lei de imprensa (Lei n.º 5.250, de 09/02/1967). Em seu décimo sexto artigo, a lei criminalizava a conduta de “publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:

- I – Perturbação da ordem pública ou alarma social;
- II – Desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica;
- III – Prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município;
- IV – Sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro. Pena: de 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar de autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

Em 2014, entrou em vigor o marco civil da internet, iniciativa do poder executivo e do congresso nacional. Com a edição da lei de nº 12.965/14, o marco civil estabelece princípios garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

No artigo 19 do marco civil, podemos encontrar importantes normativas que visam combater a produção, publicação e disseminação de notícias falsas:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Moralidade para o exercício do mandato foi introduzido na Constituição como objeto de inelegibilidade. Está previsto no art. 14, § 9º da Constituição Federal (CF88, 2010) que exige lei complementar para estabelecer casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação considerada vida pregressa do candidato. Contudo faz se necessário trazermos ao novo Milênio a discussão da moralidade para exercício de cargo público, quando o assunto é o uso de mentiras, da não veracidade, publicações dúbias e tudo aquilo que formem o arcabouço da falta de verdade para benefício de permanência ou ascensão ao cargo de agente político.

O *fake* substituiu o fato, contudo seu poder nocivo pode produzir resultados atípicos. As máximas que todo político é ladrão é mera falácia popular não coaduna com a realidade e todo extremismo é permeado pela incerteza, como toda e qualquer profissão existe aqueles que não são merecedores de aplausos, quanto ao *fake* parece ser um aprimoramento da tática e marketing negro de campanha. Essa conquista de voto onde a *fake news* é a tática e o marketing negro não permite ao eleitor realmente decidir pelo que melhor lhe representa. Por isso sua visão agora ludibriada não permitiu o exercício pleno do seu direito e mais sendo a mentira um ato socialmente imoral, poderia configurar em inelegibilidade sim dentro do arcabouço jurídico como em sendo provado que o detentor de cargo se utilizou de meios não republicanos e anverso a boa fé e aos bons costumes, carece que ordenamento jurídico específico, contudo por tipicidade já haveria condições de penalidades aqueles que se utilizaram.

Como podemos observar apesar do debate sobre as *fake news* ser relativamente jovem, a legislação brasileira apresenta regulamentações concretas visando o combate e a criminalização de tal prática. Contudo ainda faltam dados concretos e estatísticos que correlacionem o uso de *fake news* e aquisição de votos. Cabe em fase complementar a este estudo a viabilização matemática como eixo de prova irrefutável do benefício das *fake news* e do seu enorme malefício na execução do mandato eletivo.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Mora. Inconstitucionalidades da incidência da Lei Complementar n. 135/2010. In: AGRA, Walber de Moura. Temas polêmicos de direito eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. (2017), "Social Media and Fake news in the 2016 Election". Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, pp. 211-236.

ALEIXO, José Carlos Brandi. O Voto do Analfabeto. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 18, n. 17, jul-set 1981, pp. 141-160.

ARAÚJO, Rita de Cássia Barbosa de, 2003. O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação das mulheres na política. Estudos Avançados, 17(04), pp.13-150. DOI: 10.1590/S0103-40142003000300009.

AZEVEDO, Débora Bithiah de, & Rabat, Márcio Nuno (orgs), 2012. Palavra de mulher: oito décadas do direito de voto. Brasília: Edições Câmara. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/7367> Acesso em 14 de agosto. de 2022.

BRASIL. Lei de Inelegibilidade – LC, 1990; Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 Brasília, DF: Senado Federal

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BENNETT, W. Lance; LIVINGSTON, Steven. (2018), “The Disinformation Order: Disruptive Communication and the Decline of Democratic Institutions”. European Journal of Communication, v. 33, n. 2, pp. 122-139.

CARLSON, Matt. (2018), “Fake news as an Informational Moral Panic: The Symbolic Deviancy of Social Media during the 2016 US Presidential Election”. Information, Communication & Society, v. 23, n. 3, pp. 374-388.

BRASIL, Joaquim Francisco de Assis, 1895. Democracia representativa: do voto e do modo de votar Paris: Guillard, Aillaud.

BUENO, Eduardo, 2010. Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya.

CARVALHO, José Murilo, 2001. Cidadania no Brasil: o longo caminho Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. São Paulo: Lua Nova, nº 28- 29, abr. 1993. Disponível em: Acesso em: 19 de agosto 2022.

DESCOMBES, V. Lo mismo y lo outro. Cuarenta y cinco años de filosofía francesa (1933-1978). Madrid: Catedra, 1998.

FAUSTO, Boris, 1994. História do Brasil. São Paulo: Edusp.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodium, 5ª ed., 2012

GORBACH, Julien. (2018), “Not your Grandpa’s Hoax: A Comparative History of Fake news”. American Journalism, v. 35, n. 2, pp. 236-249.

HABERMAS, J. O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização. Novos Estudos, n.43, p.94, 1995.

HABGOOD-COOTE, Joshua. (2018), “Stop Talking about Fake news!”. Inquiry, v. 62, n. 9-10, pp. 1033-1065.

HUMPRECHT, Edda. (2018), "Where 'Fake news' Flourishes: A Comparison across Four Western Democracies". *Information, Communication & Society*, v. 22, n. 13, pp. 1973-1988.

KIELY, Eugene; ROBERTSON, Lori. (2018), "Everyone should Learn how to Spot Fake news" in K. Roberts (ed.), *Internet Journalism and Fake news*. New York, Greenhaven, pp. 64-72.

LAZER, David M. J. *et al.* (2018), "The Science of Fake news". *Science*, v. 359, n. 6380, pp. 1094-1096.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MERCADO-MARTÍNEZ, F. J. O processo de análise qualitativa dos dados na investigação sobre serviços de saúde. *Pesquisa qualitativa de serviços de saúde*. Rio de Janeiro: Vozes, p. 137-174, 2004

MILLIS, B. W.; OLSON, S. D. *Inscriptional Records for the Dramatic Festivals in Athens - IG II2 2318-2325 and Related Texts*. Leiden/Boston: Brill, 2012.

MOSSÉ, C. *Dicionário da civilização grega* Tradução de Carlos Ramallete e André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

NIC, Nic Newman with Richard Fletcher, Anne Schulz, Simge Andi, and Rasmus Kleis Nielsen, Reuters Institute Digital News Report 2020, <https://static.poder360.com.br/2020/06/DNR-2020-Exec-Sum-EMBARGOED.pdf> acessado em 24 de agosto de 2020

OBBER, J. The Original Meaning of "Democracy". *Capacity to Do Things, not Majority Rules*. Princeton / Stanford Working Papers in Classics Stanford University, September, p.1-7, 2007.

SANTOS, João Guilherme Bastos dos *et al.* (2019), "WhatsApp, Política Mobile e Desinformação: A Hidra nas Eleições Presidenciais de 2018". *Comunicação e Sociedade*, v. 41, n. 2, pp. 304-337.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TARDÁGUILA, Cristina Tardáguila <https://noticias.uol.com.br/colunas/cristina-tardaguila/2022/02/03/luta-contra-fake-news-em-2022-requer-mais-do-que-simples-anuncios.htm?>

TUROLLO JR., Reynaldo. (2019), "Toffoli Abre Inquérito para Apurar Fake news e Ameaças contra Ministros do STF". *Folha de S. Paulo* [online]. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/toffoli-abre-inquerito-para->

VENAGLIA, Guilherme. (2018), "Rosa Weber: Fake news São um Problema Mundial Contra o qual Não Há 'Milagre'". *Veja* [online]. Disponível em <https://veja.abril.com.br/politica/rosa-weber-fake-news-sao-problema-mundial-contra-o-qual-nao-ha-milagre>

WARDLE, Claire. Existem 7 tipos de fake news. Você conhece todos? *Blog Magic Web Design, Brasil*, 19 de mar. 2018. Disponível em: < <https://www.magicwebdesign.com.br/blog/internet/existem-7-tiposfake-news-voce-conhece-todos/>>. Acesso em: 24 de agosto de 2022.

WAISBORD, Silvio. (2018), "Truth Is What Happens to News". *Journalism Studies*, v. 19, n. 13, pp. 1866-1878.

WILLIAMS, Bruce A.; DELLI CARPINI, Michael X. (2011), *After Broadcast News: Media Regimes, Democracy, and the New Information Environment*. New York, Cambridge University Press.



# Procedimento de manifestação de interesse: análise normativa

Letícia Mendes Martins do Rêgo Barros

*Pós-graduada em Direito Administrativo pela UNIAMÉRICA. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Analista Judiciária no Tribunal Regional Federal da 2ª Região*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.20

## RESUMO

O presente trabalho analisa os fundamentos jurídicos, a regulamentação e a aplicação prática do Procedimento de Manifestação de Interesse, instituto de direito administrativo que visa à estruturação de licitações públicas e contratos administrativos, a partir da colaboração do particular. Para tanto, apresenta-se o Procedimento de Manifestação de Interesse e sua base legal, por meio do estudo da mais variada legislação brasileira sobre o tema. Após, analisam-se suas principais características, vantagens e desvantagens, bem como sua aplicação prática em casos concretos. Adentra-se também no campo dos riscos inerentes à aplicação prática do PMI, tais como o risco da captura e da diminuição da competitividade do certame. Para evitar tais consequências, defende-se, ao longo do texto, a observância dos princípios da transparência e da isonomia por parte da Administração Pública quando do lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse, com o objetivo de amoldar o referido instituto ao ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** administração consensual. licitação. concessão. Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI. Parcerias Público-Privadas – PPP.

## ABSTRACT

This paper analyzes the legal basis, the regulation and the practical application of Expression of Interest (EOI), an administrative institute that consists of a method for structuring public bids and contracts of public utilities, with the cooperation from private companies. This study will present the Expression of Interest (EOI) with its legal basis, through the study of the federal and state legislation. This paper also analyzes, therefore, the principle characteristics, advantages and disadvantages of the institute, with evaluation of practical cases. In addition, it presents the risks involved with the Expression of Interest (EOI), like the capture of the public interest by private. To prevent this risk, this study defends that the Public Administration, in the use of Expression of Interest (EOI), needs to observe the principles of transparency and isonomy, for example, with the intention to compliance with Brazilian legal system.

**Keywords:** consensual administration. concessions contracts. public utilities. Expression of Interest (EOI). Public-Private Partnerships – PPP.

## METODOLOGIA

A metodologia do estudo será baseada em uma abordagem histórica e legislativa do chamado Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI. Para tanto, serão analisadas as previsões em legislação federal e estadual, além de ser realizado um comparativo entre ambas, a fim de aferir o método de aplicação que os entes federativos vêm dando ao instituto.

## O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI): SURGIMENTO

Com a redução da capacidade de investimentos do Estado, foi preciso buscar uma nova forma de captar recursos que viabilizassem a consecução de políticas públicas e qualificassem a prestação dos serviços públicos<sup>1</sup>.

Atrelada a isto, a definição do objeto de uma contratação pública, principalmente quando falamos de projetos de grande complexidade técnica, é um dos maiores desafios que o administrador enfrenta, haja vista a necessidade de elaboração de estudos que demandam conhecimentos técnicos aprofundados acerca do objeto nas mais diversas áreas<sup>2</sup>.

Tais estudos podem ser elaborados de três formas:

(I). Por servidores públicos vinculados ao poder concedente. Neste caso, haverá a completa estruturação do projeto, desde a realização dos estudos até o momento de consolidação da modelagem a ser adotada na licitação. Para tanto, é necessário um quadro de agentes públicos que possuam expertise técnica, o que não se costuma observar no quadro atual da Administração Pública, além de exigir dispêndio financeiro pelo respectivo órgão.

(II). Por consultores especializados da iniciativa privada, o que também demanda gastos com a contratação, sendo necessária a existência de disponibilidade de recursos orçamentários. No mais, esse instrumento somente se adequa a casos que não sejam urgentes, haja vista que o processo de contratação é, na maioria das vezes, demorado.<sup>3</sup>

(III). Através da utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse. Conforme se verá adiante, por meio do PMI, a administração divulga projeto que pretende implementar, aproveitando-se dos estudos realizados pela iniciativa privada, por sua conta e risco, e sem qualquer contraprestação do setor público. Assim, o PMI, em regra, se mostra como alternativa mais econômica, além de ser mais facilmente aplicado em situações de urgência, já que não se adota a mesma rigidez de um certame licitatório.

Nos procedimentos licitatórios elaborados nos moldes da já revogada Lei 8.666/93, a fase referente à definição do objeto a ser licitado, bem como a elaboração dos projetos básico e executivo, ocorria internamente no âmbito da administração, que seleciona consultores externos que oferecerão suporte técnico para a contratação, mas que, em razão do disposto no art. 9º da referida lei, estavam proibidos de participarem da licitação ou da execução da obra/serviço.

Essa é a visão tradicional acerca da elaboração dos projetos básico e executivo, tarefa que era tida como exclusiva do Poder Público, com o objetivo de evitar fraudes nos procedimentos licitatórios e eventuais desvios de finalidade nos negócios público-privados. Predominava a ideia de que a interação entre Administração e particular ofendia os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. Não obstante a mencionada vedação legal, o que se obser-

<sup>1</sup> Ribeiro, Mauricio Portugal e Navarro, Lucas. *Comentários à Lei de PPP – Fundamentos Econômico-Jurídicos*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 332.

<sup>2</sup> GARCIA, Flavio Amaral. *A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: O Procedimento de Manifestação de Interesse*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n° 42, p. 67/79, abril/junho de 2013.

<sup>3</sup> PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de Manifestação de Interesse e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?* Disponível em <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

vava era a troca de informações de maneira informal entre o setor público e privado, de modo que a iniciativa privada influenciava a tomada de decisões da administração sem qualquer transparência<sup>4</sup>.

Ademais, a modelagem da Lei 8.666/93, além de onerar o poder público, o limitava à análise de um único projeto restringindo a possibilidade de surgimento de ideias mais eficientes e inovadoras. No caso do PMI, observa-se uma grande participação das empresas ligadas ao setor que se pretende licitar. Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso do PMI 001/2008 lançado pelo Estado de Minas Gerais, que tinha como objetivo o recebimento de estudos da iniciativa privada para a estruturação de projetos de concessão de 16 (dezesseis) lotes rodoviários. De acordo com estudos desenvolvidos pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas – SETOP -, o Procedimento recebeu estudos de 63 (sessenta e três) empresas, o que significa uma participação de mais de 90% do mercado. Frise-se, ainda, que além dos 16 lotes já identificados pela Administração, foi indicado um novo lote pelas empresas participantes, com a extensão de 371,5 Km de extensão.<sup>5</sup>

Mais recentemente, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n 14.133/2021) coroou a consagração do PMI no direito brasileiro, ao prevê-lo como instrumento auxiliar das licitações, em seu artigo 78. Apesar de ter mantido as linhas gerais já previstas na legislação anterior, a incorporação do PMI no texto da Lei 14.133/2021 indica que tal instrumento de fato se consolidou no ordenamento pátrio.

## **PMI – FUNDAMENTO LEGAL E ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

As Leis 14.133/2021, art. 78; 8.987/95, art. 21; Lei 9.074/95, art. 31 e a Lei 12.462/2011 em seu art. 9º, §1º, inovaram no ordenamento jurídico ao preverem a possibilidade de elaboração dos projetos básico e executivo pela iniciativa privada, tornando mais transparentes os procedimentos de apresentação dos estudos por esses entes<sup>6</sup>.

Nesse mesmo sentido, também podemos considerar que a Lei 11.079/2004 é fundamento legal do PMI, haja vista que seu art. 3º, caput, determina expressamente que seja aplicado às concessões administrativas o disposto no art. 21 da Lei 8.987/95.

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), também chamado de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP)<sup>7</sup>, pode ser definido como um procedimento consultivo de convocação dirigido aos particulares com o objetivo de que apresentem, por sua conta e risco, projetos e estudos, conforme diretrizes predefinidas pela administração, e que possam servir de subsídio para a estruturação técnica, econômica e jurídica de futura concessão ou parceria público privada. Nesse sentido, é ferramenta cooperativa capaz de concretizar os princípios da consensualidade e da legitimidade, viabilizando o diálogo entre a iniciativa privada e o poder público<sup>8</sup> durante a fase interna da licitação. Ou seja, o PMI é o instrumento através do qual a administração divulga sua intenção de realizar determinado projeto, por meio de consulta ao mercado privado e possibilitando que este apresente estudos que possam ajudar a aferir sua viabilidade,

<sup>4</sup> PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.* p. 5.

<sup>5</sup> GUIMARÃES Neto, Mario Queiroz e Batista, Adrian Machado. *Procedimento de Manifestação de Interesse: Diálogos com a Iniciativa Privada.*

<sup>6</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *Op. Cit.* p. 333.

<sup>7</sup> VIDE DECRETO n. 45.294/2015 do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>8</sup> GARCIA, Flavio Amaral. *Op. Cit.*

bem como a aprimorar o objeto da futura contratação.

O PMI também deve ser encarado como um instrumento apto a reduzir as assimetrias de informação entre o setor público e o setor privado<sup>9</sup>, pois promove aproximação entre ambos, reduzindo os riscos que advêm de projetos nos moldes tradicionais da Lei 8.666/93, nos quais, nas palavras de Schiefler (2013, p. 200): “A assimetria de informações é mútua: embora os particulares conheçam mais da prática da atividade a ser empreendida, conhecem menos do projeto proposto pela Administração Pública e vice-versa”.<sup>10</sup>

Ademais, a troca de informações entre administração e particular, de maneira informal, além de propiciar eventuais ilegalidades, “amplia a assimetria de informação entre o setor público e o setor privado, pois quem supre a capacidade de análise, investigação e tomada de decisão do poder público é a iniciativa privada interessada em celebrar contratos de concessão com o setor público” (PEREIRA, 2011).

Por outro lado, é forçoso reconhecer que a empresa que tiver seus estudos de viabilidade aceitos pelo poder público estará, em alguma medida, com certa vantagem na competição em relação aos demais interessados no certame. Nesse sentido, Pereira (2011) leciona que:

Tal vantagem competitiva pode ser ampliada ou não em função das regras concretas de cada PMI (por exemplo, transparência e disponibilidade dos inteiros teores dos estudos produzidos, distância entre tal disponibilidade e a data efetiva da apresentação das propostas pelos licitantes, requisitos para que os interessados possam pedir a autorização para realizar os estudos, entre outros aspectos.

A utilização do instituto em análise traz, ainda, o risco da captura, que consiste na possibilidade de que os interesses públicos sejam capturados pelos interesses particulares, fazendo com que o instituto se torne um meio de concretização ilegítima destes últimos. Nesse sentido é que a Administração deverá construir de forma detalhada o escopo dos estudos a serem apresentados, informando os projetos que pretende receber e o que pensa em licitar, de maneira a não deixar grandes margens de liberdade à atuação de interesses privados ilegítimos<sup>11</sup>.

A regulamentação do instituto é feita por meio de decretos de cada ente federativo. No âmbito federal, foi editado o Decreto 5.977/06, posteriormente revogado pelo Decreto 8.428/15. No âmbito estadual podemos destacar, a título exemplificativo, o Decreto 45.294/15 do estado do Rio de Janeiro e o Decreto 57.678/17 do estado de São Paulo. Não obstante a autorização legal<sup>12</sup> para que estados e municípios possam regulamentar diretamente o art. 21, da Lei n. 8.987/953, fato é que o decreto federal tem sido utilizado como modelo pelos demais entes.

No âmbito das concessões e permissões de serviços públicos, o principal fundamento legal está no art. 21 da Lei 8.987/95, que traz regras gerais para a utilização do PMI no âmbito das concessões e prestações de serviço público e dispõe que:

Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.<sup>13</sup>

Já no que se refere às licitações e contratos celebrados administrativos, consta no art.

9 PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.*

10 Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107525/318832.pdf?sequence=1>

11 PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.* p. 11.

12 ART. 2º, da Lei n. 11.922/2009

13 LEI 8.987/1995, art. 21.

81 da Lei 14.133/2021 que:

A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.<sup>14</sup>

O primeiro ponto a ser observado é o dever de publicidade e transparência que se extrai dos dispositivos. Em segundo lugar, existe a possibilidade de a administração escolher que a iniciativa privada realize os referidos estudos, sem qualquer vinculação ao orçamento público, porque os gastos serão inteiramente ressarcidos pelo licitante vencedor.

Iremos notar, da análise dos Decretos regulamentadores, que essas duas premissas têm sido utilizadas por todos os entes federados, como características básicas do instituto.

Para facilitar a compreensão do leitor, analisaremos o Decreto Federal 8.428/15 (alterado pelo Decreto Federal 10.104/2019), fazendo ressalvas, somente quando necessário, em relação às especificidades encontradas na regulamentação estadual.

- Análise do Decreto Federal 8.428/15:

A) O chamamento público

Seguindo a tendência de expansão do instituto, o Decreto n. 8.428/15, em sua redação original, já alargava o escopo de utilização do PMI para abranger “empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso”, rol mais ampliativo em relação à previsão anterior, dada pelo Decreto 5.977/06, que aludia apenas às parcerias público-privadas. E, com as modificações feitas pelo Decreto 10.104/19, passou a ser possível a utilização do PMI na estruturação de qualquer contrato de parceria<sup>15</sup>, bem como em desestatizações.

No âmbito federal, o PMI tem início com a publicação de edital de chamamento público, comunicando o interesse em receber estudos e projetos que subsidiem a modelagem e a estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias (art. 2º do Decreto).

Os requisitos do referido edital encontram-se previstos no art. 4º do Decreto, sendo possível destacar, que a convocação deverá delimitar o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, além de indicar suas diretrizes. Cabe à administração estabelecer os contornos iniciais do empreendimento, de forma a orientar o estudo técnico do particular, a fim de melhor atender ao interesse público que se pretende atingir com a licitação, reduzindo também o já mencionado risco da captura. No entanto, essa delimitação feita pelo ente público pode ser bastante flexibilizada, conforme consta no Decreto 8.428/2015, art. 4º, §2º, que abre à Administração a possibilidade de fazer constar no escopo do PMI apenas: “a indicação do problema a ser resolvido por meio do empreendimento a que se refere o art. 1º, deixando a pessoas físicas e jurídicas de direito privado a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução”<sup>16</sup>.

Ademais, é preciso que se estipule o prazo para a apresentação dos estudos, que irá variar de acordo com sua complexidade, bem como o valor máximo de contraprestação pública

<sup>14</sup> LEI 14.133/2021, art. 81.

<sup>15</sup> O termo é abrangente e sua definição encontra-se no art. 1º, §2º da Lei 13.334/16.

<sup>16</sup> DECRETO 8.428/15, art. 4º, §2º.

admitida e o valor máximo para eventual ressarcimento<sup>17</sup>. No caso de projetos federais, o percentual máximo para eventual ressarcimento ao particular não poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação e manutenção do empreendimento, percentual este que já era previsto desde o Decreto 5.977/2006 e não sofreu alterações. Na legislação estadual, esse percentual pode variar, como acontece no caso do estado de Santa Catarina, que fixa o percentual máximo de ressarcimento em 3,5% (três e meio por cento), nos termos do art. 2º, §3º do Decreto 962/2012.

Vale ressaltar que o art. 3º, § 2º do Decreto 5.977/06 vedava que o particular apresentasse espontaneamente projetos ou estudos à Administração, vedação esta que, acertadamente, o Decreto 8.428/15 não repetiu. Ao contrário, há previsão expressa no art. 4º, §7º no sentido de que o PMI poderá ser iniciado por provocação do particular, caso em que “deverá constar do edital de chamamento público o nome da pessoa física ou jurídica que motivou a abertura do processo”<sup>18</sup>.

De outro lado, a maioria dos decretos regulamentadores estaduais, mesmo na vigência do Decreto 5.977/06, não reproduziam tal proibição, possibilitando aos particulares que apresentem proposta de um projeto identificado como de possível interesse público.<sup>19</sup> O que se verifica é que, no caso de manifestação espontânea da iniciativa privada, muitos regulamentos a denominam de Manifestação de Interesse Privado – MIP.

Vejamos exemplos da legislação estadual:

I) O Decreto n. 45.295/2015 manteve a previsão do regulamento anterior no sentido de que a MIP poderá ser apresentada espontaneamente por qualquer pessoa física ou jurídica, acrescentando que “a MIP conterá a descrição do projeto, com o detalhamento das necessidades públicas a serem atendidas e do escopo dos Estudos Técnicos necessários à estruturação de empreendimentos mencionados no caput do art. 1º” (art. 5º, II,). Uma vez recebida a MIP, a Administração deverá avaliar se será dado início ao PMI (art. 7º). Em qualquer caso, não se suprime a necessidade de chamamento público.

II) O Decreto n. 962/2012 do estado de Santa Catarina prevê dois procedimentos distintos, regulamentados, separadamente, nos dois primeiros capítulos do Decreto. O capítulo I trata do PMI, que se dá quando tais estudos são realizados a partir de requerimento do poder concedente. Quando a apresentação de propostas e investigações é feita de forma espontânea pelo particular, recebe o nome de “Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIIP”, regulamentada em seu capítulo II.

Neste último caso, a MIIP deverá ser submetida à apreciação do Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGPPP)<sup>20</sup>, e deverá conter, obrigatoriamente, os requisitos exigidos pelo art. 18 do Decreto Estadual, quais sejam: (I) as linhas básicas do projeto, com a descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais dele advindos; (II) a estimativa dos investimentos necessários e do prazo de implantação do projeto; (III) as características gerais do modelo de negócio, incluindo a modalidade de PPP considerada mais apropriada, previsão das

<sup>17</sup> ART. 4º, I, alíneas “c”, “d” e “g” do Decreto 8.428/15.

<sup>18</sup> DECRETO 8.428/15, art. 4º, § 7º.

<sup>19</sup> MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. *O Procedimento de Manifestação de Interesse Como Instrumento de Viabilização de Importantes Projetos de Infraestrutura no Brasil*. In Bicalho, Alécia Paolucci Nogueira e Dias, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 197.

<sup>20</sup> Anote-se que o Decreto do Estado de Santa Catarina é anterior ao Decreto 8.428/15 e, portanto, seguia o antigo modelo federal desenhado pelo Decreto Federal n. 5.977/06, que se restringia às parcerias público-privadas.

receitas esperadas e dos custos operacionais envolvidos; (IV) a projeção, em valores absolutos ou em proporção, da contraprestação pecuniária eventualmente demandada do parceiro público; e (V) outros elementos que permitam avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos no projeto.

Posteriormente, será feita análise do caráter prioritário do projeto, segundo as diretrizes governamentais vigentes. Caso aprovada, a MIP será recebida como proposta preliminar de projeto de PPP (art. 22 do Decreto), cabendo ao Comitê dar ciência da deliberação ao proponente e solicitar as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado competente, publicar o aviso respectivo para a apresentação, por eventuais interessados, de manifestação de interesses sobre o mesmo objeto. Cabe, portanto, à Secretaria de Estado e ao Comitê darem ampla publicidade ao objeto da Manifestação, possibilitando seu conhecimento pelos demais particulares.

Dessa forma, a partir da análise dos Decretos do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de Santa Catarina, bem como do próprio Decreto federal, o que se percebe é uma preocupação no sentido de preservar os princípios da isonomia e da transparência, haja vista que, nos casos em que se permite a apresentação espontânea de estudos pelo particular, deverá ser preparado e publicado edital de chamamento público de abertura do PMI, convocando os demais interessados a apresentarem seus estudos. O que não se permite, portanto, é que o projeto apresentado espontaneamente pelo particular permaneça em sigilo entre este e a administração, de forma velada, sem que seja oportunizada a participação dos demais interessados, o que configuraria verdadeira afronta ao princípio da isonomia.<sup>21</sup>

Advogamos a tese de que a possibilidade de apresentação dos estudos de forma espontânea pelo particular deve ser fomentada, pois permite a elaboração de políticas públicas muitas vezes impensadas pela Administração. Nesse sentido, os ensinamentos de Gustavo Henrique Carvalho Schiefler:

O instituto, ao permitir a percepção por parte dos particulares das necessidades da Administração Pública e o respectivo oferecimento de solução para colaborar com o seu interesse, deve ser encarado como instrumento de transparência e diálogo a ser encorajado. Isso porque é ferramenta que estimula uma aproximação conveniente entre o particular e a Administração Pública, que reconhece a proatividade do empreendedorismo, sem perder de vista a isonomia, pois a oportunidade de colaboração, uma vez reconhecida como útil, deverá ser oferecida aos possíveis interessados.<sup>22</sup>

#### B) Autorização para apresentação dos estudos

A partir da publicação do edital de PMI, os particulares interessados em apresentarem estudos deverão protocolizar requerimento de autorização, no qual deverão constar informações como a qualificação do interessado, documentos que atestem a sua experiência na realização de projetos similares aos solicitados e detalhamento das atividades que pretende realizar (art. 5º, do decreto n. 8.428/2015). Tal procedimento não pode ser considerado como uma fase de habilitação, semelhante a que ocorre nas licitações públicas. O que se pretende é apenas a demonstração de experiência do interessado na realização de tais estudos, de forma mais simplificada do que ocorre naquele outro caso.<sup>23</sup>

Uma vez concedida a mencionada autorização, que será pessoal e intransferível: (i) o

<sup>21</sup> MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. *Op. Cit.* p. 199.

<sup>22</sup> SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Op. Cit.* p. 10.

<sup>23</sup> GARCIA, Flavio Amaral. *Op. Cit.*

particular não terá qualquer direito de preferência para a outorga da concessão; (ii) o poder concedente não estará obrigado a licitar o objeto; e (iii) não nasce para o particular qualquer direito de ressarcimento em relação aos gastos que advierem da realização dos estudos.

Nesse sentido, uma característica do PMI que se verifica tanto no Decreto federal como nos Decretos estaduais, é a ausência de obrigatoriedade de realização da licitação, bem como a inexistência de direito de preferência, o que traduz verdadeira transferência de risco à iniciativa privada. É o que se infere do artigo 6º do Decreto n. 8.428/15, que vem sendo reproduzido pela legislação estadual (art. 13 do Decreto n. 45.294/15 do RJ; art. 7º do Decreto n. 57.678/17 de SP e art. 25 do Decreto n. 962/2012 de SC).

Assim, o poder concedente, por meio de análise discricionária, poderá optar por iniciar ou não o procedimento licitatório. Nos parece nítido, no entanto, que a abertura reiterada de PMI de forma irresponsável pela Administração, sem que posteriormente venha a ser licitado o objeto, gerará verdadeiro descrédito do instituto e servirá como desestímulo ao particular em obter a autorização. Nesse sentido, a possibilidade de o Poder Público deixar de implementar a licitação deve ser vista como exceção à regra, podendo ocorrer em hipóteses devidamente justificadas, a título de exemplo, pela inviabilidade técnica ou financeira do projeto.

Da mesma forma, o particular que elaborar estudos técnicos e que vier a participar da licitação não será premiado com qualquer tipo de preferência em relação aos demais licitantes, ou seja, não terá qualquer vantagem formal em virtude de sua participação no PMI, competindo em igualdade de condições com os demais participantes do certame<sup>24</sup>. A única forma de ressarcimento dos custos com a elaboração dos estudos será feita pelo licitante vencedor<sup>25</sup> e somente se o poder concedente efetivamente utilizar o projeto apresentado na licitação (art. 16 do Decreto n. 8.428/15).

Ainda sobre o ressarcimento ao particular, o art. 15 do referido Decreto determina que o valor da contraprestação será definido pela comissão responsável pela avaliação dos projetos, mas o particular poderá rejeitar o valor proposto, caso em que as informações que ali constam não poderão ser utilizadas pelo Poder Público.

Ao contrário do que previa a regulamentação anterior, o Decreto n. 8.428/15, com a redação dada pelo Decreto n. 10.104/19, admite expressamente a possibilidade de que a autorização para realização dos estudos seja conferida com exclusividade ou a número limitado de interessados (art. 6º, I).

A regulamentação estadual, nesse aspecto, ainda não seguiu a regra federal. Os Decretos do Rio de Janeiro e de Santa Catarina afirmam expressamente que a autorização será sempre conferida sem exclusividade. No entanto, ainda é cedo para afirmar se a regra será ou não repetida pelos demais entes federados, tendo em vista que a mudança ocorreu recentemente, no ano de 2019.

A intenção do legislador foi a de incentivar a participação do setor privado, tendo em vista que, com a autorização dada com exclusividade ou a número limitado de pessoas, a tendência é que os estudos apresentados sejam os mais consentâneos com os objetivos da Administração. É

<sup>24</sup> BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: Exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro*. 2015. 315 f. *Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2015, pg. 192.

<sup>25</sup> A previsão de dever de ressarcimento pelo licitante vencedor consta como cláusula obrigatória do edital de licitação, nos termos do art. 17 do Decreto n. 4.828/15.

justamente por isso que, nessas hipóteses, haverá a inversão entre a fase de autorização e a de avaliação, seleção e aprovação dos estudos (art. 1º, §5º), que deverá sempre considerar os critérios previstos no art. 10, § único do Decreto, quais sejam: experiência profissional comprovada, plano de trabalho e avaliações preliminares sobre o empreendimento. Nesse sentido, apesar de à primeira vista parecer que a autorização com exclusividade poderia criar situação de privilégio injustificado em favor de determinado particular, fato é que o Decreto exigiu a análise de critérios objetivos que possam validar essa escolha.

Ademais, com a delimitação dos que terão autorização para a apresentação de projetos, as chances de ressarcimento dos gastos com os estudos irão aumentar, seja pelo número reduzido de participantes, seja porque aqueles que participam já estavam alinhados aos anseios do Poder Público. E o grande volume de estudos que serão apresentados quando a autorização for concedida sem exclusividade a diferentes interessados não implica necessariamente em maior qualidade do material, principalmente se considerarmos que a Administração talvez não tenha condições técnicas de analisar todo o material fornecido.

Por fim, quanto à elaboração dos estudos, o novo Decreto federal mais uma vez foi inovador ao prever, em seu art. 8º, a possibilidade de o Poder Público realizar reuniões “com a pessoa autorizada e quaisquer interessados na realização de chamamento público, sempre que entender que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de projetos, levantamentos, investigações e estudos mais adequados aos empreendimentos”<sup>26</sup>. Trata-se de medida que reforça a ideia de consensualidade e diálogo entre Administração e particular, o que vai de encontro aos objetivos do próprio instituto que se analisa.

#### C) Avaliação, seleção e aprovação de projetos, levantamentos, investigações e estudos

A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações será realizada por comissão indicada pelo órgão solicitante (art. 9º) e seguirá os critérios previstos no art. 10º do aludido Decreto.

Conforme ensina Flávio Amaral Garcia, a decisão deve ser sempre motivada, sob pena de se conferir um “subjativismo indesejável em qualquer procedimento público”<sup>27</sup>, além de afastar o setor privado do Procedimento, em razão do alto grau de insegurança gerado. Como já tive oportunidade de me manifestar, sempre nos pareceu legítimo que o particular deva saber as razões pelas quais seus estudos não foram acolhidos<sup>28</sup>, o que inclusive está em consonância com o princípio da publicidade (art. 37 da CF) e com o art. 50, III da Lei 9.784/99.

Destaque-se que o PMI é forma de manifestação do consensualismo da Administração Pública, o que está intrinsecamente ligado à ideia de diálogo e participação do setor privado. Permitir que tais decisões sejam tomadas de forma unilateral pela administração, sem qualquer motivação, seria sinal de retrocesso à impositividade /unilateralidade da conduta administrativa, o que não se coaduna com os contornos do direito administrativo atual e tampouco com o dever de transparência. Vejamos, por oportuno, o entendimento de Bruno Ramos Pereira:

É importante que o poder público motive, publicamente, porque aceitou e porque não aceitou os estudos de viabilidade das pessoas físicas ou jurídicas autorizadas a produzi-los. Todos os estudos, quer sejam os aceitos, quer sejam os não aceitos, devem ser publica-

<sup>26</sup> DECRETO 8.428/15, art. 8º.

<sup>27</sup> GARCIA, Flávio Amaral. *Op. Cit.* p. 5.

<sup>28</sup> CONFORME monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2014: *A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE*.

dos e disponibilizados de modo facilitado pelo poder público, para qualquer interessado. Para que a qualidade dos estudos seja elevada, é importante que o mercado provedor de estudos de viabilidade tenha a consciência dos potenciais embaraços decorrentes de eventual não aceitação de seus produtos em função da baixa qualidade.<sup>29</sup>

O art. 12 do Decreto Federal abre ao Poder Público a possibilidade de acolher parcialmente os estudos levantados pelo particular. Nesse caso, os valores de ressarcimento serão apurados apenas com relação às informações efetivamente utilizadas em eventual licitação. Nessa esteira, prevê, ainda, a possibilidade de que nenhum dos estudos apresentados seja efetivamente utilizado na estruturação do projeto.

Uma vez concluída a seleção dos estudos, a comissão irá analisar os valores apresentados para eventual ressarcimento daqueles projetos que tiverem sido selecionados, podendo concluir pela incompatibilidade dos valores apresentados pelo particular e arbitrar o montante adequado. Este valor poderá ser rejeitado pelo responsável pelos estudos, hipótese em que não serão utilizadas as informações ali contidas. Nessa hipótese, a Comissão poderá escolher outro entre os estudos que tiverem sido apresentados para seleção (art. 15, §2º e 3º).

O art. 16 do regulamento traz uma das mais relevantes características do PMI, que consiste em determinar a forma de ressarcimento dos valores relativos aos estudos: os gastos serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que as informações colhidas tenham sido efetivamente utilizadas no certame.

Desta forma, o PMI traz enorme vantagem à administração, que se utiliza das contribuições da iniciativa privada, sem arcar com qualquer custo. Esses dispêndios serão transferidos em sua inteireza para o particular vencedor da licitação, levando-se em consideração que este último foi o maior beneficiado com a estruturação do projeto.<sup>30</sup>

Após a breve análise da legislação federal e estadual que se viu nas linhas acima, passaremos a abordar as vantagens e desvantagens da utilização do instituto.

## **PMI – VANTAGENS E RISCOS PARA O PODER PÚBLICO E PARA O PARTICULAR**

A utilização do PMI pode acarretar, para o poder público, as seguintes vantagens:

1. Redução de custos na elaboração dos projetos. Quando o poder público se utiliza do modelo mais tradicional de estruturação das concessões comuns e de parcerias público-privadas, contratando consultores externos para atuar juntamente com o corpo técnico da Administração Pública, existem custos financeiros, que, no caso do PMI, são transferidos à iniciativa privada.

2. Com a divulgação de um PMI, a administração recolhe subsídios e soluções típicas do empreendedorismo da iniciativa privada. Isto se dá em razão da contínua exigência de inovação inerente aos ambientes concorrenciais, sendo certo que o particular muitas vezes detém técnicas mais modernas e eficientes se comparadas com as da Administração<sup>31</sup>.

3. O Poder Público promove sondagem formal de mercado, passando a ter uma ideia mais apurada do interesse da iniciativa privada em relação ao projeto. Assim, o PMI promove

<sup>29</sup> PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.* p. 15.

<sup>30</sup> GARCIA, Flavio Amaral. *Op. Cit.*

<sup>31</sup> SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. *Op. Cit.* p. 2.

um ajustamento entre os interesses de potenciais investidores e os interesses da Administração Pública, além de possibilitar o conhecimento dos potenciais interessados no objeto da licitação. Consequentemente, há, ainda, o deslocamento da competitividade entre os agentes privados para momento anterior ao procedimento licitatório.

4. Quando os projetos a serem licitados são elaborados exclusivamente pelo Poder Público, os particulares se encontram em desvantagem informacional. Por outro lado, os particulares interessados em empreender o objeto da concessão também carregam vantagem informacional em relação à Administração Pública a respeito dos meandros da respectiva atividade econômica. Dessa forma, podemos dizer que “a assimetria de informações é mútua: embora os particulares conheçam mais da prática da atividade a ser empreendida, conhecem menos do projeto proposto pela Administração Pública. E vice-versa”<sup>32</sup>. Portanto, a utilização do PMI reduz os riscos de aditamento dos contratos, diminuindo, consequentemente, os custos do objeto a ser licitado, benefício este decorrente da redução de assimetria de informações.

A despeito das potenciais vantagens destacadas no tópico anterior, não se pode omitir a existência de riscos inerentes ao PMI, os quais passaremos a analisar adiante. É a partir do reconhecimento de tais riscos que se sustenta a inevitabilidade de serem observados os princípios da transparência administrativa e da isonomia. Vejamos.

1. Redução da competitividade na futura licitação pública, caso o PMI não seja conduzido de forma transparente e isonômica. Não se pode negar que os participantes do PMI possivelmente possuem vantagem competitiva em relação aos demais, pois participaram da elaboração do projeto e têm acesso a informações estratégicas. Sugere-se, com o objetivo de reduzir o mencionado risco, que o procedimento seja conduzido de forma transparente, possibilitando a todos os interessados o conhecimento das informações necessárias.

2. Em que pese o risco da captura estar presente em todos os processos de contratações públicas, no caso do PMI esse perigo é mais facilmente visualizado. Sabendo, em momento anterior à licitação, acerca de informação sobre o escopo do projeto, existe o risco de que os interesses da administração sejam capturados pelo particular. A mais conhecida forma de captura do interesse público ocorre quando da existência de conluio com o agente público. Entretanto, podemos observar o mesmo risco em razão da eventual superioridade técnica da iniciativa privada.

Do ponto de vista do particular, é possível apresentar as seguintes vantagens:

1. O PMI é mecanismo de conhecimento do projeto antes do início da licitação, ou seja, o particular pode sondar, antes mesmo da publicação de edital de licitação, quais os setores estão sendo priorizados pela administração e quais as características principais dos projetos que se pretende licitar no futuro. O PMI possibilita que a iniciativa privada ofereça soluções que mais se coadunem com seus interesses e atividades, fazendo convergir com as pretensões do poder público.<sup>33</sup>

Vale ressaltar, ainda, que a redução da assimetria de informações acarreta também a

<sup>32</sup> SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Tese (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107525/318832.pdf?sequence=1>. p. 200.

<sup>33</sup> SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Dissertação de pós-graduação – Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2013, pág. 202.

diminuição dos custos do projeto, tornando a proposta do particular mais competitiva em relação àqueles que não participaram da estruturação do projeto. Na elucidativa lição de Maurício Portugal Ribeiro *“os participantes da licitação tratarão todas as inseguranças ou incertezas sobre o projeto como riscos, refletindo-as, dessa forma, no preço solicitado para prestar o serviço.”*<sup>34</sup>

Dessa forma, não obstante inexistir qualquer vantagem formal e direta para o particular que participou do PMI, o que as circunstâncias de fato indicam é que este apresentará proposta mais apropriada ao objeto a ser licitado.

2. O PMI agrega valor em possíveis consórcios a serem formados, ou seja, as empresas que dele participam atraem para si outras empresas que a ela desejem se associar quando da realização do certame, o que decorre das vantagens obtidas quando da estruturação do projeto.

3. Caso o projeto elaborado pelo particular seja escolhido, o mesmo terá sua indenização garantida pelo vencedor da licitação.

Quanto aos riscos que o instituto oferece à iniciativa privada, merecem destaque:

1. Em razão da inexistência de obrigatoriedade de licitação do objeto, o particular arca, sozinho, com o risco de ver o projeto elaborado a partir do PMI ser arquivado. Nesses casos, todo o dispêndio correrá por sua conta. É certo, por outro lado, que isto também acarreta consequências para a Administração, que terá despendido esforços para a elaboração do projeto, mormente se considerarmos a mobilização de pessoal e o tempo gasto com a elaboração do PMI.

2. Os particulares se sujeitam, ainda, a terem seus estudos utilizados indevidamente pela Administração, sem o devido ressarcimento previsto no respectivo edital. Muitas vezes, dependendo do escopo dos estudos, será extremamente difícil reconhecer a origem das informações ali apostas<sup>35</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi analisado, verifica-se que instrumentos de Diálogo entre Administração Pública e iniciativa privada tendem a maximizar o interesse público, com inegável ganho de eficiência, na medida em que transfere integralmente para o particular o custo da elaboração do projeto e também porque a utilização do instituto possibilita o recolhimento de soluções inovadoras e eficientes, mais afeitas ao ambiente concorrencial da iniciativa privada.

Por outro lado, o compartilhamento de informações em etapa que antecede as licitações resulta em maior eficiência na medida em que reduz a assimetria informacional entre a Administração Pública e os particulares. Assim, é benefício que se extrai do alinhamento de interesses e de conhecimentos técnicos acerca do projeto que será objeto do certame.

Entretanto, há de se reconhecer que apenas através de uma aplicação correta do instituto é que se poderá chegar à sua adequação aos princípios constitucionais. O que se revela

<sup>34</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal e Navarro, Lucas. *Op. Cit.* p. 47.

<sup>35</sup> Sobre o assunto, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler destaca que *“Embora não haja previsão legal que dê sustento a essa prática no Brasil, é oportuno registrar que em alguns países a rejeição de uma Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), que é o documento pelo qual o particular provoca a Administração Pública a promover um Procedimento de Manifestação de Interesse sobre determinado assunto, exige da Administração Pública que a rejeitou a observância de um período de carência, em que não poderá lançar licitação pública que envolva aquele objeto, justamente para resguardar a eventual apropriação indevida de seus estudos”*.

sobremaneira importante é a ampla publicidade e transparência que devem ser adotadas no momento em que a administração entender por bem divulgar sua intenção de licitar determinado objeto.

Os inúmeros riscos que foram identificados ao longo do estudo (possibilidade de vantagem concorrencial por parte do licitante que elaborou o projeto; ausência de decisões motivadas quando da escolha do projeto a ser utilizado na licitação; projetos que não chegam a ser licitados, entre outros) podem ser evitados.

Nessa linha, propõe-se que o fundamento primordial a ser observado para que o instituto ofereça maior eficiência, isonomia e legitimidade aos projetos de licitação e concessão é a transparência. Esta deverá ser característica marcante e intransponível do PMI, sem a qual não haveria respaldo jurídico-constitucional suficiente que possibilitasse a defesa de sua utilização. Em respeito aos aludidos princípios, sugere-se que a Administração Pública não imponha requisitos que restrinjam em demasia a participação dos particulares interessados, em respeito à ampla participação. Igualmente, entende-se que o administrado deve ser livre para provocar a Administração Pública sempre que vislumbrar que determinado projeto possa ser de interesse público.

Por fim, fica patente que o tradicional temor em torno do diálogo da administração com o particular não é, de fato, fundado. O risco de que essa via seja má utilizada, acarretando afronta à isonomia e captura do interesse público pelo particular, deve ser inspiração para o aperfeiçoamento do instituto e não para a sua negação. Até porque, as questões ora aduzidas inserem-se dentro de um quadro maior, de modo que minar as práticas consensuais é, em alguma medida, fragilizar o Estado Democrático de Direito e, por consequência, a boa administração.

## REFERÊNCIAS

1. BELSITO, Bruno Gazzeneo. O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: Exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro. 2015, 315 f. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.
2. GARCIA, Flavio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: O Procedimento de Manifestação de Interesse. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n° 42, p. 67/79, abril/junho de 2013.
3. GUIMARÃES Neto, Mario Queiroz e Batista, Adrian Machado. Procedimento de Manifestação de Interesse : Diálogos com a Iniciativa Privada. Disponível em <http://docplayer.com.br/17431566-Procedimento-de-manifestacao-de-interesse-pmi-dialogos-com-a-iniciativa-privada.html>. Acesso em 05 de junho de 2023.
4. MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. O Procedimento de Manifestação de Interesse Como Instrumento de Viabilização de Importantes Projetos de Infraestrutura no Brasil. In Bicalho, Alécia Paolucci Nogueira e Dias, Maria Tereza Fonseca. Contratações Públicas. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
5. PEREIRA, Bruno Ramos. Procedimento de Manifestação de Interesse e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado? Disponível em <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi->

e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto. Acesso em 05 de junho de 2023.

6. RIBEIRO, Mauricio Portugal e Navarro, Lucas. Comentários à Lei de PPP – Fundamentos Econômico-Jurídicos. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

7. SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. Dissertação de pós-graduação – Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2013. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107525/318832.pdf?sequence=1>. Acesso em 05 de junho de 2023.



# Reconhecimento de pessoas: Uma análise do instituto na jurisprudência recente do STJ

Rodrigo Portilho Mendanha

*Graduando em Direito, Campus Augustinópolis da UNITINS*

Sara Ribeiro de Araújo

*Graduanda em Direito, Campus Augustinópolis da UNITINS*

Tiago Alencar Cruz

*Especialista em Direito Processual Civil (2021) e Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Batista de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (2019). Professor e Pesquisador da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) e Assessor Jurídico da 3ª Defensoria Criminal e das Execuções Penais de Araguaína*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.21

## RESUMO

O presente estudo visa em seu escopo, demonstrar de forma detalhada todo o instituto do reconhecimento de pessoas tratado no artigo 226 do Código de Processo Penal, desde o seu fundamento jurídico, as formalidades intrínsecas, e sua aplicação sobre a ótica das falsas memórias, até a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que afastou a posição de que o instituto seria mera recomendação legal, e fundou a tese que a (in) observância dos requisitos formais gera nulidade da prova, em detrimento a diversas condenações e prisões de indivíduos inocentes. Nesse sentido, é essencial que sejam adotados procedimentos baseados em evidências científicas para minimizar os riscos de falsos reconhecimentos. Além disso, é importante que haja uma ampla discussão sobre o tema, envolvendo não só a comunidade jurídica, mas também profissionais da área de psicologia e outros especialistas. Somente assim será possível garantir a justiça e a equidade no sistema de justiça brasileiro.

**Palavras-chave:** reconhecimento de pessoas. jurisprudência. falsas memórias. nulidade.

## ABSTRACT

The present study aims, in its scope, to demonstrate in detail the entire institute of person recognition treated in article 226 of the Criminal Procedure Code, from its legal foundation, intrinsic formalities, and its application from the perspective of false memories, to the current jurisprudence of the Superior Court of Justice, which ruled out the position that the institute would be a mere legal recommendation and founded the thesis that the non-observance of formal requirements generates nullity of evidence, to the detriment of various convictions and imprisonment of innocent individuals. In this sense, it is essential to adopt evidence-based procedures to minimize the risks of false recognitions. In addition, it is important to have a broad discussion on the subject, involving not only the legal community but also professionals in the field of psychology and other experts. Only then will it be possible to ensure justice and equity in the Brazilian justice system.

**Keywords:** recognition of people. jurisprudence. false memories. nullity.

## INTRODUÇÃO

É imprescindível que se comprove a existência do crime e a identidade de sua autoria para que alguém possa ser acusado. Assim, o reconhecimento de indivíduos é uma prática comum para estabelecer a autoria de um ato criminoso, conforme estabelecido pelo artigo 226 do Código de Processo Penal.

Assim, o reconhecimento de pessoas desempenha um papel fundamental no auxílio à busca da verdade real durante a investigação criminal ou processo penal, pois permite a identificação de possíveis autores ou cúmplices de um crime e de objetos relacionados ao delito.

O processo legal é uma formalidade que requer o cumprimento de procedimentos específicos estabelecidos por lei. Infelizmente, esses procedimentos nem sempre são seguidos, o que pode resultar em nulidades que levam à incriminação de pessoas inocentes, detidas, acusadas ou mesmo condenadas. Esses erros podem causar danos irreparáveis, abalando a

credibilidade do sistema jurídico.

Dessa forma, é comum que os responsáveis não sigam corretamente os procedimentos legais em muitos casos. Quando esse assunto é levado a instâncias superiores, especialmente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é o foco deste estudo, era afirmado que o procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal era meramente uma recomendação legal e a falta de observância dessas formalidades não levava a nulidades.

Ocorre que recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no habeas corpus nº 598.886-SC, de relatoria do Ministro Rogério S. Cruz, da Sexta Turma, decidiu “que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas”.

Segundo o ministro, “não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças”.

Nesse passo, o presente estudo, visa analisar como o reconhecimento de pessoas tem se desdobrado na recente jurisprudência do STJ, e o seu atual entendimento sobre o tema, passando também pelo estudo do reconhecimento fotográfico e as falsas memórias. Quanto à metodologia utilizada para a confecção do artigo, no que concerne aos objetivos a pesquisa é descritiva. A abordagem será dedutiva, vez que partirá de conceitos trazidos da abordagem teórica, para que seja possível delimitar os aspectos de cada tópico. Por fim, quanto aos procedimentos técnicos a pesquisa será desenvolvida de forma bibliográfica.

Ademais, o estudo se divide em capítulos, que serão apresentados a seguir, sendo eles o conceito de prova em seu sentido estrito; a (in) observância das formalidades legais para que o reconhecimento seja válido; o reconhecimento fotográfico; o estudo do reconhecimento de pessoas sob a ótica das falsas memórias e por último a atual posição do STJ sobre o artigo 226 do CPP no que tange as formalidades do procedimento do reconhecimento de pessoas.

## CONCEITO DE PROVA

Para que seja possível adentrar na análise do instituto do reconhecimento de pessoas, é imperioso transcorrer sobre prova, no que tange conceito, sentido, finalidade e objetivo, para assim passarmos à análise do instituto do reconhecimento de pessoas e seu valor como meio de prova.

De início cumpre diante da sua amplitude, definir prova como:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. Entretanto no plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio. A prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos tais juízos do espírito ou valorações sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é. (NUCCI, 2011, p. 15).

Assim, provar é demonstrar por meios intelectuais os elementos da realidade. É demonstrar claramente ao juiz a veracidade e a credibilidade dos fatos ou eventos, no entanto, deve-se ter em mente que a interpretação e a valoração da prova estão sujeitas à subjetividade humana.

Nessa abordagem de conceitos, o termo prova apresenta diversos sentidos, sendo eles ato, meio ou resultado. No primeiro, a prova é vista como o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte. No segundo, a prova é o instrumento utilizado para demonstrar a verdade de algo, como no caso da prova testemunhal. Já no terceiro, a prova é o resultado extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. É possível ainda classificar as provas em típicas, quando previstas expressamente em lei e com procedimento próprio para sua produção, e atípicas, que não estão previstas em lei ou não possuem procedimentos específicos para sua obtenção. (NUCCI, 2011).

Corroborando com o excerto, podemos trazer o conceito de prova apontado por Grinover, Dinamorco e Cintra (2008, p. 273):

Toda pretensão prende-se a algum, ou fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur jus*). Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional. As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não a verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.

Nesse passo, a função da prova dentro do processo é persuadir o juiz acerca da veracidade de um evento específico, mesmo sendo os fatos ou eventos alegados verdadeiros ou não.

Quanto à finalidade: “a finalidade da prova é a fixação dos fatos do processo. Provar não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, mas determinar e fixar formalmente os fatos” (CARNELUTTI, 1982, p. 44-45, *apud* LEAL, 2011, p.170).

Dessa forma, o objetivo da prova é estabelecer a certeza no juiz em relação aos fatos discutidos e alegados, o que resulta na convicção do magistrado acerca da verdade do processo, que pode ser estabelecida ou não por meio da comprovação dos fatos.

Ademais, é importante salientar que, a finalidade do processo é buscar a verdade por meio da prova judicial e solucionar o litígio em questão, determinando quem demonstrou a conexão entre seu direito e os fatos ocorridos, tornando-se vitorioso na demanda. É importante lembrar da legalidade e moralidade na produção da prova. O objeto da prova, por sua vez, é os fatos em questão.

É imperioso esclarecer que a verdade é dividida em formal e material, não podendo chegar a uma pacificação sobre o assunto. “A verdade real (material) é a que se pode denominar de verdade em si, ou seja, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; enquanto que a verdade formal é a que se estabelece nos autos, como resultado das provas produzidas pelas partes” (TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 37-38).

Neste sentido, em termos jurídicos, provar significa apresentar e transpor os elementos

de prova utilizando os meios apropriados para tal.

A prova será o meio unificador de alcançar a verdade, e no processo a ênfase é formal, pois será o que se detalha nos autos e poderá ser comprovado por meios jurídicos apropriados e reconhecidos, pois os fatos substantivos são a totalidade dos fatos e o contexto correspondente em que ocorreram, para os quais o juiz pode usar seu poder para inspecionar, monitorar ou comprovar esse fato. Uma prova nada mais é do que uma interpretação dos fatos, e o objetivo é promover a força persuasiva do magistrado, para que ele possa mover a jurisdição e entregar o resultado da sua decisão.

Por fim, ainda sobre provas em sentido conceitual, vale trazer ao estudo, as primeiras aparições do reconhecimento de pessoas, sendo as primeiras ordenações no Brasil realizadas pelas Ordenações Manuelinas.

Logo após, em 1603, entraram em vigor as Ordenações Manuelinas e perpetraram nas questões criminais até 1832. Daí, passou a vigorar no Brasil o Código de Processo Criminal.

Entretanto, o contexto mais importante nesse estudo é o de 1941, quando passa a vigorar o Código de Processo Penal que trouxe nos arts. 226, 227 e 228, o instituto do reconhecimento.

## **(IN) OBSERVÂNCIAS DAS FORMALIDADES**

Discorrendo sobre o emaranhado de informações no que tange ao reconhecimento de pessoas, conforme estabelecido, podemos notar uma certa formalidade na execução do instituto legal.

Como bem esclarece Nucci (2011, p.183): “O reconhecimento de pessoas é um ato formal e solene pelo qual uma pessoa afirmar como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa, para fins processuais penais. Cuida-se de um meio de prova.”

Assim, necessário trazermos à baila o artigo 226, do Código de Processo Penal, que ensina como realizar o reconhecimento pessoal, tanto na fase pré-processual, quanto na fase processual:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - A pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - A pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - SE houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - Do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Segundo o Código de Processo Penal, em primeiro lugar, a pessoa encarregada de realizar o reconhecimento deve fornecer uma descrição da pessoa que será reconhecida, uma fase importante, pois é através dela que será possível extrair da memória do reconhecedor, dados, para que o magistrado seja capaz de analisar se existe uma firmeza mínima do reconhecedor para dar-se a identificação.

O segundo inciso se refere à etapa de comparação. Nessa fase, é essencial que a pessoa a ser reconhecida seja colocada junto a outras que tenham semelhanças. Embora o segundo inciso do Código de Processo Penal utilize a expressão “se possível”, a maioria dos estudiosos da área jurídica argumenta que isso não autoriza que apenas o suspeito seja apresentado sozinho para ser reconhecido.

Por outro lado, o terceiro inciso trata do interesse do legislador em proteger a busca da verdade e a integridade da vítima, pois estabelece que, se houver uma razão significativa, a autoridade policial deve fornecer meios para que a pessoa a ser reconhecida não veja quem a está reconhecendo. No entanto, de acordo com o parágrafo único do artigo 226, essa regra do terceiro inciso não se aplica na fase judicial.

Finalmente, o inciso IV estabelece que deve ser elaborado um auto detalhado, registrando todas as ocorrências durante o ato de reconhecimento. Esse documento deve ser assinado pela autoridade, pelo reconhecedor e por duas testemunhas. O objetivo dessa medida é garantir a transparência e a fidedignidade do procedimento, além de servir como prova documental em caso de necessidade.

Partindo dessa premissa, vemos que o reconhecimento de pessoas deve seguir o rito descrito no artigo 226 do CPP, sob pena de afetar a credibilidade desse meio de prova. Nesta senda, podemos tecer que o reconhecimento é o ato pelo qual alguém é levado a reconhecer uma pessoa ou coisa em um determinado contexto, recordando assim, o acontecimento. (CORDEIRO, 2015).

Nesse passo, é reconhecível tudo aquilo que podemos perceber, ou seja, que pode ser reconhecido pelos nossos sentidos.

Como já mencionado o reconhecimento de pessoas é instituto legal posto no artigo 226 do CPP, podendo ocorrer tanto na fase pré-processual, quanto na fase processual. O grande entrave que perpetua é o nível de inobservância por parte dos delegados e magistrados no que tange a formalidade descrita no Código de Processo Penal.

Como já esclarecido, o reconhecimento constitui ato formal, cuja forma está estritamente definida. O que não ocorre na prática, visto que, o reconhecimento informal tem ganhado notoriedade, em razão do princípio do livre convencimento motivado.

Nessa esteira, os juízes correm o risco de nulidade processual ao exercer o chamado “livre convencimento”, uma vez que isso viola o sistema acusatório e compromete a imparcialidade e a igualdade entre as partes. Além disso, essa prática constitui uma flagrante nulidade do ato, pois não está em conformidade com o modelo legal previsto e nega o direito de silêncio e de não produzir provas contra si mesmo. (LOPES JR. 2019)

Ainda sobre o reconhecimento informal, é mister trazer a dura crítica trazida por Nucci (2011, p.184):

Lamentavelmente, tornou-se a regra no Brasil o reconhecimento informal de pessoa ou coisa. Em audiência, a testemunha ou vítima é convidada a dizer se o réu - único sentado no banco apropriado - foi a pessoa que praticou a conduta delituosa. Olhando para o acusado, muitas vezes de soslaio, sem atenção e cuidado, responde afirmativamente. Houve reconhecimento formal? Em hipótese alguma. Trata-se de um reconhecimento informal e, não poucas vezes, de péssima qualidade.

Assim, para o reconhecimento ser considerado válido, é necessário seguir as cautelas de estilo, devendo o magistrado colocar o imputado ao lado de outras pessoas fisicamente semelhantes.

Nesse ponto, alerta Aury Lopes (2019), trazendo atenção a duas medidas que devem ser analisadas: “A primeira é quanto ao número de pessoas, pois o código é omissivo em relação a essa quantidade, mas recomenda-se que o número não seja inferior a 5 cinco pessoas, para não perder a credibilidade do ato. E segundo, a questão das semelhanças físicas, para que a indução ao erro seja a menor possível, assim, no que delimita as semelhanças físicas deverá ser analisado estatura, porte físico, entre outras características, impondo a menor possibilidade de erro”.

Nesse passo, entende-se que não é suficiente que haja apenas uma semelhança, mas sim um conjunto de dados similares. Caso não exista nenhuma semelhança entre as pessoas ou coisas a serem reconhecidas, o reconhecimento será considerado nulo devido a um defeito formal. Em outras palavras, é necessário que sejam confrontadas pessoas do mesmo sexo, origem racial, estatura e idade. (BADARÓ, 2015).

Importante acrescentar, que estatísticas mostram que as falhas no processo de reconhecimento de pessoas, são os principais responsáveis por erros cometidos pelo judiciário, conforme Notícia do Jornal O Globo (2019):

“A maior parte das condenações incorretas no Brasil tem problemas na fase do reconhecimento do suspeito, segundo os advogados da ONG. O índice global do reconhecimento como uma das causas que levaram ao erro judicial, nos casos em que o condenado era inocente, é de quase 70%, de acordo com Rafael Tucherman”.

Assim, a implementação dessas medidas não pode ser considerada como formalidades inúteis, pois elas são fundamentais para garantir a credibilidade e confiabilidade do sistema judiciário brasileiro, proporcionando assim uma melhor proteção jurídica.

## RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Em primeiro lugar, é importante destacar que o reconhecimento fotográfico não tem base legal específica, uma vez que não é regulamentado pelo Código de Processo Penal. É considerado uma forma de reconhecimento secundária, já que o reconhecimento de pessoas deve ser realizado de forma presencial. Dessa forma, o reconhecimento fotográfico consiste na identificação direta do acusado a partir de uma única imagem, em um procedimento que não pode ser repetido.

Nesse passo, é mister salientar que a doutrina e a jurisprudência têm discutido o real valor legal do reconhecimento feito de forma fotográfica.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu em diferentes HCs que:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO BASEADA FUNDAMENTALMENTE NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO RÉU NA FASE INQUISITÓRIA. I - É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção. II - In casu, a sentença condenatória do paciente se baseou, fundamentalmente, no reconhecimento fotográfico do acusado na fase inquisitória, quase um ano após a ocorrência dos fatos, o que não se mostra suficiente para sustentar a condenação do acusado. (STJ – HC: 22907 SP 2002/0069942-4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/06/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2003).

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de Luis Alberto Vieira Nunes, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina na Apelação Criminal n. 0009786- 83.2015.8.24.0039. Em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi condenado às penas de 8 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado e de 16 dias-multa fixados no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, c/com o art. 61, I e II, c, do Código Penal (fls. 22-27). A defesa interpôs apelação pugnando pela absolvição ante a insuficiência de provas e a inobservância do art. 226 do CPP no tocante ao seu reconhecimento. O Tribunal a quo, porém, negou-lhe provimento (fls. 48-55). No presente writ, a defesa sustenta que o paciente foi condenado exclusivamente com base no reconhecimento fotográfico feito pelas vítimas na fase policial, não corroborado por outros elementos probatórios, em desacordo com o art. 226 do CPP. Requer seja deferida liminar a fim de suspender os efeitos da condenação do paciente até o julgamento definitivo do presente mandamus. No mérito, pleiteia a absolvição do paciente. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena imposta, tendo em vista a ausência de fundamentação idônea no tocante aos maus antecedentes e à reincidência. É o relatório. Decido. Evidenciando-se que a medida de urgência se confunde com o próprio mérito do presente habeas corpus, impõe-se reservar ao órgão competente a análise minuciosa das razões que embasam a pretensão, depois de devidamente instruídos os autos. Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar. Solicitem-se informações à autoridade coatora, que deverão ser prestadas preferencialmente por malote digital e com senha de acesso para consulta ao processo. Dê-se vista ao Ministério Público Federal. Publique-se. Intimem-se. (STJ – HC: 488495 SC 2019/0004503-3, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/01/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019).

Assim, o reconhecimento fotográfico, em momento algum deve ser usado como prova direta para condenação de uma pessoa, mas sim ser considerado um mero indício.

Vale destacar que, o reconhecimento fotográfico não pode possuir o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, devido às dificuldades conhecidas de correspondência entre a fotografia e a pessoa em si. Portanto, esse procedimento deve ser utilizado apenas em casos excepcionais, como uma confirmação adicional das outras provas apresentadas. (OLIVEIRA, 2020).

Ademais, Lopes Jr. (2014):

Assevera que o reconhecimento fotográfico não pode substituir o reconhecimento pessoal, mas pode ser utilizado como uma preparação para este. Conforme a previsão do artigo 226, inciso I, do CPP, o reconhecimento fotográfico deve ser considerado como um ato preparatório, e não como uma prova sem nome ou uma substituição ao reconhecimento pessoal.

Nessa senda, o reconhecimento fotográfico é considerado um meio de prova inominado, mas não ilegal, uma vez que não viola nenhuma norma expressa na Constituição ou na legislação. No entanto, é importante ressaltar que a legalidade da produção da prova não garante sua eficácia e relevância. Dessa forma, o reconhecimento fotográfico deve ser considerado com cautela, avaliando-se cuidadosamente sua relevância e, se necessário, utilizado apenas em casos excepcionais.

Em suma, o reconhecimento fotográfico é meio de prova atípico, por não conter previsão

expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, deve seguir as diretrizes estabelecidas para o reconhecimento presencial.

## O RECONHECIMENTO SOB A ÓTICA DAS FALSAS MEMÓRIAS

Ainda, é imperioso destacar no estudo do reconhecimento de pessoas, a perspectiva das falsas memórias, como fator circunstancial ao erro no procedimento.

Neste contexto, apresentamos uma abordagem interdisciplinar que envolve o direito juntamente com uma perspectiva psicológica e biológica. Isso se dá em virtude da grande complexidade do assunto e, ainda mais, porque o processo penal muitas vezes se baseia exclusivamente em provas testemunhais, tornando essencial uma abordagem multidisciplinar.

Nessa senda, no processo penal, a atividade cognitiva busca reconstruir o delito ocorrido no passado através da prova, impulsionada pelas partes em observância ao sistema acusatório.

Como na maioria dos casos faltam provas técnicas, o julgamento é baseado no que é dito pelas vítimas e testemunhas, que se baseiam em sua memória. Assim, é indispensável estudar a memória sob diferentes perspectivas para entender sua importância nesse processo. (GESU, 2014)

Não se pode esquivar que entre a realidade das experiências e da memória pode haver uma enorme transformação da realidade, não existindo assim, uma utopia da verdade real.

É importante ressaltar que a falsa memória não pode ser confundida com uma mentira intencional, pois a pessoa que a relata tem a convicção de que a experiência que ela descreve realmente aconteceu. Por esse motivo, a detecção de falsas memórias é uma tarefa extremamente difícil. Com impecabilidade, versa:

As falsas memórias diferenciam-se da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima, desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo (LOPES JR, 2019, p.573).

Fato é, que estudos realizados, especialmente na área da psicologia contemporânea, evidenciam as limitações e as distorções que podem surgir na memória humana e na sua capacidade de armazenamento de informações. Tais estudos revelam que a memória pode se desintegrar e, eventualmente, tornar-se inacessível em comparação com o evento original. Por outro lado, as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras, com descrições mais vivas em testes de recordação.

O que se faz relevante nesse ponto é que, a memória está sujeita a falhas, pois a mente humana não é capaz de armazenar acontecimentos da mesma forma que se grava fotografias em um computador.

Em estudo, defende de forma concreta que:

As imagens não são armazenadas sob a forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; nem armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com 'deixas' ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. [...]. (DAMÁSIO, 2001, p.105).

Portanto, como já foi mencionado, as falsas memórias surgem em decorrência da limitação da capacidade de armazenamento de informações da mente humana. Além disso, fatores como estresse, nervosismo e tempo decorrido entre o evento e o relato podem ser cruciais para a identificação de falsas memórias.

Partindo desse pressuposto, um ponto importante de ser mencionado como fator mister a criação de falsas memórias é o estado psicológico da vítima. O uso de arma é um exemplo de objeto que distrai a atenção da vítima de outros detalhes físicos importantes do autor do crime, reduzindo assim sua capacidade de reconhecimento. O efeito do foco na arma é crucial, pois a arma é o fio condutor da relação de poder que se estabelece entre o agressor e a vítima, o que faz com que a vítima não se fixe nas feições do agressor. Portanto, essa variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente em casos de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato entre agressor e vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo. (LOPES JR, 2019).

A presença de uma arma de fogo pode ter um efeito de distração na testemunha, levando-a a focar exclusivamente na arma utilizada pelo autor do crime, em detrimento de outras características físicas importantes para a sua identificação. Isso ocorre porque a arma se torna o elemento central na relação entre agressor e vítima, e a atenção da vítima fica voltada para ela, em detrimento de outras características do autor do delito. Como resultado, a presença de uma arma de fogo pode prejudicar significativamente a precisão do reconhecimento.

Deve ser considerado também, as expectativas da testemunha (ou vítima) têm grande influência na percepção dos delitos, o que pode levar as pessoas a ver e ouvir aquilo que desejam. Além disso, estereótipos culturais, como cor, classe social e sexo, também podem afetar a percepção de vítimas e testemunhas, influenciando-as a reconhecer com base nesses estereótipos, como ocorre em crimes patrimoniais com violência, onde a raça e perfil socioeconômico podem ser estigmatizantes. (LOPES JR, 2019).

Por conta disso, é imprescindível levar em consideração o estado da testemunha, no momento do delito. Pois as informações que são lembradas pela memória são afetadas por fatores como emoções e variações no nível de consciência e estado emocional da pessoa que está fazendo o reconhecimento.

Portanto, devido à sua elevada susceptibilidade a falhas e distorções, é necessário ter muito cuidado ao avaliar o valor probatório do reconhecimento. Por ser um meio de prova que normalmente apresenta um elevado grau de subjetividade e falibilidade, é preciso analisá-lo com cautela e reserva.

## **DA MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL, NOVA TESE DO STJ SOBRE O ART. 226 DO CPP**

Depois de conceituar e demonstrar as causas de (in) observância do procedimento do

reconhecimento de pessoas, suas modalidades e a ótica das falsas memórias como precursor ao erro, passamos agora a debruçar o estudo do reconhecimento de pessoas na atual posição do STJ, no que tange as formalidades e procedimentos descritos no artigo 226 do CPP.

Conforme mencionado anteriormente, havia um entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores de que a falta de cumprimento das formalidades estabelecidas no dispositivo legal em questão não resultava em nulidade do ato, apenas em uma irregularidade que não tornava a prova inadmissível. Nesse sentido, considerava-se que a disposição prevista no artigo 226 do CPP era apenas uma recomendação legal, sem apresentar uma exigência obrigatória.

Veja exemplo de julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO RATIFICADO EM JUÍZO. PROCEDIMENTO DO ART. 226 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. RECOMENDAÇÃO LEGAL E NÃO EXIGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. “Esta Corte possui entendimento pacífico no sentido de não haver nulidade quando o reconhecimento fotográfico realizado na fase investigatória é ratificado em juízo” (AgRg no HC 461.248/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 13/12/2018). (Grifos nossos).

O referido julgado revela que era comum a aceitação da conduta de delegados e juízes que não cumpriam as recomendações formais requeridas pelo dispositivo. Essa mentalidade indicava que não era necessário fazer uma descrição prévia, não era necessário realizar uma comparação com indivíduos semelhantes e nem era preciso elaborar um registro minucioso do ato, violando, portanto, a legalidade do instituto e descumprindo o princípio do devido processo legal, que é um dos pilares do nosso ordenamento jurídico.

A violação do princípio do devido processo legal resultou em uma crise social e jurídica, pois diante da falta de observância dos requisitos formais do artigo 226 do CPP, houve muitas decisões equivocadas, o que levou à investigação, ao julgamento e até mesmo à condenação de pessoas inocentes.

Foi nesse contexto que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a doutrina exposta anteriormente, reconheceu a invalidade da não observância dos requisitos essenciais do dispositivo legal em questão.

Na atual jurisprudência do STJ, ao julgar o HC Nº 598.886 - SC, obteve o seguinte entendimento:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. 3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal,

cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação” do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório[...] (STJ - HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3); 6ª Turma; Relator: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ; Data de Julgamento: 27/10/2020). (Grifos nossos)

Assim, ao referendar a sua atual posição, o Superior Tribunal de Justiça, se posiciona a favor do respeito aos direitos fundamentais dos réus nos processos criminais, incluindo um processo justo e o direito à presunção de inocência. Nesse sentido, o STJ tem destacado a importância de o reconhecimento de pessoas ser realizado de forma idônea e sem vícios, a fim de evitar condenações injustas.

Ademais, o STJ tem reconhecido a necessidade de utilizar técnicas de reconhecimento de pessoas mais confiáveis, como a utilização de fotografias recentes e o reconhecimento em ambiente controlado, a fim de minimizar a possibilidade de erros e garantir a precisão das identificações.

Importante trazer aqui, a fala do ilustre ministro Rogério S. Cruz, relator do HC Nº 598.886, objeto deste estudo, que destaca a importância da atual posição do Superior Tribunal de Justiça:

Este Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ao conferir nova e adequada interpretação do art. 226 do CPP, sinaliza, para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais.

Isso porque a missão do Superior Tribunal de Justiça é, precipuamente, a de uniformizar a melhor interpretação da lei federal, formando precedentes que orientem o julgamento de casos futuros.

Nesse passo, ao proferir a atual interpretação ao artigo 226 do CPP, o STJ sinaliza para uma jurisprudência uniformizada, devendo ser seguida por todos os magistrados e órgãos de segurança pública, evitando novos erros judiciais e condenações equivocadas. Assim, a referida decisão é um aceno para que o procedimento de reconhecimento de pessoas, possam se pautar em critérios formais e científicos, não possibilitando margem para falsos reconhecimentos, tornando esse meio de prova aceito.

É importante destacar que a decisão está em conformidade com outras orientações da Psicologia do Testemunho, que apontam para a necessidade de não utilizar o reconhecimento como única prova para condenar um réu. Isso se deve ao fato de que, mesmo quando se utiliza procedimentos baseados em evidências científicas para o reconhecimento, ainda é possível ocorrer falsos reconhecimentos.

Portanto, a decisão do STJ no HC 598.886-SC representa um marco significativo para o processo penal brasileiro, uma vez que aborda a questão do reconhecimento e aponta para a importância de se utilizar evidências científicas para garantir um procedimento mais justo. Dada a relevância dessa jurisprudência, é fundamental apresentar considerações da perspectiva da Psicologia do Testemunho, a fim de fomentar um debate necessário sobre o reconhecimento de pessoas e tornar esse processo de prova mais justo e confiável.

Por fim, com a referida decisão podemos extrair que o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento descrito no artigo 226 do CPP, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra em condição de suspeito da prática de um crime. Destaca-se ainda que a não observância do procedimento estabelecido na norma processual mencionada torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não pode ser utilizado como base para uma eventual condenação, mesmo se o reconhecimento for confirmado em juízo.

Ademais, o magistrado pode realizar o ato de reconhecimento formal em juízo, desde que seja seguido o procedimento probatório adequado. Além disso, ele pode se convencer da autoria do delito a partir da análise de outras provas que não estejam relacionadas ao ato de reconhecimento viciado, não havendo relação de causa e efeito entre elas. Por derradeiro, se extrai que o reconhecimento de um suspeito através da exibição de uma ou mais fotografias para o reconhecedor, mesmo que siga o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, deve ser considerado como uma etapa preliminar ao eventual reconhecimento pessoal. Sendo assim, esse tipo de reconhecimento não pode ser utilizado como prova em ação penal, mesmo se confirmado em juízo.

Logo, fica evidenciado, que as formalidades do artigo 266 do CPP, se não seguidas geram nulidade da prova constituída, trazendo uma instabilidade ao nosso devido processo legal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O reconhecimento de pessoas é um tema complexo e de grande importância para o sistema de justiça. Embora seja uma ferramenta útil para auxiliar na busca da verdade real em processos criminais, é preciso ter em mente que o reconhecimento pode ser falho e levar a erros judiciais graves, afetando diretamente a vida e a liberdade dos acusados.

Nesse sentido, é essencial que sejam adotados procedimentos baseados em evidências científicas para minimizar os riscos de falsos reconhecimentos. Além disso, é importante que haja uma ampla discussão sobre o tema, envolvendo não só a comunidade jurídica, mas também profissionais da área de psicologia e outros especialistas.

Compreende-se que é imprescindível respeitar a forma, não havendo espaço para procedimentos informais estabelecidos pelo julgador de forma casuística. Portanto, é fundamental ampliar a precisão dessas normas e os tribunais devem aplicá-las com rigor e uniformidade, não como uma simples recomendação procedimental, pois o devido processo legal é uma garantia fundamental do acusado.

Como demonstrado anteriormente, a memória é altamente vulnerável, visto que inúmeros fatores internos e externos podem afetar seu processo de aquisição, retenção e recuperação, o que pode levar ao surgimento de falsas memórias.

Em virtude das inerentes falhas da memória, o procedimento de reconhecimento de pessoas é considerado imperfeito. Diante disso, é defendida a ideia de que as regras estabelecidas devem ser, no mínimo, respeitadas, pois a não observância delas pode resultar em nulidade, uma vez que tal desrespeito causa prejuízo tácito ao acusado.

A recente decisão do STJ no caso HC 598.886-SC representa um passo importante na

direção de um reconhecimento mais justo e confiável. Contudo, é necessário que as práticas adotadas pelos órgãos de justiça sejam aprimoradas, a fim de garantir que o reconhecimento seja utilizado de forma adequada e justa, respeitando sempre os direitos dos acusados.

Em última análise, o reconhecimento de pessoas é uma ferramenta valiosa para a busca da verdade em processos criminais. No entanto, é preciso ter em mente que essa prática deve ser utilizada com cautela e sempre em conformidade com as melhores práticas e evidências científicas disponíveis. Somente assim será possível garantir a justiça e a equidade no sistema de justiça brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 568
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 373-377.
- CORDERO, Franco. Procedimento Penal. Tomo I, 2000, p. 106. Apud LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 495.
- DAMÁSIO, Antônio R. O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. 8ª ed. trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- DI GESU, Cristina Carla. Prova Penal e Falsas Memórias. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- FIGUEIREDO, Patricia. ONG que atua na defesa de condenados injustamente critica método de reconhecimento de suspeitos do Brasil. G1SP. 15/08/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/08/15/ong-que-atua-na-defesa-de-condenados-injustamente-critica-metodo-de-reconhecimento-de-suspeitos-do-brasil.ghtml>. Acessado em: 12 abril 2023.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Forense, 2011, p.169-178.
- Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 703
- Lopes Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- STJ. AgRg no HC Nº 461.248-SP. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Data do Julgamento: 04/12/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860365795/inteiro-teor-860365805>. Acesso em 05 nov. 2022.

STJ. HC N° 598.886-SC. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data do julgamento: 20/04/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=2042604&tipo=0&nreg=202001796823&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210420&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 05 nov. 2022.

STJ. HC 22907/SP. Relator Min. Felix Fischer. Data do julgamento: 10/06/2003. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200702739248&dt\\_publicacao=18/05/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702739248&dt_publicacao=18/05/2009). Acesso em 13 abr. 2023.

STJ HC 488495/SC. Relator Min. Laurita Vaz. Data do julgamento: 15/01/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900045033&dt\\_publicacao=01/07/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900045033&dt_publicacao=01/07/2019). Acesso em 13 abr. 2023.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1994, p. 37-38.



# Os impactos da pandemia nas relações de consumo

## The impacts of the pandemic on consumer relations

---

Antonio Marcos Andrade Sousa Alves

*Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS*

Carlos Eduardo Ferreira Costa

*Professor em Direito pela UNITINS. Doutor em Direito - Fadisp; Mestre em Desenvolvimento Regional/ Unialfa; Especialista em Direito Público e Privado/ Unicam*

Kamila Soares Leal

*Professora em Direito pela Unitins. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.22

## RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar os riscos e a vulnerabilidade dos consumidores devido ao grande crescimento do consumo online na pandemia. Desde 2020 a pandemia da COVID-19 gerou repercussões diretas sobre o comércio eletrônico. As mudanças abruptas na dinâmica social e econômica refletiram no comportamento de consumo online dos indivíduos. A modalidade de comércio eletrônico revelou-se como mecanismo fundamental para a continuidade do desenvolvimento do comércio a partir da pandemia da COVID-19, haja vista as medidas adotadas para contenção da propagação do novo coronavírus. O *e-commerce* emergiu, nesse cenário, como alternativa para consumidores que buscam praticidade e conveniência, dessa forma, empregou-se o método quantiquantitativo quanto os impactos da pandemia nas relações de consumo, por meio de dados disponibilizados em sites eletrônicos, contando ainda com pesquisa bibliográfica, documental, com amparo em livros, artigos científicos, jurisprudências e legislações relacionadas ao tema proposto. Através da pesquisa foi possível identificar um crescimento das compras online no período durante a Pandemia da COVID-19 em comparação com o período anterior. Os resultados revelam que a Pandemia COVID-19 teve um impacto significativo no crescimento das compras online no Brasil e, como tal, as empresas brasileiras devem pensar em estratégias de *e-commerce* para satisfazer as novas necessidades dos consumidores.

**Palavras-chave:** pandemia. consumidores. e-commerce.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the risks and vulnerability of consumers due to the large growth in online consumption during the pandemic. Since 2020, the COVID-19 pandemic has had direct repercussions on e-commerce. Abrupt changes in social and economic dynamics reflected in individuals' online consumption behavior. The e-commerce modality has proved to be a fundamental mechanism for the continued development of commerce since the COVID-19 pandemic, given the measures adopted to contain the spread of the new coronavirus. E-commerce emerged, in this scenario, as an alternative for consumers who seek practicality and convenience, thus, the quantitative and qualitative method was used regarding the impacts of the pandemic on consumer relations, through data made available on electronic websites, also relying on research bibliographical, documentary, with support in books, scientific articles, jurisprudence and legislation related to the proposed theme. Through the research, it was possible to identify an increase in online shopping in the period during the COVID-19 Pandemic compared to the previous period. The results reveal that the COVID-19 Pandemic had a significant impact on the growth of online shopping in Brazil and, as such, Brazilian companies must think about e-commerce strategies to satisfy the new needs of consumers.

**Keywords:** pandemic. consumers. e-commerce.

## INTRODUÇÃO

No dia 11 de março de 2020 foi declarado, pela Organização Mundial de Saúde, como pandemia o estado de contaminação da COVID-19. A facilidade e velocidade com que a doença se proliferou fez com que diversas nações tomassem medidas extremas para reduzir a dissemi-

nação do vírus. (GUERRA, 2021, p. 9)

Diante deste cenário, houve modificações nas relações de trabalho e, quanto aos consumidores, estes mudaram a forma de adquirirem produtos e serviços. O mercado de consumo foi afetado de forma considerável, trazendo inúmeras inseguranças, além de prejuízos à comercialização. Com o isolamento e a explosão do poder da internet, os hábitos e as preferências se adequaram a cada dia.

Além disso, apesar de toda crise sanitária e econômica, o brasileiro como consumidor, possui um poder digital extraordinário fazendo com que o mercado online atual tome grandes proporções, tratando-se de um marco fundamental de uma sociedade de consumo avançada.

O impacto, o alcance e os reflexos que a pandemia está gerando – e ainda gerará –, isto sim é comum a todos e aponta a necessidade de se criarem alternativas para mitigar os efeitos de tal situação excepcional.

Diante disso, esta pesquisa teve como objetivo analisar os riscos e a vulnerabilidade dos consumidores devido ao grande crescimento do consumo online na pandemia. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê o princípio da hipossuficiência do consumidor que, aliado ao princípio econômico da preservação de empresas, norteia as relações de consumo.

Ademais, o atual cenário em que vivemos proporcionou a instigação em relação ao tema abordado, pois há necessidade de um estudo mais aprofundado sobre a temática pelo viés dos direitos dos consumidores. Outrossim, faz-se necessário a pesquisa no intuito de perquirir os impactos da crise sanitária mundial nas relações de consumo.

Partindo desse pressuposto, estabeleceu-se como problema: em que pese a existência de diferentes instrumentos de proteção aos interesse e direitos dos consumidores, indaga-se quais os impactos da pandemia nas relações de consumo.

Os objetivos definidos foram os seguintes: discorrer acerca dos aspectos legais que deram embasamento a proteção constitucional conferida aos consumidores nas relações de consumo; abordar acerca do comércio eletrônico e a proteção conferida ao consumidor quando se vale deste mecanismo de consumo; abordar acerca do comércio eletrônico e a proteção conferida ao consumidor quando se vale deste mecanismo de consumo.

Para tanto, o método de abordagem empregado para a construção da presente pesquisa foi baseado em pesquisa bibliográfica, documental, com amparo em livros, artigos científicos publicados em meio eletrônico, jurisprudências e legislações relacionadas ao tema proposto.

Destarte, para melhor compreensão acerca do tema e buscando atingir os objetivos propostos, conforme metodologia utilizada, a presente pesquisa divide-se em três capítulos, além da introdução e das considerações finais.

## **A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO**

A Constituição da República, no capítulo relativo aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, prevê textualmente que dentre os deveres impostos ao Estado Brasileiro, está o de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Já o art. 170, ao dizer que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados certos princípios basilares, dentre eles destaca precisamente a defesa do consumidor (inc. V) (FILOMENO, 2015, p. 7).

A novel “Ciência Consumerista”, muito mais do que um conjunto de normas e princípios que regem a tutela dos consumidores de modo geral, direciona-se à implementação efetiva de instrumentos que os coloquem em prática (FILOMENO, 2015, p. 12).

Ressalta-se que as regras estabelecidas pelo CDC são de ordem pública e de interesse social. Ou seja, são normas de interesse privado por reger relações entre particulares, mas com forte interesse público no assunto, e, por essa razão, não pode o consumidor afastar a aplicação do CDC por sua simples autonomia de vontade.

É cabível salientar que as normas do CDC somente serão aplicáveis quando se configurar uma relação jurídica de consumo. Para Filomeno (2015) toda relação de consumo:

Envolve basicamente duas partes bem definidos: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor); Destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; O consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtos daqueles mesmos bens e serviços (FILOMENO, 2015, p. 25).

Desse modo, “a relação de consumo tem como sujeitos o consumidor e fornecedor, em posições antagônicas, e esta relação tem como propósito transacionar bens e serviços, (...) visando à satisfação das necessidades do consumidor” (COSTA E CASTRO, 2015, p. 143).

Organizado em seus artigos, o CDC estabelece os elementos da relação de consumo, consumidor, fornecedor, produto e serviço, apresentando seus conceitos, campo de aplicação, objeto e princípios, sendo todos independentes.

O artigo 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) traz a conceituação de consumidor, ao definir que são considerados “consumidores toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990). Ademais, o CDC complementa a definição de consumidor dispondo que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (BRASIL, 1990).

Desse modo, é necessário o consumidor ser protegido, pois se fragiliza em seu poder de negociação, o que leva à necessidade de coibir práticas ilícitas resultantes de um sistema econômico competitivo, que nem sempre respeita os valores éticos, causando vários danos ao consumidor (COSTA E CASTRO, 2017, p. 146).

Por outro lado, são fornecedores tanto as pessoas físicas ou jurídicas, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem suas atividades de fornecimento de produtos ou prestação de serviços mediante remuneração, com certa habitualidade e com o fulcro de satisfazer as necessidades dos consumidores (COSTA E CASTRO, 2017, p. 152).

A presença desses elementos são pressupostos essenciais para a aplicação do CDC, pois configuram a relação jurídica de consumo. Em suma, essa relação é o acordo de vontades entre os elementos subjetivos, fornecedor e consumidor, gerada pela transação ou prestação de

um elemento objetivo, seja este um produto ou um serviço.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) as regula com o objetivo de atender às necessidades dos consumidores, buscando o preservar da dignidade, saúde e segurança dos mesmos, protegendo seus interesses econômicos, assim fomentando melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. Toda essa atenção acerca das relações de consumo provém exatamente da função basilar, fundamental que exercem para a estrutura do mercado, sendo, na prática, o que lhe dá forma.

## COMÉRCIO ELETRÔNICO NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Hodiernamente é inquestionável que os meios eletrônicos realizaram e continuam realizando uma grande intervenção na vida humana. As facilidades que são proporcionadas caracterizam um avanço substancial no que tange a implantação de novas tecnologias de parâmetro eletrônico.

A relação de comércio dominante é estabelecida por meio da via virtual, incentivado pela concorrência de valores e simplicidade para executar o pagamento. No âmbito eletrônico, o público tem acesso a grande volume de publicidade, até mesmo por meio de suas redes sociais. Dessa maneira, com o advento da internet e valendo-se dessa, facilitou-se demasiadamente ao fornecedor encontrar o consumidor e vice-versa.

O Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, estabelece várias normas com destino ao comércio eletrônico. As regras abrangem assuntos relacionados ao arrependimento, normalizando questões contratuais, pré e pós-contratuais, ofertas para compras coletivas e outros.

Para Sobhie e Oliveira (2013, p.87) “comércio eletrônico ou e-commerce, ou venda não presencial ou ainda comércio virtual, pode-se traduzir como a realização de transação de compra e transferências de fundos eletronicamente, especialmente através da internet”.

Ainda segundo o autor Filomeno (2015):

(...) o comércio por via ou meio eletrônico nada mais é do que um suporte, só que desta feita não material (o documento do negócio ou contrato de papel, escrito assinado, com firma reconhecida etc.), mas virtual para as relações de consumo. Assim, o potencial consumidor, na intimidade de seu lar ou local de trabalho, acessa uma informação, mediante a qual se lhe oferecem produtos ou serviços, concorda com as condições ditadas por alguém que não vê e não conhece, e acaba por com ele contratar (FILOMENO, 2015, p. 124).

Destaca-se que a relação de consumo estabelecida nas vendas on-line, o consumidor tem a mesma proteção e confiança ocorrida na relação de consumo tradicional (SOBHEI E OLIVEIRA, 2013). Em matéria contratual, alguns princípios dos contratos se estendem aos contratos eletrônicos, e o princípio da transparência também é de essencial importância para a garantia de uma boa relação de consumo.

Conseqüentemente, como toda e qualquer relação de consumo, o consumidor tem direito de informações claras, diretas e verídicas. Aliás, ele é a parte vulnerável e hipossuficiente da relação.

A par da existência dessa relação de consumo contratual, vejamos o pensamento de

Filomeno (2015):

Em matéria contratual, antes mesmo do clique no mouse do computador, mediante o qual o consumidor concorda com as cláusulas que lhe são propostas, com efeito, há uma fase preliminar de busca, que se inicia com a oferta ou a publicidade dos itens colocados à sua disposição. Em seguida vêm os formulários para o preenchimento de dados, forma de pagamento (i.e., cartões de crédito, preponderantemente, seguidos de boletos bancários), e a entrega do produto ou execução do serviço contratado (FILOMENO, 2015, p. 123).

Ainda o mesmo autor afirma que em cada uma dessas fases há possibilidade de fraudes, vejamos:

Em cada uma destas fases, por conseguinte, há possibilidade de fraudes, consistentes em publicidade ou oferta enganosa, práticas abusivas, inserção de cláusulas contratuais abusivas, bem como, pós-contrato, a não entrega ou atraso de entrega dos produtos e execução de serviços, além de defeitos e vícios neles presentes (FILOMENO, 2015, p. 123).

Dessa maneira, apesar da facilidade que o comércio eletrônico proporciona nas relações de consumo, grande parte dos consumidores ainda possuem alguns temores no que tange a celebração dos contratos através do meio virtual, justamente devido a possibilidade de golpes nas compras *on-line*.

No comércio eletrônico, a contratação deve seguir regras, como a de conter informações claras e objetivas a respeito do produto, serviço, da forma de contratação e do fornecedor, de forma a garantir o direito de arrependimento, em seu artigo 49, do CDC dispõe:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

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

Ora, a menção a fora do estabelecimento comercial abrange toda e qualquer forma de negociação que não conte com a participação presencial, efetiva, do consumidor. Assim, visando assegurar ao consumidor a segurança e confiança na efetivação do comércio eletrônico, o artigo 2º do Decreto nº 7.962/13 dispõe da obrigatoriedade de disponibilização, em local evidente, de informações do site ou demais meios, como número de inscrição do fornecedor no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda, bem como o endereço físico e eletrônico a fim de obter localização e a possibilidade de contatar o fornecedor.

O mencionado Decreto colabora de maneira manifesta com a garantia dos direitos do consumidor na área virtual, vez que os fornecedores deverão manter serviço apropriado e eficiente de atendimento no espaço eletrônico. Esse aspecto deve proporcionar ao consumidor a solução de questões relacionadas às dúvidas, informação, suspensão, reclamação ou cancelamento do contrato e a resposta deverá ser enviada ao consumidor em até cinco dias.

Por intermédio do referido decreto foram normalizadas questões cruciais referentes ao *e-commerce*. Esse decreto é válido para todo tipo de comércio online, independentemente da grandeza do negócio e em caso de descumprimento pode gerar multas, apreensão de mercadorias e intervenções administrativas rígidas.

Cabe destacar ainda, que no âmbito comércio eletrônico pode ser utilizado para práticas ilícitas, chamadas de crimes cibernéticos, o que precisa ser coibido. Segundo Rezende e Paula (2021), a grande quantidade de crimes cibernéticos envolvendo a prática de relação de consumo que vem obtendo êxito nos últimos anos, sendo matéria de reportagens e artigos jornalísticos, o que mostra a extrema necessidade de uma alteração no âmbito civil ou até mesmo de lei específica que garanta a segurança do consumidor nas relações de consumo, buscando formas de elencar e combater os crimes cibernéticos.

## **O IMPACTO DA CRISE SANITÁRIA MUNDIAL NAS COMPRAS ONLINE**

O ano de 2020 foi um ano atípico em vários segmentos, pois nesse ano foi necessário que os hábitos fossem mudados e foram adotadas medidas de isolamento social para conter o avanço da pandemia do COVID-19. Nesse cenário as pessoas tiveram que reaprender a viver, e com isso aspectos culturais por todo o mundo foram de alguma forma afetada, o que parecia tão afastado da realidade tornou-se a melhor alternativa para a economia, o digital foi incluído no cotidiano.

Em decorrência da pandemia, as pessoas tiveram que permanecer mais tempo em casa e evitar locais de aglomeração. Além disso, houve fechamento de estabelecimentos e limitações do número de clientes nas lojas. Essas medidas de segurança tiveram impacto também no comércio, fazendo com que muitos comerciantes e consumidores tivessem que se adaptar a essa nova realidade. Todas essas situações influenciaram também o e-commerce e a relação das pessoas com o comércio pela internet.

Com os decretos estaduais e municipais os quais determinavam que o comércio em geral precisava se manter fechado por alguns períodos de tempo, foi inevitável a ascensão do comércio on-line.

Diante do agravamento da crise sanitária, vivenciamos mudanças estruturais e novas realidades sociais, que a própria pandemia impulsionou. E crises como essa, reivindicam intensas ações em busca de reascender medidas que beneficiem à população em relação a critérios econômicos e assistenciais (GUERRA, 2021, p. 11).

Dessa maneira, um estudo realizado pela Compre & Confie, empresa de inteligência de mercado, revelou que “entre 24 de fevereiro e 24 de maio, a transformação digital acelerou, culminando em um faturamento de R\$ 27,3 bilhões no e-commerce nacional (71% a mais que em igual período de 2019). (MARTUCCI, 2020).

Nesse sentido, segundo Medeiros (2021) “o estudo Webshoppers 43, da Ebit Nielsen e do Bexs Banco, o Ecommerce atingiu um aumento de 41% em 2020 em comparação ao ano anterior, o que se tornou a sua maior alta nos últimos 13 anos”, vejamos o gráfico abaixo:

Figura 1 – Retirada do Webshoppers (2021).43ª Edição. Edição Free. Ebit/Nielsen. Pg. 11.



O Gráfico mostra que no primeiro semestre do ano de 2019, o número de vendas era de R\$ 61,9 bilhões contra R\$ 87,4 bilhões no mesmo período do ano 2020, o que demonstra claramente que no Brasil o *e-commerce* vem se fortalecendo.

É fato que a pandemia do coronavírus desencadeou grandes desafios para empresas se manterem no mercado e, nesta ótica, os negócios online passaram a ter importância fundamental na relação entre empresas e clientes. Algumas empresas, como as grandes varejistas e segmentos de produtos e serviços essenciais não sofreram grandes impactos com as restrições sanitárias impostas, porém os serviços não essenciais e as pequenas e médias empresas tiveram que rapidamente desenvolver estratégias para se manterem ativas e não falirem nessa pandemia.

Assim, as empresas que não desenvolverem uma estrutura para se adequarem a essa nova realidade, buscando ferramentas para garantir a segurança e agilidade nas compras, bem como estratégias criativas para atrair a atenção dos consumidores, possivelmente não atenderão às novas expectativas do mercado, ficando para trás na corrida pela fidelização da clientela (SILVA *et al.*, 2021).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo, foi possível observar que a pandemia do Covid-19 mudou o comportamento de compra dos brasileiros., fomentou as compras online de modo a evitar a visita a locais públicos, seguindo as recomendações definidas pelo governo brasileiro e pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Diante disso, o *e-commerce* se fortaleceu mais porque lojas estavam fechadas e as pessoas estavam ficando mais tempo em casa e recorreram à internet para atender suas necessidades básicas de consumo.

Ademais, o *e-commerce* já vinha apresentando uma expansão no Brasil mesmo antes da pandemia do coronavírus, mas, devido ao isolamento social, as compras online passaram a ser utilizadas em grande proporção.

Diante dessa realidade, as empresas que entenderam e se adaptaram a essa nova realidade possuem maiores chances de superar a pandemia, mantendo-se ativas e com a possibilidade de até ampliar seus negócios. Em que pese o fato da pandemia ter gerado efeitos nefastos

tanto na saúde da população, quanto no mercado empresarial, ela pode ser vista como uma oportunidade para criação da presença digital das empresas e para conquistar consumidores de todo o Brasil.

Constata-se, desse modo, que a pandemia acelerou o futuro de implementação maciça do comércio digital, gerando um crescimento acima da média de novos usuários do e-commerce no Brasil e impondo aos empresários a necessidade de se reinventarem, elaborarem estratégias de marketing digital e adaptarem seus negócios ao novo contexto de consumo. A estratégia vem se mantendo vantajosa, existindo grande tendência de que sejam mantidas estas técnicas de vendas no período pós-pandemia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 setembro de 1990. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DF, 15 de março de 2013. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

\_\_\_\_\_. Webshoppers 43ª Edição. Edição Free. Ebit/Nielsen. 2021. Disponível em: <[https://www.mobiletime.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Webshoppers\\_43.pdf](https://www.mobiletime.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Webshoppers_43.pdf)>. Acesso em 07 de novembro de 2022.

COSTA, Kelly Caroline Carvalho; CASTRO, Renata Romani. A Proteção Jurídica do Consumidor no Comércio Eletrônico. 2017. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/455>>. Acesso em 02 de novembro de 2022.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUERRA, Alexia Lays Carvalho. Os impactos da pandemia nas relações de consumo os reflexos da Lei 14.010/20 no Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/24983/1/PDF%20-%20Alexia%20Lays%20Carvalho%20Guerra>>. Acesso em 07 de novembro de 2022.

MARQUES, Marcos Paulo Freire. A proteção do Consumidor: nas relações de comércio eletrônico. 2015. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8499/1/20917242.pdf>>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

MARTUCCI, Rodrigo. COVID-19: O impacto da pandemia no comportamento de compra online. 2020. Não paginado. Disponível em <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/covid-19-o-impacto-da-pandemia-no-comportamento-de-compra-online>>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

MEDEIROS, Maria Alice. Webshoppers 43: Ecommerce Registra Alta de 41% em 2020. 2021. Disponível em: <<https://ecommercedesucesso.com.br/webshoppers-43/>>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

REZENDE, Vinícius Biagione; PAULA, Daniel Henrique de Sousa. O comércio eletrônico e a defesa do consumidor nas relações de consumo. 2021. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/download/29698/23422>>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

SILVA, Walyson Monteiro da Silva; MORAIS, Lucas Andrade de; FRADE, Cinthia Moura; PESSOA, Mariana Ferreira. Marketing digital, E-commerce e pandemia: uma revisão bibliográfica sobre o panorama brasileiro. 2021. Disponível em <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/15054/13586>>. Acesso em 07 de novembro de 2022.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O Direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496589/000952705.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02 de novembro de 2022.

SOBHIE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: Inovações relevantes para as vendas on line no Brasil a partir do Decreto Federal nº. 7962/2013. 2013. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Disponível em: < <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/934/Arquivo%2006.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2022.



# A quantificação do dano moral nas questões de afeto

---

Aguinaldo Gonçalves da Silva

*Graduando em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.23

## RESUMO

O presente estudo visa abordar a questão de afeto como efetivação dos direitos da criança e a proteção integral da criança e do adolescente, baseado no princípio da isonomia; que estabelece a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e nessa percepção pais e mães, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal, ou independentemente dele são responsáveis pela manutenção, proteção, educação, amparo moral e financeiro, em relação aos filhos. Para tanto, serão abordadas questões referentes as transformações ocorridas nas relações familiares ao longo da história, bem como a explanação das diferentes formas de abandono afetivo. As relações entre pais e filhos têm se modificado nas últimas décadas e podem ser afetadas quando o casal se separa. Em alguns casos, a Justiça é acionada para resolver os processos em que se discute o abandono afetivo. A paternidade não resume mais apenas a prestação de alimentos, mas sim incumbe o dever de sustento, guarda e educação, onde está se define não somente da escolaridade, mas sim da convivência familiar, do afeto, carinho, atenção, amor lazer, enfim, a dar todas as condições para o desenvolvimento da personalidade da criança. O Abandono afetivo é uma das situações que causam prejuízos aos filhos, e compete ao judiciário julgar os casos no sentido de amenizar através da quantificação pecuniária do dano, os problemas ocasionados pelos pais aos filhos e concomitantemente poderá estar punindo os faltosos com os deveres afetivos, presumidamente inerentes a paternidade.

**Palavras-chave:** abandono afetivo. afeto. danos morais. família. responsabilidade civil.

## ABSTRACT

This study aims to address the issue of affection as the realization of children's rights and the full protection of children and adolescents, based on the principle of isonomy; which establishes equal rights and obligations between men and women, and in this perception fathers and mothers, even after the rupture of the marital bond, or regardless of it, are responsible for the maintenance, protection, education, moral and financial support, in relation to their children. To this end, questions will be addressed regarding the transformations that have occurred in family relationships throughout history, as well as the explanation of the different forms of affective abandonment. Relationships between parents and children have changed in recent decades and can be affected when the couple separates. In some cases, Justice is used to resolve cases in which affective abandonment is discussed. Paternity no longer boils down to providing food alone, but is incumbent upon the duty of support, custody and education, where it is defined not only by schooling, but by family life, affection, affection, attention, love and leisure, in short, to provide all the conditions for the development of the child's personality. Affective abandonment is one of the situations that cause damage to children, and it is up to the judiciary to judge cases in order to alleviate, through the pecuniary quantification of damage, the problems caused by parents to children and, concomitantly, it may be punishing the defaulters with affective duties, presumably inherent in paternity.

**Keywords:** affective abandonment. affection. moral damages. family. civil liability.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é a lei maior do ordenamento jurídico brasileiro, os princípios que são nela consagrados, têm suma importância e devem ser utilizados quando a lei não contemplar alguma situação que afronte a dignidade da pessoa.

O direito de família atual está intrinsecamente ligado ao afeto, portanto a falta da afetividade, caracterizada pelo abandono dos pais em relação aos filhos, poderá gerar a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil, especialmente a configuração do dano moral.

Neste contexto, a escolha da temática do afeto no âmbito familiar, visto que com o advento da Constituição Federal de 1988, as relações familiares passaram a ser muito mais pautadas pelos laços afetivos existentes entre os membros de um mesmo grupo do que apenas pela consanguinidade.

E é nesse sentido que se analisará a aplicabilidade da responsabilidade civil com a fixação de indenização por danos morais a aqueles pais que deixam de zelar pelos seus filhos, negando-lhes valores inerentes a nova concepção familiar como o afeto, surgindo assim a possibilidade de compensação dos possíveis danos causados aos filhos pela falta de afeto, e, considerando que não existe tutela específica acerca da problemática, existe grande divergência travada tanto na doutrina como na jurisprudência pátria.

Para tanto, se faz necessário uma abordagem acerca da responsabilidade civil, sua evolução histórica no ordenamento jurídico, fundamentos e especialmente os pressupostos necessários para a configuração do dano e a possibilidade de indenização.

Após uma análise, a família, sua evolução histórica desde os primórdios da humanidade até a sua consagração como entidade integrante da sociedade com valores sociais e morais fundamentais, sem esquecer dos principais princípios aplicáveis ao direito de família, especialmente aqueles inerentes as relações familiares havidas entre pais e filhos.

Chega-se assim a indagação da possibilidade ou não de compensação dos danos morais pela falta de afeto, e de como quantificar o dano moral nessas questões, abordando-se para tanto, as posições jurisprudenciais e doutrinárias, discorrendo aqueles que defendem a possibilidade de compensação dos danos, e aqueles que acham impossível a ocorrência da fixação de danos morais pelo abandono afetivo.

## METODOLOGIA

O estudo foi elaborado através de pesquisa bibliográfica que, segundo Marconi e Lakatos (2003), “a pesquisa bibliográfica é um apanhado geral sobre os principais trabalhos já realizados (livros, revistas e publicações), revestidos de importância, por serem capazes de fornecer dados atuais e relevantes relacionados com o tema”.

Buscou-se no decorrer da pesquisa analisar a influência do afeto no âmbito familiar, quando da sua falta e a mensuração para quantificá-la em pecúnia para penalizar o ente que não cumpriu com o seu papel afetivo.

Buscando entender e analisar os problemas causados quando do abandono afetivo por

parte daqueles que tem o dever de cuidar e amparar a criança durante a construção de sua identidade.

## RESPONSABILIDADE CIVIL

Grande parte das relações interpessoais possuem influência do instituto da responsabilidade civil, pelo fato de ser ela que regula os aspectos econômicos e sociais das atividades que acarretam danos ou prejuízos, ou seja, toda a ação que cause danos a outrem deve ser reparada, e é justamente em virtude desta reparação que a responsabilidade civil tem seu escopo.

A análise do tema da responsabilidade civil envolve a manifestação da atividade humana, pois não é um fenômeno somente da vida jurídica, abrange também, os domínios da vida civil.

Corroborando no sentido de delimitar a responsabilidade civil, Coelho explica que “ a responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último”. (2010, p. 266).

Para o direito, a aplicabilidade da responsabilidade civil se deve a infringência de um dever jurídico, o qual gera consequências, danos a uma parte que se sente lesada. O instituto da responsabilidade civil é quase tão antigo quanto à história da humanidade, pois sempre houve ações ou omissões por parte dos seres humanos, que de alguma forma ocasionaram dano a outrem e que por sua vez reclamaram o devido ressarcimento.

A história relata que, no início da civilização humana vigorava a vingança generalizada, caracterizada pela reação conjunta do grupo, onde não se buscava a restauração do *status quo* ante, mas tão somente se aplica ao ofensor dano de igual magnitude ao que foi causado (DINIZ, 2011b, p.26).

Não se cogitava assim, a culpa quando ocorria o dano, haja vista que o único meio de defesa do homem, era sua força física, não havia regras e normas que limitassem o meio utilizado. Todavia com a evolução das relações sociais, a reparação do dano, passou a ser regulado pelo Estado, ele passou a intervir nos conflitos e fixar prestações pecuniárias ao dano causado.

Portanto a responsabilidade civil no direito brasileiro sempre se pautou na necessidade de demonstração de três requisitos principais: o ato ilícito, o dano e o nexo causal, acolhendo também a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade sem culpa nos casos especificados em lei. A par da responsabilidade civil subjetiva como regra geral, a legislação brasileira não prevê, porém, a possibilidade do agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade de se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano.

### Pressupostos da Responsabilidade Civil

Conceituada a responsabilidade civil, cumpre analisar seus pressupostos, que são aqueles elementos considerados essenciais para sua caracterização, que embora não seja questão pacífica da doutrina, levaremos em consideração a corrente majoritária, que consideram como pressupostos ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima.

Os pressupostos acima expressos encontram guarida no art. 186 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, assim do dispositivo mencionado são extraídos os pressupostos que a maior parte da doutrina discorre.

Para que seja responsabilizado o causador do dano, segundo os pressupostos da ação ou omissão, independe que tenha sido culposa ou dolosa a sua conduta, pois há imputação para ambos os casos: quando refere “ação ou omissão voluntária” está indicando o dolo; quando refere “negligência ou imprudência”, trata da culpa.

No sentido *lato sensu*, Cavalieri Filho faz a distinção entre culpa e dolo:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico- o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante-, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados[...] (FILHO, 2013, p. 45-46).

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada na legislação brasileira. Entretanto, sendo muitas vezes difícil de ser conseguido, o direito positivo pátrio admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também os casos de culpa presumida. (GONÇALVES, 2013, p. 48).

O nexos causal também está expresso no art. 186 do Código Civil quando diz *causar*, sem a relação de causalidade não existe a obrigação de indenizar. “Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito”, arremata Cavalieri Filho (2013, p. 62).

Observa-se, portanto, que para que se configure o dano, há a necessidade de uma relação causa/efeito entre ele e a ação ou omissão do agente, elemento estritamente necessário para a existência da responsabilização. Desta forma, nota-se que o nexos causal é substancialmente um dos elementos mais importantes da responsabilidade civil, cuja ausência torna a responsabilidade civil inexistente. Pode-se dizer, a grosso modo, que o dano, é o motivador de toda questão, pois não havendo dano, não há que se chamar a responsabilidade, nem buscar culpa ou dolo, não há nexos de causa e a ação ou omissão de alguém não causou prejuízo.

## **Responsabilidade civil objetiva e subjetiva**

Ainda, quanto à responsabilidade civil, cumpre analisar os liames da responsabilidade objetiva e subjetiva, que se distinguem fundamentalmente na ideia de que enquanto a primeira independe de comprovação de culpa, a segunda tem sua aplicabilidade justamente quando da culpa.

Cavalhieri Filho (2013, p.32) destaca que:

A ideia de culpa esta visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

A culpa, de acordo com a teoria clássica, como já foi vista anteriormente, é o principal pressuposto da responsabilidade civil. O Código Civil, em seu art. 186, tem na culpa o fundamento da responsabilidade subjetiva.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2013, p. 59)

Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. Rizzardo (2011, p. 25), compartilhando desse raciocínio, dizendo que “[...] só é imputável aquele que praticou fato que poderia ser evitado a título de culpa. Não sendo possível sua configuração quando o agente não pretendeu praticá-la ou quando não podia prever [...]”.

Portanto, na responsabilidade subjetiva só haverá responsabilidade de indenizar se o agente causador da lesão tenha agido com dolo ou com culpa. Esta teoria baseia-se no fato de que ninguém terá responsabilidade se agir sem culpa. Neste enfoque, explica Cavalieri Filho (2010, p. 39): “a vítima apenas terá o direito à indenização, nos casos em que conseguir comprovar a culpa do agente”.

Assim, uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para a teoria do risco, toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco (GONÇALVES, 2013, p. 59).

Para tratar sobre a regra geral da responsabilidade subjetiva, adotada na legislação brasileira, Gonçalves (2013, p. 61) buscou a doutrina de Pereira, que afirma:

[...] a regra geral, deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia da culpa; mas, sendo insuficiente está para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém, quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgindo-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade civil pode se apoiar em dois aspectos, um no ato ilícito e no outro que prioriza o causador do dano, porém, sempre gerando a obrigação de reparar. A responsabilidade objetiva não pode ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o aspecto da teoria do risco, focado a partir do Código Civil de 2002.

## O DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família pilar central da construção da sociedade tem início desde os primórdios da humanidade. O instituto da família é de difícil conceituação devido a sua grande importância e ligação direta com a vida social de toda a humanidade, não há entre os doutrinadores unanimidade acerca do conceito, sendo que cada um presta seu entendimento no sentido de

determinar os liames da família.

O conceito prestado pelos doutrinadores se traduz nos vínculos de parentesco, que se combinam dos laços sanguíneos. Entretanto, atualmente admite-se um conceito mais amplo de família que envolve além das relações consanguínea, as relações afetivas, neste sentido Pereira (2011, p. 27) discorre:

Nova estrutura jurídica se constrói em torno do conceito da família sócioafetivas, à qual alguns autores identificam como “família sociológica”, onde se identificam, sobretudo, os laços afetivos, solidariedade entre os membros que a compõe, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

Tem-se que, atualmente, é praticamente impossível se definir um único e específico conceito acerca do instituto da família, eis que as relações familiares estão sendo abrangidas pela afetividade, não sendo considerada, assim, família, tão somente quem possui vínculo sanguíneo.

Quanto ao direito de família, ramo do direito que estabelece normas e princípios que tutelam os direitos da família, podemos conceituá-lo como sendo o ramo do direito civil formado por um complexo de normas jurídicas, morais e até religiosas, que se adaptam aos fatores locais, os quais disciplinam as relações de seus membros, tanto sob o aspecto material como imaterial, relacionando-se com a filiação e com o patrimônio. (AZEVEDO, 2013, p. 02).

E assim o direito de família um sub-ramo do direito civil, que em sentido objetivo trata das relações das pessoas, formadas por vínculos de parentesco, comunhão de interesses afetivos e assistenciais, além de tratar de institutos como a tutela e curatela, que muitas vezes não tem necessariamente relação direta com a família. E em sentido subjetivo ainda pode-se conceituar o direito de família como sendo o ramo específico do direito civil, que possui objeto certo e determinado, ou seja, a proteção jurídica da família em todas as suas formas, seja ela consanguínea ou afetiva.

## **Os princípios norteadores do Direito de Família e a proteção jurídica dos filhos**

Devido à importância do direito de família nas relações interpessoais, não pode ele ficar preso apenas a letra de lei, e alheio as realidades sociais, assim sendo os principais princípios norteadores do direito de família são, a dignidade da pessoa humana, a afetividade, o melhor interesse da criança e do adolescente e a igualdade jurídica de todos os filhos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, expresso na Constituição Federal de 1988, em seu art.1º, inciso III, é princípio basilar de sustentação do ordenamento jurídico. Ele é inerente a todo ser humano, só pelo fato da pessoa ser pessoa ela já tem a dignidade, é um valor que é preenchido a *priori* (NUNES, 2010, p. 67, grifos do autor).

Assim, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana fundamento da própria República do Brasil e sendo ele inerente a todas as pessoas, não há que se olvidar que tem ele aplicabilidade, inclusive, no direito de família.

O princípio da afetividade norteia as famílias, especialmente nos últimos tempos em que a família deixou de ser baseada na hierarquia e consanguinidade para ser regulada também pelas relações afetivas.

Acerca do princípio relacionado, Lima (2010, p.194), presta seu entendimento:

Nosso entendimento é de que o princípio da afetividade funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do Direito de Família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade, superando o formalismo das codificações liberais e o patrimonialismo que delas herdamos.

Entretanto o princípio da afetividade não pode ser confundido com o afeto, delimitado na seara psicológica, eis que a afetividade como princípio jurídico é aquele dever imposto aos pais em relação aos filhos e estes em relação a aqueles, ainda que entre eles não haja amor ou afeição. (LOBÔ, 2011, p.71).

Com relação ao princípio, dentro do âmbito familiar, Almeida (2012, p. 43) leciona:

[...] A afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos na órbita do Direito. A sua existência nas entidades familiares é elemento fático; porém, não jurídico. O caráter de juridicidade, o cunho normativo-imperativo, esta relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares, pode gerar.

Assim, inquestionável a aplicabilidade do princípio da afetividade dentro do direito de família, e da sua indubitável importância inclusive nas relações de filiação, que tem sua dignidade pautada não só nos laços sanguíneos, mas sim na afetividade como um todo.

Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também expresso na Constituição Federal preza pelos interesses das crianças e adolescentes dentro da sociedade como um todo, devendo eles ser tratados com prioridade pelo Estado, sociedade e família devido ao seu desenvolvimento e dignidade (LOBÔ, 2011, p.75).

As crianças e adolescentes devem ser tratados de maneira a garantir a sua proteção dentro de toda a sociedade em virtude de sua condição de vulnerabilidade, tanto é assim, que além da Constituição Federal os interesses de crianças e adolescentes estão previstos na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio em questão, tutela o próprio respeito e função social desempenhado dentro do núcleo familiar, devendo todos os integrantes, especialmente os pais, propiciar um ambiente adequado ao desenvolvimento moral, material e espiritual das crianças e adolescentes (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011a, p.98).

Assim também, além da Constituição Federal, o princípio em tela é complementado no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme menciona o seu art. 4º, in verbis:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, teve seu nascedouro com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade entre os filhos havidos no casamento, e aqueles decorrentes de relações extraconjugais, adoção, e outros meios.

Acerca do princípio da igualdade jurídica de todos os filhos Lisboa (2010, p. 262) leciona:

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 227, a isonomia plena de tratamento, devendo-se conferir aos filhos havidos e não havidos do casamento os mesmos direitos e garantias. Com isso, aos filhos devem ser conferidos os meios de preservação e desenvolvimento dos seus direitos fundamentais ou básicos, os direitos da personalidade, entre os quais cabe mencionar: o direito à vida, o direito à integridade física e à psíquica, o direito aos alimentos naturais e civis (vestuário, educação, cultura, lazer, esporte etc.), o direito à liberdade, o direito à convivência familiar e à comunitária, o direito à identidade, o direito às criações intelectuais e o direito à honra.

Há uma igualdade dos filhos perante a lei, sejam eles havidos ou não durante a instância do casamento. Igualdade esta que abrange aqueles filhos havidos de inseminação artificial heteróloga e os adotados. Diante disso, os filhos não podem mais serem tratados de maneira discriminatória, com expressões antigamente utilizadas de “filhos espúrio, bastardo ou incestuoso” e essas igualdades vão além da ordem pessoal abrangendo também os direitos patrimoniais.

Quanto a proteção jurídica dos filhos, cumpre uma análise da proteção jurídica dada aos filhos dentro da esfera familiar, considerando que a filiação é uma das relações mais importantes dentro da concepção da família, eis que desde os primórdios da civilização os grupos familiares eram constituídos com o fim específico de procriação.

Corroborando, Gonçalves (2014, p.323):

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Em linguagem jurídica, todavia, as vezes “se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade [...]”.

Rodrigues (2004, p. 321) assim define: “a filiação como sendo a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”. Portanto, a filiação envolve tanto as relações existentes por vínculos sanguíneos, quanto pela afetividade e outras origens existente entre pais e filhos.

Paulatinamente, os filhos começaram a ter seus direitos reconhecidos, todavia, antes do advento da Constituição Federal de 1988, os filhos eram classificados em legítimos, legitimados, adotivos e ilegítimos. Os primeiros advinham do casamento, eram filhos regulares, os filhos legitimados eram aqueles concebidos de uma união ilícita que posteriormente era regularizada pelo casamento válido e eficaz. Já os filhos adotivos, aqueles decorrentes de adoção, que se simples, não possuíam os mesmos direitos dos filhos legítimos e por fim os filhos ilegítimos ou bastardos eram aqueles concebidos fora das relações conjugais (LISBOA, 2010, p. 261).

Após, a Constituição Federal, foi exortada qualquer distinção entre os filhos, não mais subsistindo a diferenciação entre aqueles havidos no casamento ou em uniões extraconjugais, o que constitui grande evolução legislativa na medida em que introduz no ordenamento jurídico a igualdade entre os filhos. “[...] é o ponto culminante da longa e penosa evolução por que passou a filiação, ao longo do século XX, na progressiva redução de odiosas desigualdades e discriminações, ou do *quantum* despótico na família[...]” (LOBÔ, 2011, p. 217, grifos do autor)

Neste mesmo sentido, Lisboa (2010, p. 262) leciona:

Atualmente, independentemente da origem da filiação, seja ela havida do casamento ou não, vigora o princípio constitucional da igualdade absoluta de direitos entre os filhos havidos ou não do casamento, pouco importando a sua origem, regra esta que abrange os adotados.

Assim, a proteção jurídica dos filhos, vedada a desigualdade de qualquer natureza entre eles, está assegurada a Constituição Federal, com legislações esparsas no mesmo sentido, como estabelece o artigo 1.596 do Código Civil.

Há assim, a igualdade formal dos filhos, sendo tratados de maneira igualitária independente de qual tipo de relação eles provenham, denota-se então que a proteção jurídica nasce do próprio princípio da igualdade entre os filhos.

Gonçalves preceitua a proteção jurídica dos filhos no âmbito da Constituição Federal,

O art. 227, § 7º, da Constituição Federal, proibindo designações e tratamentos discriminatórios, atribuiu aos filhos adotivos os mesmos direitos e deveres oriundos da filiação biológica. Essa regra foi reafirmada no art. 1.596 do Código Civil de 2002, tendo o aludido diploma ainda unificado a adoção para menores e maiores de 18 anos ao estatuir, no art. 1.619, com a redação dada pela Lei da Adoção (Lei n. 12.010, de 3-8-2009), que a medida depende “da assistência efetiva do Poder Público e da sentença constitutiva. (GONÇALVES, 2014, p. 312)

Portanto, diante de tudo o que foi exposto, desde a concepção de família sua evolução, os princípios aplicáveis as relações e especialmente da proteção jurídica dada aos filhos, conclui-se o presente capítulo vislumbrando-se a grande importância que tem o instituto da filiação dentro do direito familiar, sua relevância desde os primórdios na própria concepção da família, e as novas maneiras de se verificar este instituto nos atuais dias, sejam por vínculos sanguíneos ou por relações afetivas que são cada dia mais comuns e de grande valia jurídica.

## O DANO MORAL NAS QUESTÕES DE AFETO

Assim, prescreve o Artigo 227 da Constituição Federal: é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ricardo Lucas Calderón descreve que:

Como a família é o reflexo da sociedade em que está inserida, certamente sofreu os influxos desses movimentos, passando por uma verdadeira transição paradigmática que lhe ocasionou mudanças estruturais e funcionais. A concepção clássica de família a atrelava à noção de legitimidade, vinculada ao matrimônio e com forte presença dos liames biológicos e registrais. A alteração processada distanciou-se dessa concepção e provocou uma nova definição do que se entende por família, cada vez mais desvinculada desses fatores. (CALDERON, 2013, p. 35.)

O que está prescrito neste artigo refere-se à convivência familiar através do afeto, amor, carinho, enfim, a criação de todas as condições necessárias ao desenvolvimento da criança e do adolescente. A falta de tais cuidados e destas condições explicitadas é o que caracteriza o abandono afetivo, ou tem sido utilizado para fundamentá-lo.

Segundo o dicionário Aurélio, abandono é definido como desamparo, descuido, deixar de lado, não praticar o que lhe é devido. A família é considerada a entidade na qual são formados os membros da sociedade, independentemente de sua formação, sendo assim, quando do abandono afetivo por parte dos pais, a pergunta que fica no ar é que tipo de cidadão será quando adulta, como se portará essa pessoa que cresceu com o sentimento de abandono impregnado

em si próprio.

Trata-se, portanto, de uma questão controvertida, ou seja, o debate acerca da reparação pecuniária como forma de compensação para o preenchimento da ausência do afeto parental, averiguando para tanto a importância da convivência familiar, o princípio da afetividade os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a possibilidade do ressarcimento pecuniário por suposto abandono afetivo nas relações.

Segundo Heleno Floriano da Silva (2013, p. 26):

É dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade da pessoa humana, segundo ele houve a constitucionalização do afeto nas relações de família, e, a partir disso surgiram discussões acerca da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, bem como a importância do afeto para a formação da personalidade do indivíduo, existindo a existência de um dever fundamental dos pais a partir do princípio da proteção integral da criança.

A frase “Amar é faculdade, cuidar é dever” proferida pela Ministra Nancy Andrighi na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais, uma decisão inédita, uma vez que a Quarta Turma do STJ, que também analisa o tema, já havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral.

A Terceira Turma do STJ, por maioria de votos, em decisão inédita, condenou um pai, a reparar danos morais decorrentes de abandono afetivo. Trata-se de ação proposta pela filha, que após ter obtido, no judiciário, o reconhecimento da paternidade, ingressou com ação indenizatória na qual alegava ter sofrido danos na esfera material e moral, diante do abandono afetivo, desde o seu nascimento até o início de sua vida adulta. Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, ao argumento de que o pai havia se afastado em razão do comportamento agressivo da mãe. Já em segunda instância, no Tribunal de Justiça de São Paulo, a sentença foi reformada, sob a constatação de o pai ser “abastado e próspero”, e ainda, por ter sido demonstrado e reconhecido o abandono afetivo, sendo o valor referente aos danos morais sofridos fixados em R\$ 415 mil. Em recurso especial interposto no STJ, o pai, se defendia alegando violação a diversos dispositivos do Código Civil e divergência com outras decisões do tribunal. Argumentava ainda que não abandonara a filha, ressaltando que mesmo que tivesse abandonado, esta atitude não ensejaria indenização, mas, mera perda do poder familiar. Contudo, no entender da relatora, a ministra Nancy Andrighi, não há por que excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral, já que inexistem “ (...) restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família”. Assim, por entender que “Amar é faculdade, cuidar é dever” a relatora, seguida do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decidiu manter a condenação do pai, e apenas reduziu o valor da indenização estipulada pelo TJSP para R\$ 200 mil. (BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL nº 1159242 - Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo, 30 de abril de 2012)

A ideia clássica de família consistia nas figuras do homem e da mulher, unidos pelo casamento, com o devido consentimento da Igreja Católica. As relações familiares se apoiavam no autoritarismo. A sociedade era envolta pelo sistema patriarcal, onde o homem era possuidor de todos os direitos e a única função da mulher era obedecer, gerar filhos e criá-los. A propriedade era a máxima importância, onde o objetivo era construir patrimônio para posterior herança da prole.

Destaca-se para tanto as palavras de Sergio Resende de Barros (2002):

Nem sequer o individualismo, a ideologia do indivíduo, irrompendo radical nas revoluções liberais, na passagem da Idade Moderna para a Contemporânea, logrou suplantando a ideologia da família. Para esta, o elemento basilar da sociedade não é o indivíduo, mas sim a entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal, patrimonial, isto é, a tradicional família

romana, que veio a ser recepcionada pelo cristianismo medieval, que a reduziu à família nuclear, consagrando como família-modelo o pai, a mãe e o filho.

Com as constantes alterações sociais, a família passou por significativas mudanças, econômicas, políticas, religiosas, a legislação por sua vez, tardou, porém, teve que acompanhar estas mudanças. Conforme descreve Rodrigo da Cunha Pereira, a sociedade já não mais poderia aceitar o autoritarismo e o tratamento desigual nas relações de família, tendo em mente que todos possuem necessidade de afeto e isonomia, o que era imperioso que a norma constitucional entrasse em compasso com os fatos sociais e os sentidos axiológicos dados por seus destinatários, sob pena de nascer velha e tornar-se ineficaz.

Pode-se destacar que a verdadeira revolução se deu com o advento da Constituição de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana e a igualdade como princípios fundamentais, principalmente a igualdade de gêneros, passando-se assim a ver cada membro da família como um indivíduo possuidor de necessidades e direitos individuais, dentro de uma coletividade.

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, [...] reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas (LÔBO, 2008).

A passos largos o direito de família abraçou o afeto como a base da entidade familiar contemporânea, podendo-se dizer que o instituto é humanizado, completando esse entendimento, ensina o Desembargador Unias Silva, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde verifica-se que o afeto esteve presente nas relações familiares, ainda que presumido.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade [...] Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.[...] O princípio da afetividade [sic] especializa, no campo das relações familiares, o macro princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. ( TJMG, 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550-5/000(1). Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, MG, 01 abr. 2004. DJ de 29.4.04.)

Em tempos que o afeto se torna mais um objeto extremamente importante para o direito de família, considerando que após sua constitucionalização, se deu a discussão nos tribunais sobre a possibilidade de reparação, embasada na falta desse afeto nas relações existentes entre pais e filhos. Sob essa ótica, além da discussão acerca do direito de indenização cabe ainda a questão do quantum indenizatório, ou seja, achar o meio para que não haja a banalização do afeto, ou seja, o tratamento deste, como mercadoria.

O problema surge, então, quanto ao reconhecimento dos requisitos a viabilizarem a procedência de uma ação judicial da natureza em comento, como também no tocante ao valor a ser fixado pela ausência do afeto, razão pela qual se faz pertinente a presente pesquisa, que terá como método de abordagem o dedutivo, onde, a partir da relação entre enunciados básicos, denominadas premissas, tira-se uma conclusão, ou seja, serão analisadas vários entendimentos e pensamentos doutrinários sobre o tema, apontando-se os mais adequados para aplicação ao caso concreto (MARCONI, *et al.*, 2010).

O abandono afetivo ocorre corriqueiramente no seio familiar, fazendo com que as crianças provem por traumas de cunho psicológico, os quase carregaram por toda a sua vida, certos

pais acreditam que o sustento material seria suficiente para o pleno desenvolvimento da criança, descuidando-se das necessidades de aspecto moral e afetivo, esquivando-se do dever da convivência e do zelo familiar.

Sabemos que o abandono não vem ao encontro das reais obrigações de um pai, que é encarregado de dar sustento, guarda e educação necessária a seus filhos.

Como na família são desenvolvidos os sentimentos de amor e de afeto, bem como a própria preparação do indivíduo para as relações sociais subjetivas, supõe-se que a ausência do afeto pode acarretar até mesmo prejuízos à personalidade do ente familiar, da criança e do adolescente, qual será identificado quando da convivência e da aceitação social. O indivíduo cria e desenvolve geralmente sua personalidade, tomando como exemplo aqueles que o cercam, que fazem parte do seu grupo familiar. A partir desse momento é que o abandono afetivo seja decorrente de uma separação judicial ou de fato, ou do divórcio dos genitores e até mesmo pela própria personalidade do pai ou mãe, influencia na futura convivência social, no modo de agir, de pensar, de se expressar e falar. (MATIELO, 2013)

O abandono afetivo é visto como espécie de dano moral, qual é irreparável, considerando que não se pode voltar no tempo para suprir o dano causado a alguém, porém neste contexto a questão que surge é que se a compensação pecuniária pode dar certa satisfação ao indivíduo.

(...) reconhecida a existência de todos esses elementos citados na lide, o julgador deve conceder a indenização a título de dano moral. Esta, como apontado pela doutrina, deve buscar a recomposição do que foi perdido; ainda que não alcance esse fim facilmente, este deve estar no entendimento do julgador que irá aferir o quantum indenizatório. No caso específico do dano moral, não é só a dor sofrida pelo indivíduo que deve ser reparada, mas o dano efetivo em sua dignidade, incomodada na sua essência por atos que ultrapassam o normalmente suportável (DIAS, *et al.*, 2007).

Não há como reparar o abandono, a indenização não visa reverter o não afeto, mas sim punir o genitor que ao longo dos anos não cumpriu com o seu dever de pai/mãe, de zelar de cuidar, de dar afeto. Portanto a indenização não é uma forma de solucionar a falta de afeto, mas sim de punir aquele que deixou de cumprir o seu papel.

O dano causado pelo abandono pode ser observado nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007):

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

A tarefa é difícil, pois calcular o valor da indenização em algo imaterial, é no mínimo árduo para quem o tenha que fazer, ainda mais correndo o severo risco da comercialização dos deveres e sentimentos, que para alguns, uma forma de ganho. Entretanto, quando da falta de responsabilidade, cabe sim a penalização, o que nos resta discutir é o meio, a forma para que isso não se torne mais um meio de negócio, cabendo ainda ao julgador o dever de estar atento aos requisitos e pressupostos da responsabilidade, a fim de amparar sua decisão, bem como a observância de cada caso concreto e sua real situação.

Uma preocupação que deve ser destacada é a monetarização do afeto, entendendo

que não há valoração para o amor e que provável condenação de natureza pecuniária, não fará com que se resgate os laços de afeto, ensejando assim, em uma indústria do dano moral, como disserta Angeluci (2006):

Não se trata de atribuir, simplesmente, valor pecuniário para o desamor, nem mesmo responsabilizar a pessoa pela ausência deste sentimento nas relações de família. Se a discussão ficar restrita a este prisma não se atingirá o seu ponto fundamental, ou seja, a sua grande importância para a própria formação da pessoa.

O verdadeiro objetivo é penitenciar aos pais relapsos a função punitiva e pedagógica da indenização do dano moral, ou seja, tem como o intuito de induzir a ensinar. O valor pecuniário não tem o objetivo de reparar o dano causado, tendo em vista que é irreparável, nem obrigar ao pai a amar ao filho, mas de advertir que os deveres para com os filhos não se acabem com as questões materiais, tendo em vista que todas as crianças possuem necessidades que vão além das contribuições materiais.

Vitor Hugo Oltramari (2006) menciona que:

Desde que a Constituição Federal consagrou a obrigação de reparar o dano moral, no inciso V do art. 5º, e, agora, o Código Civil, consolidando-a nos artigos 186 e 927, parece indiscutível a possibilidade jurídica de pedidos dessa natureza na área do direito de família e, em particular, na ruptura da sociedade conjugal. E nem poderia ser diferente, porque à lei cabe tutela a integridade moral do ser humano. Entretanto, como em qualquer pedido de ressarcimento de dano moral, para sua configuração, impõe-se a apuração da culpa e dos danos dela decorrentes, fazendo-se, assim, a relação de causa e efeito, indispensável a qualquer ação de reparação, segundo os pressupostos do direito comum.

A condenação visa punir e educar os genitores ausentes, ausência esta que causa danos irreparáveis no por toda a vida de uma criança, pois esta necessita de cuidados especiais de cunho material e moral, previstos no ordenamento, se um pai se nega, está definitivamente violando os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana.

Este tema possui total relevância jurídica, que a própria Constituição reconhece a responsabilidade do Estado, da sociedade e em especial da família na garantia dos direitos da criança e do adolescente, isto porque, a violação de seus direitos não interfere somente no indivíduo em particular, mas no desenvolvimento da sua personalidade, refletindo assim na sociedade onde está inserido.

Não basta apenas colocar um ser no mundo e acreditar que esta pessoa se tornará digna sem o menor auxílio, portanto, entende-se que a responsabilização civil por danos morais decorrentes de danos causados à criança abandonada afetivamente é cabível, porém, se faz necessário achar um meio de quantificar o dano, para que a indenização pelo dano não se torne uma indústria de ganhar dinheiro fácil, uma banalização.

Acredita-se, portanto que a indenização não tem a finalidade de restabelecer a situação que antes era encontrada, não há como restabelecer, também não há como compensar a falta de afeto, mas é sim uma maneira de repelir, de penalizar o agente causador do abandono, para que sirva de alerta e contribua na prevenção de novos abandonos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, que ora se conclui, teve por objetivo primordial demonstrar a possibilidade de compensação dos danos morais causados aos filhos em virtude do abandono afetivo praticado pelos pais, com fundamento na Constituição Federal e nos princípios reguladores das relações paternos filiais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

Inicialmente, foi abordado instituto da responsabilidade civil, o qual remonta os primórdios da humanidade e se destina a ressarcir aqueles que tiveram seus direitos violados com a ocorrência de danos, tanto patrimoniais quanto morais, e nesse passo, buscou-se analisar a aplicabilidade do instituto nos casos de abandono afetivo baseados na possível indenização pelos danos morais.

Discorreu-se sobre o direito de família, baseada no afeto, bem como na consagração como um direito social juridicamente protegido quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda, foram abordados alguns dos principais princípios que norteiam as relações familiares, especialmente aquelas havidas entre pais e filhos de maneira a melhor situar o abandono afetivo dentro da sistemática princípio lógica.

Também, tendo em vista a magnitude das relações de filiação, as quais são bases do núcleo familiar desde a antiguidade, foi abordada a proteção jurídica dada a estes com a Constituição Federal e o Código Civil.

Ao final, e como tema central do presente estudo, tentou-se compreender o abandono afetivo e a possibilidade de indenização nos casos em que há a ocorrência deste. Ponderando ser o afeto um dos sentimentos dignos de tutela jurídica, eis que quando resta configurado sua ausência podem surgir diversas consequências na vida das crianças e adolescentes com transtornos de ordem psicológica, frustrações na ordem emotiva, sentimental, dada a importância dos pais na vida dos filhos.

Verifica-se ser plenamente possível a condenação dos genitores ao pagamento de indenização por danos morais aos filhos quando configurado o abandono afetivo, não como forma de monetarização do afeto, mas como meio de advertência aos pais de que não basta gerar os filhos, eles devem ter participação ativa na vida destes tendo ciência das responsabilidades que são geradas a partir de um filho.

Para tanto como quantificar esse valor é que surge a indagação, pois ninguém quer que o afeto se torne uma indústria de ganhar dinheiro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES, Walsir Edson Rodrigues. Direito Civil: Famílias. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, a. 4, nº 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>>.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2013.

BARROS, Sergio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, jul. /ago. /set., v. 14, n. 4, 2002.

BRASIL. Código civil. 6ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

BRASIL, Constituição (1988). 33. ed. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. 6ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242 - Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo, 30 de abril de 2012 – Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567) Acesso em: 02 de maio de 2012.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípios da Afetividade no Direito de Família. Revista Brasileira de Direito de Família Sucessões. Porto Alegre. IBDFAM, bimestral, v, 35, ago. /set. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil. vol.2. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Bianca Gabriela Cardoso. COSTA, Maria da Fé Bezerra da. Abandono afetivo nas novas ordens constitucionais e civil: as consequências jurídicas no campo da responsabilização. Conpedi, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. vol.5.26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

FILHO. Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed. Atlas, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2011a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. vol.6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material:38 IBDFAM, São Paulo, 23 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289> >

LIMA, Renata Rodrigues de; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade. São Paulo: Atlas, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil - Direito de Família e Sucessões. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBÔ, Paulo. Direito civil: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Jus Navigandi,

Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica. 7ª edição. Editora Atlas. São Paulo – SP, 2010.

MATIELLO, Carla. Quanto vale o afeto?. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3676, 25 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25019>>. Acesso em: 12 out. 2014.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Vol. 5 – Direito de Família, vol.5. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013a.

NUNES. Luiz Antônio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – Doutrina e Jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLTRAMARI, Vitor Hugo. O dano moral na ruptura da sociedade conjugal. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Porto Alegre: IBDFAM, v.35, bimestral, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil, 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Direito de Família. vol.6. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Heleno Florindo da. A Família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM, n.35, p.26, ago. /set. 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. Direito Civil – Direito de Família. vol.5. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

TJMG. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550-5/000(1). Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, MG, 01 abr. 2004. DJ de 29.4.04.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil.11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.



# **A responsabilidade das entidades desportivas por atos discriminatórios praticados por seus torcedores**

---

José Carlos Prazeres Sampaio  
Gabriel Helberth Costa da Silva  
Tiago Alencar Cruz Borges

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.24

## RESUMO

Este estudo se propõe a analisar a responsabilidade das entidades desportivas em casos de condutas discriminatórias praticadas por seus torcedores. O texto procura prover o entendimento do instituto da responsabilidade civil, apresentando a lei e exposições doutrinárias, e mostrar uma análise dos mecanismos de repressão, com base no artigo 243-G do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD) que mostra que a entidade pode ser penalizada caso o ato seja praticado por um grande número de pessoas ligadas a ela. Importante expor que raramente o artigo 243-G é aplicado as entidades desportivas, dito isso, é necessária a aplicação e fiscalização, buscando erradicar os atos discriminatórios praticados por torcedores. Ademais, o estudo trata da excludente de responsabilidade do artigo 213 do CBDJ, que dirige a pena à entidade e não a pessoa que praticou o ato, em virtude da teoria da responsabilidade desportiva, e verifica a necessidade na alteração dos entendimentos dos tribunais de forma a estender a responsabilidade aos clubes.

**Palavras-chave:** entidades desportivas. responsabilidade civil. atos discriminatórios.

## ABSTRACT

This study proposes to analyze the responsibility of sports entities in cases of discriminatory behavior practiced by their fans. The text seeks to provide an understanding of the institute's civil liability, presenting the law and doctrinal expositions, and showing an analysis of the mechanisms of repression, based on article 243-G of the Brazilian Code of Sports Justice (CBJD), which shows that the entity can be penalized if the act is committed by a large number of people connected to it. It is important to point out that article 243-G is rarely applied to sports entities, that said, it is necessary to apply and supervise it, seeking to eradicate discriminatory acts practiced by fans. In addition, the study deals with the exclusion of responsibility in article 213 of the CBDJ, which directs the penalty to the entity and not the person who practiced the act, due to the theory of sports responsibility, and verifies the need to change the understandings of the courts in a way to extend accountability to clubs.

**Keywords:** sports entities. civil liability. discriminatory acts.

## INTRODUÇÃO

A temática esportiva está cada vez mais presente em espaços midiáticos, seja pela transmissão de jogos, seja por programas televisivos relacionados ao esporte. Gerando mais telespectadores, que eventualmente se tornam torcedores. Mas, apesar da crescente repercussão midiática, assuntos relacionados as manifestações de violências em jogos esportivos não se é repercutido na mesma intensidade, incentivando a crença da falta de punibilidade em relação a qualquer tipo de crime praticado (NETO, 2022).

As torcidas têm um papel primordial nas partidas de futebol, não só apoiando os times, mas fazendo um verdadeiro espetáculo dentro dos estádios. Todavia, em algumas partidas, é notável casos de discriminação praticados por torcedores. Diante disso, o que seria um atrativo para milhares de pessoas, acaba se tornando algo desagradável e se tornando pauta nas mídias

e na sociedade como um todo.

Os torcedores necessitam que seus direitos sejam garantidos e respeitados, surgindo a necessidade de legislações específicas, bem como a adequação de Entidades desportivas que assegurem a qualidade de tratamento dos mesmos (MACHADO, 2019). Com isso, surge a problemática; qual a responsabilidade das entidades desportivas por atos discriminatórios praticados por seus torcedores?

Diante desse questionamento, este artigo se propõe a analisar a responsabilidade das entidades desportivas por atos discriminatórios praticados por seus torcedores, observando desde a responsabilidade das entidades desportivas, até a análise da excludente de responsabilidade.

Para que as práticas esportivas fossem realizadas em conformidade com o direito, baseado em normas e regras específicas para tornar o desporto mais organizado, foi desenvolvido a Justiça Desportiva, com um Tribunal próprio, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) (MEDEIROS, 2020).

Um dos pontos principais a ser debatido nesse estudo é a responsabilidade civil das entidades desportivas, analisando o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito praticado para que a responsabilidade incida sobre o ato ilícito praticado, tendo como base as leis, doutrina e jurisprudência.

O segundo ponto a ser analisado são os mecanismos de repressão aos atos discriminatórios, com o foco principal no desporto brasileiro, fundamentando com base no art. 243-G do Código Brasileiro de Justiça Desportiva.

Posteriormente, será feita uma análise da excludente de responsabilidade, com base no art. 213, § 4º do Código Brasileiro de Justiça Desportiva, que ressalta que a pena é dirigida a instituição desportiva, e não a pessoa que praticou o ato de discriminação, em virtude da teoria da responsabilidade desportiva, que se adéqua perfeitamente a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva.

É importante a presença das entidades desportivas frente aos casos de atos discriminatórios, fiscalizando e aplicando as medidas necessárias com eficiência, visando diminuir os casos de discriminação e buscando soluções para a amenização desses atos nos estádios de futebol.

## DESENVOLVIMENTO

### O instituto da responsabilidade civil

A ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Nas palavras de Rui Stoco (2007, p. 114):

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de

responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”.

## A responsabilidade civil no âmbito do direito desportivo

A doutrina estabelece alguns elementos básicos para a aplicação da responsabilidade civil. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 53), a ação ou omissão, o dano, a negligência ou dolo do agente e o nexo causal entre o ato e o dano são aspectos essenciais. Existir sob outra perspectiva, Judith Martins-Costa (2001, p. 395) destaca que a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito são elementos da responsabilidade civil.

Fernando Noronha (1998, p. 30) argumenta que a responsabilidade civil está em constante evolução, de modo que a atual estrutura da instituição contrasta com a herdada no século 19. Hoje, a responsabilidade se concentra em reparar os danos, acelerando a mudança para a responsabilidade baseada no risco e destacando os relacionamentos. O nexo de causalidade é um elemento essencial da responsabilidade civil, e em amplitude de movimento.

Nesse contexto, o nexo de causalidade é a ligação que deve existir para que a responsabilidade civil incida entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Tem como função a identificação da pessoa a quem deve ser atribuído o resultado danoso, servindo, também, como medida da indenização (ALMEIDA COSTA, 2007, p. 605).

São três as principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade, quais sejam: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata. A doutrina e a jurisprudência divergem sobre qual é a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro. Respeitável parcela da doutrina acolhe a teoria da causalidade adequada, pela qual causa é o antecedente não só necessário, mas também adequado à produção do resultado, como é o caso de Sérgio Cavalieri Filho (2020, p. 59).

Logo, é importante entender os dois tipos de responsabilidade civil, pois, como a legislação brasileira trata casos envolvendo torcedores de clubes de futebol será analisado posteriormente. Iremos, assim, investigar a preferência legislativa e jurisprudencial no futebol que é uma paixão nacional por um destes modelos, nomeadamente a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade subjetiva é a modalidade tradicional, fundada na culpa, que era utilizada como principal forma de responsabilização civil há pouco tempo no ordenamento jurídico brasileiro. Hoje, o art. 186, do CC, é a marca dessa modalidade, dispondo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Assim, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário para a indenização; a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa (GONÇALVES, 2019, p. 48). A mesma fundava a teoria da responsabilidade civil. A hipótese que não existiria a responsabilidade sem culpa provada era inimaginável, sobrevivendo a inúmeras alterações na legislação e mudança política daquele tempo. Josserand salienta (1941, p. 551) que o ônus da prova se tornava excessivamente pesado, constituindo um verdadeiro handicap para aquele que tinha essa incumbência. Por exemplo, não havia como um operário de uma fábrica, vítima de um acidente de trabalho, comprovar a culpa do chefe. Esse problema foi abordado pelo legislador, pela doutrina

e pela jurisprudência, que promoveu uma nova modalidade de responsabilidade civil. Então não é importante se houve ou não a culpa, apenas se houve uma relação de causalidade entre ação e danos.

Tratando da responsabilidade objetiva, que nos casos em que a lei impõe, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Essa modalidade tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (ALVIM, 1972, p. 237).

A forma como a jurisprudência trata os casos de responsabilidade civil torna a responsabilidade baseada na culpa a exceção, enquanto a responsabilidade objetiva permanece no nível dominante. A crescente utilização desse modelo de risco se deve, em grande parte, ao art. 927 do CC. (BRASIL, 2002). Embora existam muitos ditados e o adjetivo de responsabilidade objetiva, a aplicação decorre da mesma ideia: ao provar a culpa pesa muito sobre a vítima. Hoje existem muitas possibilidades a prova de culpa pelos danos se mostrou intransponível, prevendo responsabilidade baseada em risco.

Antes da vigência do EDT (BRASIL, 2003), a responsabilidade dos clubes de futebol pelos atos praticados pela sua torcida era avaliada na modalidade subjetiva, exigindo que a vítima do fato, para que alcançasse a indenização pretendida, comprovasse a culpa do clube. Evidentemente, tal encargo era excessivamente pesado ao torcedor, o que motivou a orientação posterior dada pela legislação vigente de responsabilizar a associação objetivamente, sem necessidade de comprovação de culpa.

A proteção dada pela legislação ao torcedor é pautada na ideia de que a ordem jurídica procura imputar a alguém a obrigação de reparar. (TEPEDINO, 2021, p. 4). Georges Ripert (1937, p. 331) já percebia que cada vez mais difícil se torna descobrir a verdadeira causa de o dano para poder responsabilizar alguém. À época, Ripert estava inserido em contexto de acelerada industrialização, com o conseqüente aumento dos acidentes de trabalho ocasionados pelas novas máquinas, o que dificultava a prova da vítima capaz de imputar a responsabilidade pelo dano a alguém. Em vista disso, a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu a perspectiva solidarista da responsabilidade civil, consolidando princípios como o da solidariedade social e o da justiça distributiva.

O CDC, em atenção às determinações constitucionais, demarca a responsabilidade objetiva do fornecedor, abrindo espaço para uma responsabilização que independe da culpa e que parece mais adequada às relações modernas. (BRASIL, 1990).

Gustavo Tepedino (2021, p. 7) analisa que a orientação legislativa atual volta a responsabilidade civil para as consequências do dano, e não mais para as suas causas. Logo, o autor elenca a alteração da própria função do instituto, que larga a ideia de moralização e punição de condutas e foca na proteção da vítima, corroborando a máxima pela qual, verificado o dano injusto, a vítima deve ser ressarcida. No mesmo sentido, Pablo Stolze (2021, p. 20) diz que a função básica da responsabilidade civil é retornar as coisas ao *status quo ante*, repondo-se o bem perdido diretamente ou, quando isso não for possível devido às circunstâncias, impondo o pagamento de um *quantum* indenizatório.

Se o fato aconteceu em um estádio, não há dúvida sobre a responsabilidade do clube. O próprio EDT, no art. 19º, estabelece a responsabilidade na modalidade objetiva para a entidade

detentora do mando de campo. (BRASIL, 2003). Ainda, ao equiparar o clube a fornecedor, no art. 3º, o EDT é claro ao expressar a orientação legislativa de imputar a responsabilidade à associação. (BRASIL, 2003). A jurisprudência é consolidada para essas hipóteses, mas não ocorre para os fatos praticados na área externa das arenas. O entendimento restringe o provimento de ressarcimento para os casos de danos sofridos no espaço do complexo desportivo, e que não pode ser imputado ao clube um dever de segurança pública, que se estenda a ambientes distantes do estádio de futebol.

## ANÁLISE DOS MECANISMOS DE REPRESSÃO

Segundo o art. 243-G do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), de 10 de dezembro de 2009, a prática de atos discriminatórios, relacionados a preconceito em razão de origem étnica, raça, sexo, cor, idade, tem pena de suspensão de cinco a dez partidas, se praticado por atleta ou qualquer membro da comissão técnica, além de multa, que pode chegar a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (BRASIL, 2009).

Ainda no art. 243-G, o Código Brasileiro de Justiça Desportiva amplia a aplicação da pena, para que não seja aplicada apenas a atletas, mais também ao clube, tornando-o mais eficaz:

§ 1º Caso a infração prevista neste artigo seja praticada simultaneamente por considerável número de pessoas vinculadas a uma mesma entidade de prática desportiva, esta também será punida com a perda do número de pontos atribuídos a uma vitória no regulamento da competição, independentemente do resultado da partida, prova ou equivalente, e, na reincidência, com a perda do dobro do número de pontos atribuídos a uma vitória no regulamento da competição, independentemente do resultado da partida, prova ou equivalente; caso não haja atribuição de pontos pelo regulamento da competição, a entidade de prática desportiva será excluída da competição, torneio ou equivalente.

Nota-se que caso a infração seja praticada por um número elevado de pessoas ligadas a entidade, essa passa a ser punida pelo ato discriminatório, pois os infratores estão ligados diretamente a ela. O público que frequenta os estádios é essencial para o apoio dos clubes, mas não apenas para apoio, são também uma grande fonte de renda, podendo ser considerados a parte principal de uma entidade desportiva. Partindo dessa premissa, fica claro que assim como as entidades devem ser punidas por atos praticados por um elevado número de pessoas, devem ser punidas também pelos atos discriminatórios praticados por seus torcedores, visto que esses estão diretamente ligados a ela.

Para Pimenta (2003), o torcedor não é um mero espectador do jogo, ele é parte do espetáculo, é o protagonista da partida, parte integrante do clube. Nessas circunstâncias, sendo o torcedor o protagonista do espetáculo e parte integrante do clube, nada mais justo que as entidades sejam punidas por atos praticados por eles.

Conforme aponta o CBJD, em seu art. 243-G, parágrafo 1º:

A pena de multa prevista neste artigo poderá ser aplicada à entidade de prática desportiva cuja torcida praticar os atos discriminatórios nele tipificados, e os torcedores identificados ficarão proibidos de ingressar na respectiva praça esportiva pelo prazo mínimo de setecentos e vinte dias.

Apesar da tipificação pelo Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), percebe-se os tribunais de justiça desportiva são inertes na aplicação das sanções previstas, tais sanções

afetariam diretamente aos clubes, que, conseqüentemente demonstrariam mais interesse em ações de conscientização das torcidas, e buscariam meios mais hábeis para controlar os seus torcedores. Medidas como essas auxiliariam na busca pelo fim de atos violentos em eventos esportivos.

Um dos casos mais famosos denunciados com base no art. 243-G do CBJD, aconteceu na copa do Brasil em 2014, onde o goleiro Lucio Duarte Costa, mais conhecido como Aranha, foi alvo de injúria racial praticada por torcedores do Grêmio Foot-Ball Porto Alegre. Neste incidente, os torcedores foram identificados e além de excluídos do quadro de sócio torcedor do clube ficaram impedidos de assistir a jogos do clube até agosto de 2015 (MOTA, 2022).

Segundo Torre (2014), o caso foi levado a julgamento no Superior Tribunal de Justiça Desportiva, o relator do processo, o auditor Paulo César Salomão Filho, votou pela perda de pontos. Como o time já havia perdido a partida de ida por 2 a 0, o segundo jogo foi considerado desnecessário, e a perda de pontos resultou na eliminação do Grêmio da copa do Brasil, umas das competições de maior relevância do país, além de ser multado em R\$ 50 mil.

De acordo com Stein (2014), em matéria para o site Trivela, o Grêmio manifestou-se em relação ao ocorrido:

O Grêmio se manifestou através do Guia da Partida, entregue aos torcedores que foram à Arena assistir ao duelo contra o Bahia. Na capa da revista, toda negra, a palavra “basta”. Dentro da publicação, matérias combatendo o racismo e também exaltando ídolos negros da história gremista. Além disso, mensagens foram exibidas no telão do estádio e os jogadores tricolores também entraram em campo com uma faixa: ‘Somos azuis, pretos e brancos. Chega de racismo’. (STEIN, 2014)

Como já foi mencionado, a consequência da aplicação correta das sanções que afetam diretamente o clube seria a demonstração de interesse em ações de conscientização contra a discriminação por parte dos clubes para seus torcedores. Foi o que aconteceu com o Grêmio, apesar de simples, já é uma forma de ir de encontro ao problema.

## **A EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DO ARTIGO 213, § 4º, DO CÓDIGO BRASILEIRO DE JUSTIÇA DESPORTIVA**

### **Análise do tipo normativo em relação à infração referentes a atos discriminatórios de adeptos em praça desportiva**

As regras do artigo 213 do Código Judiciário Desportivo Brasileiro estão dispostas no Capítulo VIII das referidas Normas de Jurisdição Desportiva, que tratam dos delitos relativos à organização e gestão de esportes e competições. No primeiro capítulo, dos artigos 190.º a 215.º, estão previstas as infrações que envolvam as entidades dirigentes do desporto, os organismos públicos desportivos e de competição, ou seja, este capítulo reúne as infrações mais diretamente relacionadas com o desporto, nomeadamente em infrações cometidas durante o período. Por causa da programação esportiva ou em torno dela, envolvendo seus atores, coadjuvantes, diretores, telespectadores e promotores de eventos.

Vejamos o que dispõe o artigo 213:

Art. 213 Deixar de tomar providências capazes de prevenir e reprimir desordens em sua praça de desporto.

PENA: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e perda do mando de campo de uma a dez partidas, provas ou equivalente quando participante da competição oficial.

§ 4º A entidade cuja torcida manifestar ato discriminatório decorrente de preconceito em razão de origem étnica, raça, sexo, cor, idade, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência será punida com a pena prevista no caput deste artigo e perda do dobro do número de pontos previstos no regulamento da competição para o caso de vitória sendo, na reincidência, excluída do campeonato ou torneio.

§ 5º Não sendo possível aplicar-se a regra prevista no parágrafo anterior em face da forma de disputa da competição, a entidade de prática desportiva será punida com a exclusão de competição ou torneio.

§ 6º Na hipótese da aplicação da pena de perda do dobro do número de pontos prevista no § 4º deste artigo, fica mantido o resultado da partida, prova ou equivalente para todos os efeitos previstos no regulamento da competição e a entidade de prática desportiva que ainda não tiver obtido pontos suficientes ficará com pontos negativos.

Diante dessa consideração sobre o tipo de omissão do postulado da seção 213 da CBJD, não podemos ignorar o fato de que o tipo legal de ação em questão é feito simplesmente desobedecendo ordens, ou seja, independentemente do resultado, aconteça o que acontecer, nada pode impedir a supressão.

Em seu quarto parágrafo, o tipo estabelece as mesmas penas do caput, que quais sejam multas e perda de mando de campo, para as hipóteses específicas de invasão, bem como infrações referentes a atos discriminatórios de torcedores em arenas desportivas.

Focando exclusivamente em relação a prática de atos discriminatórios praticados por dirigentes, jogadores ou torcedores, que é o objeto de análise deste artigo, ressalta que a pena é dirigida a instituição desportiva, e não a pessoa que praticou o ato de discriminação, em virtude da teoria da responsabilidade desportiva, que se adequa perfeitamente a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva.

Sobre a teoria do risco, cumpre mencionar o ensinamento de Paulo Marcos Schmitt (2007):

Adaptada para a esfera desportiva, a teoria do risco faz nascer a possibilidade de aplicação de penalidade a pessoas jurídicas em razão de atos comissivos ou omissivos praticados pelas suas pessoas físicas vinculadas ou mesmo torcedores.

A pena da entidade desportiva se dá em razão da violação do tipo infracional previsto no parágrafo § 4º do artigo 213 encerrar um benefício direto ou indireto à entidade desportiva à qual o infrator (pessoa física) esteja vinculado, prejudicando terceiros, além de causar danos à organização desportiva e contra a moralidade do desporto.

A responsabilização da entidade de prática desportiva em razão da conduta da pessoa física a está vinculada está diretamente relacionada com a exploração e a gestão do desporto profissional, que constitui exercício de atividade econômica, conforme o parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 9.615/98, é inegável que uma partida de futebol nas arenas traz um grande viés econômico, tendo em vista que os adeptos mantem as entidades desportivas diretamente e indiretamente, pois este sempre adquire ingressos e mantem sócio torcedor ativo, além de consumir produtos produzidos a marca da entidade desportiva.

Desta ótica, deduz que é justo que a agremiação assuma os riscos da sua atividade financeira, mais precisamente em razão do risco de não conseguir conter atos discriminatórios ou de vandalismos de seus torcedores, o que logo o põe como responsável pelos atos, ao invés de ser responsabilidade da pessoa praticante do ato.

### **A análise da excludente de responsabilidade do artigo 213, § 3º.**

As exigências do artigo 213 do Código de Justiça Desportiva exigem que as entidades esportivas tomem medidas capazes de prevenir e reprimir o caos em suas praças esportivas, de forma que os patrocinadores dos jogos não sejam considerados negligentes no cumprimento dessas medidas preventivas e repressivas. Invasões de campo e arremesso de objetos sobre ou dentro do campo de um evento esportivo.

Porém o parágrafo terceiro, estabelece hipótese de exclusão da responsabilidade da agremiação.

Assim está disposto o parágrafo terceiro do artigo 213 do CBJD:

§ 3º A comprovação da identificação e detenção do infrator com apresentação à autoridade policial competente e registro de boletim de ocorrência, na hipótese de lançamento de objeto, exime a entidade de responsabilidade.

Como é perceptível com a leitura do terceiro parágrafo, para que a responsabilidade seja excluída do clube pela infração de atos discriminatórios nas arenas, deve ser comprovada a identificação de apreensão do agressor, com a apresentação do mesmo as autoridades competentes e seguido de um boletim de ocorrência.

As ideias que o parágrafo terceiro do artigo 213 visa a proteger o espetáculo em questão, assim como as agremiações e pessoas físicas que participam da mesma, principalmente atletas e árbitros, que podem se sentir coagidos moralmente por atitudes tomadas pelos torcedores presentes nas arenas, podendo assim ocasionar como resultado uma baixa performance técnica de seus principais personagens, e não de elementos de fora como a “humilhação ” e psicologicamente abalados.

Nessa linha de pensamento de Paulo Schmitt (2006):

Todo esse regramento visa proteger o espetáculo desportivo, instituições e pessoas físicas que dele participam, para que se, de um lado sejam prevenidas condutas de violência ou não condizentes com a moralidade desportiva, de outro, se tal ocorrer por absoluta impossibilidade de previsão, exista a escorreita e imediata repressão, para que sejam aliçados das praças desportivas todos os que provocarem tumulto ou desordem.

Nesse contexto, além de medidas necessárias de proteção, como se disse, de pessoas físicas e jurídicas, os resultados devem refletir a performance técnica e não estar maculado por qualquer elemento externo de “pressão”.

A excludente de responsabilidade visa manter a integridade e moralidade desportivas, mantendo o resultado justos das partidas, e esse proposito só será alcançado perante os personagens principais do jogo não sofrer nenhum tipo de discriminação, que os faça não sentirem coagidos moralmente a não tomar atitudes contrárias dos adeptos.

Para que os futebolistas e árbitros possam se sentir seguros, as medidas de prevenção e repressão que o parágrafo terceiro do artigo 213 exigem devem ser imediatas e que sejam eficazes, afim que possa ocorrer a excludente de culpabilidade do clube mandante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas razões expostas neste artigo científico, é fato que, diante dos diversos benefícios que a torcida proporciona para o clube, este deve ser responsabilizado pelos danos causados dentro do estádio. A dúvida que persiste na jurisprudência é quanto à extensão territorial que permitiria essa imputação e como se verificaria a ligação de um fato que ocorreu distante do estádio com o evento desportivo, para que o clube fosse responsabilizado. Embora ainda não haja posicionamento jurisprudencial unânime, o estudo concluiu que os clubes de futebol devem ser responsabilizados pela modalidade objetiva por todos os danos causados por sua torcida, ainda que o fato tenha se dado em local afastado do complexo desportivo. O distanciamento territorial entre o evento e o dano não pode, por si só, ser causa de afastamento da aplicação da responsabilidade objetiva, sobretudo na contemporaneidade, em que o evento desportivo se estende para muito além do espaço reservado do espetáculo. Dessa forma, o julgador deve analisar a ligação entre o fato e o evento desportivo. Dessa forma, o julgador deve analisar a ligação entre o fato e o evento desportivo, aplicando a modalidade objetiva somente nos casos em que o dano se deu em decorrência direta do jogo e afastando-a quando não encontrar essa relação. Ressalta-se que a ligação necessária é entre o fato e o evento, não podendo o clube ser responsabilizado por ato decorrente da paixão do torcedor pela associação, mas que não teve qualquer vínculo com um evento desportivo específico.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009
- ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de novembro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- Código de Justiça Desportiva – CBJD
- DAMO, Arlei Sander. Futebol e identidade social: uma leitura antropológica das rivalidades entre torcedores e clubes. Porto Alegre: UFRGS, 2002.
- #FERA. Fifa adota medidas para diminuir discriminação dentro do futebol. #FERA, 2021. Disponível em: <https://esportefera.com.br/noticias/futebol,fifa-adota-medidas-para-diminuir-discriminacao-dentro-do-futebol,70001841389>.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. 4: responsabilidade civil. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- Grupo a Hora. Futebol como reflexo da sociedade. GrupoaHora, 2022. Disponível em: <https://grupoahora.net.br/conteudos/2020/12/10/futebol-como-reflexo-da-sociedade/>.

- JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. LXXXVI, p. 548-559, 1941.
- KHOURI, Paulo R. Roque. A. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- MACHADO, Daniel Freitas. A INCIDÊNCIA DAS NORMAS PENAS SOBRE AS PRÁTICAS DESPORTIVAS: análise criminal do estatuto do torcedor. 2019.
- MACHADO, Rubens Approbato Machado (coord.), *et al.* Curso de Direito Desportivo Sistemico. São Paulo: Quartier Latin, 2007
- MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e Direito Privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020
- MOTA, Lucas Henrique Dantas. A responsabilidade dos clubes de futebol por atos discriminatórios praticados por seus torcedores. 2022.
- NETO, Rosa; DIAS, Hercules. A UTILIZAÇÃO DO ESTATUTO DO TORCEDOR NO COMBATE AS CONDUITAS DELITUOSAS DAS TORCIDAS ORGANIZADAS. 2022.
- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, v. 19, n. 37, Florianópolis, 1998.
- PIMENTA, Carlos Alberto. Torcidas Organizadas de Futebol: Identidade e identificações, dimensões cotidianas. Buenos Aires. CLACSO, 2003.
- Placar. Casos de racismo disparam em 2021 no futebol brasileiro. Placar, 2022. Disponível em: <https://placar.abril.com.br/placar/casos-de-racismo-disparam-em-2021-no-futebol-brasileiro/>.
- SCHMITT, Paulo Marcos. Curso de Justiça Desportiva. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SCHMITT, Paulo Marcos (coord.), *et al.* Código Brasileiro de Justiça Desportiva Comentado. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- STEIN, Leandro. Após preconceito sofrido por Aranha, Santos e Grêmio se manifestam contra racismo. 2014. Disponível em: <https://trivela.com.br/brasil/apos-o-preconceito-sofrido-por-aranha-santos-e-gremio-se-manifestam-contr-o-racismo/>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil 3 – Responsabilidade civil. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil, v. 4: responsabilidade civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TORCIDA do Grêmio é suspensa por descumprir medida no Mundial e na Recopa. Globo Esporte, 2018. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/rs/futebol/times/gremio/noticia/torcida-do-gremio-e-punida-por-descumprir-suspensao-no-mundial-e-na-recopa.ghtml>.
- TORRE, Paulo Henrique. STJD abranda pena, retira exclusão, mas Grêmio é eliminado da Copa do Brasil por perda de pontos. 2014. Disponível em: [http://www.espn.com.br/noticia/442834\\_stjd-abranda-pena-retira-exclusao-mas-gremio-e-eliminado-da-copa-do-brasil-por-perda-de-pontos](http://www.espn.com.br/noticia/442834_stjd-abranda-pena-retira-exclusao-mas-gremio-e-eliminado-da-copa-do-brasil-por-perda-de-pontos). Acesso em: 20 mar. 2023.



# Pedagogia jurídica e o estatuto da criança e do adolescente: história, educação e direitos humanos

---

Matheus Henrique Gomes Silva

*Bacharel em Pedagogia, Pós-Graduando em Gestão Escolar (Administração, Supervisão, Orientação e Inspeção), Metodologia do Ensino e da História e da Geografia, Docência do Ensino Superior.*

Gilberto Sousa Silva

*Mestre em Sociologia. Bacharel em Pedagogia, História. Professor do IFMA, FAESF- MA, Orientador da Pesquisa*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.25

## RESUMO

A presente pesquisa objetiva investigar a área mais recente da profissão do Pedagogo, denominada Pedagogia Jurídica, associado a atuação do pedagogo em órgãos de justiça, com intuito de garantir o direito a educação previsto no Art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por meio da lei N° 8.069, responsável por promover “práxis” pedagógicas que requerem a apropriação ideal do conhecimento necessário acerca da infância, adolescência e os seus direitos que vão desde a liberdade, opinião, expressão, educação entre outros; direitos esses, inerentes a sociedade, norteados pela sistematização das instituições jurídicas e todo o processo interprofissional integrado juridicamente a infância e a juventude conforme a regulamentação do Estado, dado como uma emergência do profissional de pedagogia nos Tribunais de Justiça, na grade curricular das Universidades ou cursos de extensão com intuito de fazer entender que todo profissional da área de Pedagogia deve ter conhecimento acerca do (ECA).

**Palavras-chave:** pedagogia. jurídica. estatuto. direito.

## ABSTRACT

The present research aims to investigate the most recent area of the profession of the Pedagogue, called Juridical Pedagogy, associated with the performance of the pedagogue in organs of justice, with the intention of guaranteeing the right to education foreseen in Article 53 of the Statute of the Child and Adolescent (ECA) through law N° 8. 069, responsible for promoting pedagogical “praxis” that require the ideal appropriation of the necessary knowledge about childhood, adolescence, and their rights that range from freedom, opinion, expression, education, among others; These rights, inherent to the society, guided for the systematization of the legal institutions and all the interprofessional process legally integrated the childhood and the youth according to the regulation of the State, given as an emergency of the professional of pedagogy in the Courts of Justice, in the curricular grid of the Universities or courses of extension with intention to make to understand that all professional of the Pedagogy area must have knowledge about the (ECA).

**Keywords:** pedagogy. juridical. statute. law.

## INTRODUÇÃO

A pedagogia jurídica é um campo de atuação recente no ambiente de educação não escolar (ENE), associado a atuação do pedagogo em órgãos de justiça, integrando-se a uma nova concepção as Varas de Infância Juventude, Varas de Família, Violência Doméstica Familiar, perícia e outras demandas de assessoramento técnico especializado as Varas em específico, partindo das relações interprofissionais forenses, firmadas entre pedagogos, assistentes sociais, psicólogos os executores do direito, entre outros, com intuito de garantir o direito a educação, previsto no Art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por meio da lei N° 8.069, de 13 de junho de 1990 (BRASIL, 2022).

Dessa maneira é correto afirmar que a Pedagogia está avançando gradativamente com forte capacidade de formação, capacitação e qualificação diante de um cenário extremamente amplo e diversificado para o pleno desenvolvimento de processos, teorias e práticas pedagó-

gicas em uma sociedade de redes educacionais que necessitam da atuação do profissional de Pedagogia como mediador das relações interpessoais geradas no ambiente de atuação profissional, resultando em uma participação cidadã ativa e democrática.

Nesse intuito, o respaldo instrutivo tem como propósito, parafrasear com um olhar analítico e reflexivo a percepção acerca da relação entre Pedagogia e o ECA, visto que as crianças e adolescentes são sujeitos que possuem direitos e que, evidentemente, necessitam ser protegidos. Entretanto, acentuam-se indagações sobre dúvidas não sanadas até o momento, exemplo disso é projetar a importância da Pedagogia Jurídica no curso de Licenciatura em Pedagogia; entender ou evidenciar, quais as relações entre os campos da Pedagogia e o Direito para o processo de fundamentação teórico da Pedagogia Jurídica.

A escolha da presente temática justifica-se através das contribuições significativas dispostas pelo profissional de pedagogia que vão além da sala de aula, traçando desafios e perspectivas em um cenário vigente, responsável por constituir valores a uma determinada sociedade que necessita deste profissional especializado como protagonista nesta tão conceituada área de atuação, disposto a lutar pelos direitos previstos em lei no que tange todos os direitos fundamentais, inerente a criança e ao adolescente, assegurando-lhes a sua felicidade, com o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, assim como as condições de liberdade e igualdade perante a lei (BRASIL, 2022).

Contudo, deve ser explorado os fatores que regem a sistematização e atuação da pedagogia jurídica no processo de fundamentação teórica, como fundamentar a proporção de teorias e “práxis” pedagógicas desenvolvidas no âmbito profissional e social, assegurados pela fundamentação teórica desenvolvidos durante a graduação, especialização ou extensão; identificar os desafios e perspectivas acerca da Pedagogia Jurídica; o que leva a inserção do pedagogo na instituição jurídica.

## **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: HISTÓRIA, EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS**

No Brasil, foi criada algumas normativas legais definidas para uso próprio nas concepções do direito para aplicação em casos específicos unânimes as necessidades de acompanhar, dirigir, orientar e disciplinar eventuais casos/conflitos entre pessoas classificadas por física ou jurídica consoante ao Estado, que se dispõe de uma rígida codificação para facilitar o andamento de questões jurídicas no âmbito respectivo a sua propriedade social. O Estado dispõe então o Estatuto das Cidades, O Estatuto do Idoso, Estatuto da Juventude, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Estatuto da Primeira Infância, O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor.

Conforme o âmbito específico, as atividades sistematizadas nos quadros de servidores públicos no Poder Jurídico, no que diz respeito a atuação do profissional de Pedagogia nessa área dada como nova, parte de fundamentos teóricos e práticos advindos do Estatuto da Criança e do Adolescente publicado conforme a lei N° 8.069 de 13 de junho de 1990, que trata especificamente de maneira direta, legal e social, as crianças e adolescentes com maior proteção e cidadania, conforme a constituição de 1988 (SILVA, 2008).

No entanto, os questionamentos, explicações, reflexões, debates e conceitos atribuídos a esta pesquisa, irão girar em torno dos fundamentos práticos e teóricos dispostos pela Vara da Infância e Juventude, segundo o Art. 145 presente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 145. Os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões (BRASIL, 2022, p. 81).

Segundo o Artigo mencionado acima, é de grande importância a maneira que os Estados começaram a se adaptar a este novo conceito, tornando as crianças sujeitos do direito, por uma ação solícita e precisa, adequada ao seu meio sociocultural, ético e moral, desde a educação, saúde, cultura e família, facilitando assim uma boa convivência em meio a sociedade. Esses direitos são assegurados por profissionais especializados na área que trabalham direta e indiretamente no âmbito jurídico de abono a política de atendimento estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), indicando então a existência de corresponsabilidade entre estes especialistas e a sociedade.

Os profissionais que contribuírem para o atendimento nas Varas de Infância e Juventude no que diz respeito ao público alvo; crianças e adolescentes, fazem parte de uma perspectiva interdisciplinar e dialógica por interações inovadoras e práticas metodológicas interdisciplinares entre a Pedagogia em conjunto com a Psicologia e o Serviço Social, no andamento de atividades que envolvem os Operadores do Direito acerca dos conhecimentos e conflitos, espaços e estruturas existentes ou até mesmo a construção com intuito de solução, ou superação destes conflitos que serão abordados em breve, segundo (BERNARDES, 2021).

Todavia, é compreensível para os profissionais da educação o grau de importância da atuação do pedagogo no espaço jurídico neste primeiro momento, em consequência de uma série de acontecimentos que promoveram principalmente a base onde a Pedagogia e a Infância possuem histórias que se entrelaçam, desde movimentos, revoltas, manifestação e exigências por melhorias, direitos e um olhar humanitário no que compete o sistema educacional brasileiro em prol da educação conforme os Aspectos Históricos da Educação. De acordo com Libâneo (2010, p. 61):

Considerando-se a variedade de níveis de atuação profissional do pedagogo, há que se convir que os problemas, os modos de atuação e os requisitos de exercício profissional nesses níveis não são necessariamente da mesma natureza, ainda que todos sejam modalidades de prática pedagógica. De fato, os focos de atuação e as realidades com que lidam, embora se unifiquem em torno das questões do ensino, são diferenciados, justificando a necessidade de formação de profissionais da educação não diretamente docentes. Ou seja, níveis distintos de prática pedagógica requerem uma variedade de agentes pedagógicos e requisitos específicos de exercício profissional que um sistema de formação de educadores não pode ignorar.

Em decorrência desses fatores, é evidente a necessidade das práticas pedagógicas que se acentuam em torno de vários agentes educativos, sejam eles, formais e não formais, tornando-se parte das modalidades e práticas pedagógicas que requerem a apropriação ideal do conhecimento necessário acerca da infância, adolescência e os seus direitos que vão desde a liberdade, opinião, expressão, educação entre outros, direitos esses, inerentes a sociedade, norteados pela sistematização das instituições jurídicas e todo o processo interprofissional integrado juridicamente a infância e a juventude conforme a regulamentação do Estado.

## Concepções de infância e da adolescência para a Pedagogia

Ao estudar a infância e adolescência em busca de respostas para as relações familiares, sociais e o ritmo desenfreado da atual contemporaneidade como um dos principais influenciadores destas relações, é importante deixar claro que este termo não é isolado de maneira alguma, passando a envolver família, escola, religião, mãe, pai entre outros fatores que contribuem para a construção de opiniões, críticas, debates e ações resultando em determinados modos de pensar acerca da infância e seus estágios desde a primeira infância à adolescência.

De fato, existem inúmeros aspectos relacionados as concepções da infância, mas uma análise completa parte por meio da maneira que essas crianças são tratadas e de fato educadas, onde é necessário ter uma visão investigadora desse pressuposto. Apesar disso, as contribuições do pedagogo influenciam fortemente por promover as crianças um ambiente que contribui para o desenvolvimento da mesma, se estiverem adaptados conforme os requisitos pedagógicos como as cores, texturas, formas, sons e até aspectos do próprio “corpinho”, contribuindo para a aprendizagem e desenvolvimento de maneira significativa, a ponto de que possa ser acompanhado o processo evolutivo social, visto que as mudanças qualitativas no pensamento ocorrem especificamente entre a primeira infância e a adolescência (PAPALIA, OLDS E FELDMAN, 2006).

Contudo, a evolução da criança para à adolescência pode ser vista como uma constituição social no contexto educacional, pois essas duas fases foram consideradas singulares, por serem vistas como distintas aos olhos dos especialistas e da sociedade, em que a infância era o momento perfeito para a educação e pleno desenvolvimento da criança, e a adolescência no que lhe concerne, petrificada aos aspectos fisiológicos outrora psicológicos, considerada um processo de mudança, rebeldia e inquietação neste processo em que os laços afetivos familiares são bloqueados por boa parte dos adolescentes (BERNARDES, 2021).

A contemporaneidade apresenta diferentes concepções neste contexto de criança e adolescência, uma delas é maneira que essas crianças são observadas aos olhos da sociedade, pois cada uma vive na mesma sociedade, mas com realidades distintas, desde padrões econômicos, sociais, culturais, etnia, entre outros fatores que impactam o modo de viver e pensar para garantir ou não a negação dos seus direitos dado a atual realidade ao sistema governamental brasileiro.

Desta forma, o pedagogo está apto a atuar por novos recursos, ferramentas e metodologias ativas para lidar com a problemática atual, partindo da aplicabilidade de análises feitas por este especialista como a adaptação das novas tecnologias como fonte de inovação e conhecimento, instigando a reflexão sobre a educação e a escola atualmente, onde o mesmo é responsável pelo processo de construção do conhecimento das crianças e adolescentes no que se refere as relações interpessoais e o desenvolvimento do senso crítico, conhecimento físico, lógico, religioso, filosófico e social, conhecimento esse para a vida, capaz de modificar-se no decorrer do tempo e das circunstâncias vigentes a contemporaneidade.

Cabe ao pedagogo acompanhar as ideologias e ações por meio da formação continuada que está à disposição dos profissionais de Pedagogia mediante especializações que vão além da sala de aula, desde cenários que instigam a cientificidade das relações sociais, a cenários complexos como os estudos, análises e reflexões de neurônios, resultando na identificação, avaliação e auxílio de crianças e jovens em especial, que possam apresentar inúmeros quadros

comportamentais neurológicos, decorrentes de uma série de fatores que podem surgir em qualquer fase da vida e que devem ser investigados para total compressão e solução.

Como base nesse pressuposto, fica evidente a necessidade do pedagogo na esfera jurídica diante de uma nova visão que será determinante não apenas para a educação, mas para processo de socialização e reintegração desses indivíduos continuamente, consoante as normatizações da justiça a ponto de auxiliar a sociedade da melhor maneira possível, partindo da indagação de como as crianças devem ser cuidadas no ponto de vista e prático do ordenamento jurídico.

## **Como os Direitos e Políticas Públicas estão para o atendimento à criança e ao adolescente em âmbito nacional**

O Brasil começou a olhar com uma nova visão às crianças e adolescentes após a Segunda Guerra Mundial, por meio dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em que é dado a posição do Brasil frente aos instrumentos internacionais de direitos humanos e a maneira que a Constituição brasileira de 1988 incorpora este tratado, por ampliar as perspectivas do reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direito. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), articula um plano de proteção integral na legislação brasileira, em contrapartida, com a situação irregular presente no Código de Menos de 1979, em que o enfoque era na vigilância das crianças e não à na sua proteção como direito (BERNARDES, 2021).

No entanto, o ECA incorporou os avanços sugeridos e concretizou o artigo 227 da Constituição Feral que determinou direitos e garantias fundamentais as crianças e adolescentes:

Considerado o maior símbolo dessa nova forma de se tratar a infância e a adolescência no país, o ECA inovou ao trazer a proteção integral, em que crianças e adolescentes são vistos como sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento e com prioridade absoluta. Também reafirmou a responsabilidade da família, sociedade e Estado de garantir as condições para o pleno desenvolvimento dessa população, além de colocá-la a salvo de toda forma de discriminação, exploração e violência (BRASIL, 2022, p. 9).

A consolidação desses direitos, não se ampliam apenas tendo em vista ao que motivou os tratados internacionais, mas sofrem influência do cenário de terror decorrente a ditadura militar, resultando em graves atos praticados contra uma geração, ocasionando sérias violações dos direitos humanos, onde as crianças foram os alvos mais vulneráveis em meio a essa disputa política, levando a medidas absurdas como a ato de prender e banir crianças consideradas perigosas a segurança nacional, alvos de torturas com objetivo de persuasão dos pais que se encontravam sem saída a ponto de entregar os seus companheiros da oposição. As crianças que sobreviveram a essa tormenta, tornaram-se adultos atormentados, conseqüentemente de um sofrimento mental permanente devido tamanha violência contra eles, onde foi criado uma série de barreiras bloqueando os aspectos sociais da criança ao seu processo de socialização até a fase adulta, composta por traumas, transtornos, angústia, sofrimento, depressão, a ponto de levar ao possível suicídio, como aconteceu de fato, segundo (PAIVA, 2014, p.15). De acordo com Lima, Poli, José (2017, p. 315), conforme citado por Bernardes (2021, p. 70):

Lima, Poli e José (2017, p. 315) indicam que é possível delimitar três fases do tratamento dado à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, a depender da concepção que se atribua à infância, quais sejam: I – entre os séculos XVI e XIX – criança e adolescente considerados como “bichinhos de estimação”; II – a partir da primeira metade

do século XX – tratados como “objetos” de tutela do Estado; III – segunda metade do século XX (a partir dos anos 1980) aos dias atuais – tornam-se alvo de proteção integral e prioritária.

Frente a esta afirmativa, passou a transcorrer um novo cenário em relação às políticas públicas sociais aos direitos de crianças e adolescentes que levou bastante tempo até a consolidação de suas diversas ações protetivas e integrais, nos qual o Estado dispõe de ações previstas nas áreas de educação, assistência social, saúde, alimentação e bem-estar, conforme o ECA.

Nessa perspectiva, é por meio desses fatores que o Brasil passa a caminhar rumo as políticas e práticas jurídicas como medida de proteção especial, dado como marco significativo a sua constituição em favor dos direitos humanos, mas as violações dos direitos não param por aí, pois atualmente continua presente uma série de acontecimentos na sociedade que tornam as crianças vulneráveis, vítimas do seu cotidiano ou do sistema responsável pelo descaso a educação e a família. Sendo assim, é necessário um grupo de profissionais aptos a auxiliar e viabilizar o tratamento dessas questões que partem da pobreza, rompimento de vínculos familiares ocasionando uma vulnerabilidade social que afeta o processo de desenvolvimento da criança neste cotidiano, tornando-se evidente a necessidade de um profissional especializado nesta área, conforme o Art. 150 e 151 disposto pelo ECA:

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude. Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico (BRASIL, 2022, p. 84).

De acordo com este contexto, é possível visualizar nitidamente a importância do profissional de Pedagogia especializado no setor jurídico, no que diz respeito aos seus conhecimentos aptos ao aconselhamento, orientações, encaminhamento, prevenção, entre outros, conforme ao que a lei estabelece para a atuação dele nas equipes interprofissionais juntamente aos operadores do direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa enfatizou o processo de fundamentação teórica acerca da pedagogia jurídica, em especial o campo de atuação recente da educação não escolar (ENE), onde se atribui ao pedagogo a responsabilidade integrada dos direitos das crianças e adolescentes por meio do assessoramento técnico especializado as Varas.

A partir desta análise, foi notado o grau de importância do conjunto entre a fundamentação e a prática pedagógica no setor jurídico, que parte do conhecimento axiológico para reforçar a base educacional do curso de pedagogia das instituições, considerado imprescindível para a atuação do pedagogo no judiciário, onde é enfatizado conceitos teóricos e práticos acerca do desenvolvimento humano, principalmente no que se refere ao acompanhamento para compressão do desenvolvimento das crianças e adolescentes, tal como a boa dinâmica profissional existente com os demais membros do órgão, partindo das relações interprofissionais forenses entre pedagogos, assistentes sociais, psicólogos os executores do direito, entre outros, com intuito de garantir o direito a educação na esfera jurídica, previsto no Art. 53 do Estatuto da Criança e do

Adolescente (ECA).

Dessa maneira, afirma-se que a Pedagogia está avançando paulatinamente com grande capacidade de formação, capacitação e qualificação diante de um cenário extremamente amplo e diversificado para o pleno desenvolvimento de processos, teorias e práticas pedagógicas em uma sociedade de redes educacionais que necessitam da atuação do profissional de Pedagogia como mediador das relações interpessoais geradas no ambiente de atuação profissional, resultando em uma participação cidadã ativa e democrática, objetivando garantir um espaço tão merecido para este campo de atuação.

Por fim, este estudo constitui-se como embrião para que outras pesquisas sejam realizadas sobre esta temática, a fim de valorizar essa nova área de atuação dos pedagogos em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente e permitir que acadêmicos tenham acesso a informações relevantes que os permitam explorar essa área que surge como um ambiente frutífero para oportunidade de atuação profissional.

## REFERÊNCIAS

BERNARDES, Cyntia A. de Araújo. Pedagogia Jurídica: Contribuições do pedagogo em Varas de Infância e Juventude. – São Paulo: Editora Dialética, 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/trinta-e-um-anos-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-confira-as-novas-acoes-para-fortalecer-o-eca/ECA2021\\_Digital.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/trinta-e-um-anos-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-confira-as-novas-acoes-para-fortalecer-o-eca/ECA2021_Digital.pdf)>. Acesso em: 15 de março de 2022.

LIBÂNEIO, José Carlos. Pedagogia e Pedagogos, para quê? 12 ed. – São Paulo: Cortez, 2010.

PAPALIA, Diane E. OLDS, Sally Wendkos. FELDMAN Ruth Duskin. Desenvolvimento Humano. 8. ed. – São Paulo, SP: Laser House, 2006.

SILVA Mirelly Shyrleide Praseres da. SILVA, Pedro Rodrigo da. As práticas do Pedagogo Nos Tribunais de Justiça Brasileiros: A emergência de uma Pedagogia (Júridica)? – Curitiba SP: Editora CRV, 2021.



# **Os direitos humanos aplicados a punição dos jovens infratores**

## **Human rights applied to the punishment of offending young people**

---

Canaã Freitag Casimiro  
Flávia Piccinin Paz

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.26

## RESUMO

O presente trabalho trata de analisar de forma sucinta a questão que envolve os direitos humanos aplicados a punição dos jovens infratores. Busca-se inicialmente, compreender o histórico que envolve a legislação pertinente, relatando o quanto o Estatuto dos Jovens vem complementar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para posteriormente trazer uma análise mais aprofundada do quanto as punições elencadas naquele Estatuto ficam sujeitas à aplicação dos direitos humanos. Para a realização deste trabalho tem-se a utilização da metodologia de revisão bibliográfica com objetivo de analisar com base em material bibliográfico específico o mérito do tema.

**Palavras-chave:** jovens. punição. direitos humanos.

## ABSTRACT

The present work tries to analyze in a succinct way the question that involves the human rights applied to the punishment of the young offenders. Initially, we seek to understand the history surrounding the relevant legislation, reporting how much the Youth Statute complements the Child and Adolescent Statute (ECA) to later bring a more in-depth analysis of how much the punishments listed in that Statute are subject to application of human rights. In order to carry out this work, the bibliographic review methodology was used in order to analyze, based on specific bibliographic material, the merit of the theme.

**Keywords:** young people. punishment. human rights.

## INTRODUÇÃO

Organizar códigos de normas capazes de garantir a verdadeira aplicação da justiça quando se trata de punir jovens infratores é questão que atende aos anseios da Organização das Nações Unidas - ONU de “encorajar o diálogo e a compreensão entre gerações, promover os ideais de paz, o respeito pelos direitos humanos, a liberdade e a solidariedade (SILVA; SILVA, 2011).

Mas, na contramão de aplicar a justiça está o conflito entre o adolescente e o jovem, sobretudo os jovens maiores de dezoito e menores de vinte e um anos, que impõe aos legisladores e ou doutrinadores conceituar e explicar as diferenças e o marco da idade para a aplicação adequada da lei, tanto no que confere à punição quanto ao desenvolvimento de políticas públicas para atender a aplicação dos direitos garantidos a esse conjunto de cidadãos.

Diante disto, aqui primeiramente se resumirá o histórico tanto dos direitos humanos quanto da legislação que compreende os direitos dos jovens. Na sequência esclarecer-se-á a diferença de público alvo destas duas legislações, para depois destacar a questão da aplicação da lei quanto a punição de jovens no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Toda esta análise será realizada com metodologia de revisão bibliográfica para concluir o trabalho com objetivo de analisar o material bibliográfico sobre o tema, sempre o destaque para a

juventude e a legislação brasileira que atualmente ganhou várias diretrizes de políticas públicas e programas de incentivo a aplicação destas políticas, mas que ainda tem um longo caminho a percorrer para tirar deveres e direitos da teoria e trazer para a prática especialmente considerando que para se garantir justiça a aplicação de punições aos jovens infratores é imprescindível não olvidar que eles não mais adolescentes, porém, ainda não adultos.

## **A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (DUDH) E O ESTATUTO DA JUVENTUDE: BREVE HISTÓRICO**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) surge 3 anos após o término da Segunda Guerra Mundial, contando hoje com pouco mais de 7 décadas foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na cidade de Paris, com objetivo expresso de elencar a proteção universal dos direitos humanos ela inspirou Códigos de Normas em diversos países.

A origem da DUDH encontra raízes nos princípios que levaram a independência dos Estados Unidos da América em 1776 e da Revolução Francesa, que deram origem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC). Assim, a Assembleia Geral Constituinte francesa em 1789 a promulgou.

Sobre a influência que ela exerce nas legislações do mundo todo tem-se a seguinte opinião:

Direitos dos homens são direitos de cunho jusnaturalistas, não positivados ou não escritos (seja na constituição, seja na legislação infraconstitucional). São direitos inatos que, de acordo com a sociologia do Direito, existem porque são intrínsecos à natureza humana, bastando a condição de ser humano para possuí-los, assim como o é o direito à vida (GOMES, 2023).

Assim, os Direitos dos Homens e os Direitos Humanos são normas supraestatais que possuem um caráter universal, refletidas nas mais diversas legislações do planeta. Especialmente no que confere direitos a crianças e adolescentes e jovens. Reforça (2018) que os direitos humanos “são aplicados a todas as pessoas, independente do lugar no mundo que vivam ou tenham nascido. Eles são evolução dos direitos fundamentais positivados e ascendidos ao plano internacional”.

A Constituição Federal (CF) de 1988 possui bases nos princípios democráticos da DUDH. Esses princípios foram base para a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/1990, que nasceu em 1990 logo após a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Também, informam Silva e Silva (2011) que em 2010 a Organização das Nações Unidas (ONU) abriu o Ano Internacional da Juventude, com o tema “Diálogo e Entendimento Mútuo”, objetivando encorajar o diálogo e a compreensão entre gerações, promover os ideais de paz, o respeito pelos direitos humanos, a liberdade e a solidariedade.

No Brasil, é possível considerar o Código de Menores, sancionado em 12 de outubro de 1927, pelo Decreto nº 17 943, como o marco legal que deu início à ação do Estado em políticas para a juventude. Sob a inspiração desse Código, foram criados, em 1941, o Serviço de Assistência ao Menor - SAM e, em 1964, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - FUNABEM, responsável pela Política Nacional de Bem-Estar do Menor - PNBEM (SILVA; SILVA, 2011).

Ainda Castro e Macedo (2019) relatam que o Estatuto da Juventude veio somar ao chamado marco legal da juventude brasileira, que unia a Lei 11.129 de 2005 - Programa Nacional de Inclusão de Jovens – Pro Jovem; e o Conselho Nacional da Juventude – CNJ e a Secretaria Nacional de Juventude.

Assim, em 2013 surge no Brasil a Emenda Constitucional 65 alterando o art. 227 da carta Magna inserindo o termo jovem, até então ausente na Constituição, criando o Estatuto do Jovem e o Plano Nacional da Juventude.

## **Compreendendo o ECA e o estatuto da juventude**

Sem dúvida, o ECA foi um avanço muito importante para a legislação nacional, mas mesmo assim, ainda não se tem garantia efetiva de sua aplicação: vivemos uma situação muito ambígua. Se por um lado, as leis brasileiras são avançadas, no sentido de dar bases conceituais à Proteção Integral à Infância e à Adolescência através de Políticas Públicas, por outro, as práticas institucionais encontram-se ainda, muito aquém do proposto e aceito eticamente (SILVA, 2008).

Em meio ao clamor por proteção mais justa e adequada e por punições mais rigorosas aos maiores de 18 anos, surge o Estatuto da Juventude para dar maiores expectativas aos jovens que precisam de políticas públicas que os atenda e também estabeleçam punições mais rigorosas para jovens maiores de 18 anos ao mesmo tempo que proteja os menores com maior efetividade.

Asseguram Castro e Macedo (2019) que o Estatuto da Juventude reafirma o ECA, preservando as garantias no menor de 18 anos e abrindo o caminho para um debate sobre a perspectiva da emancipação e autonomia, com uma definição de sujeito de direitos com dimensão emancipatória e com sua participação na construção dos seus direitos, mantendo sem discussões a proteção integral do adolescente.

Essas garantias estão no artigo 1º do Estatuto: “aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, este Estatuto (Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013), quando não conflitar.

Diante disto, entende-se que a juventude, destacando-se aqui, particularmente, a juventude brasileira, requer um investimento econômico, educacional, cultural, político e social, que considere a sua realidade como coletivo, a sua diversidade, resultante as determinações sociais, e seja capaz de efetivar uma política pública nacional de juventude (SILVA; SILVA, 2011).

Segundo Couto (2023) a punibilidade prevista no ECA para o autor do ato infracional segue até os 21 anos de idade, após os 21 a punibilidade será conforme prevista no Estatuto da Juventude, que cita o Código Penal.

Os onze Direitos definidos no Estatuto são os seguintes: direito à cidadania, à participação social e política e à representação juvenil; direito à educação; direito à profissionalização, ao trabalho e à renda; direito à diversidade e à igualdade; direito à saúde; direito à cultura; direito à comunicação à liberdade de expressão; direito ao desporto e ao lazer; direito ao território e à mobilidade; direito à sustentabilidade e ao meio ambiente; direito à segurança pública e o acesso à justiça (Castro; Macedo, 2019).

Compreendendo os conceitos e diferenciações aqui estabelecidas, bem como ciente do quanto o ECA e o Estatuto da Juventude se completam passa-se a analisar o mérito do presente estudo.

## EXISTEM PUNIÇÕES ESTABELECIDAS NO ESTATUTO DA JUVENTUDE?

O Estatuto da Juventude é uma Lei que visa dar maior amplitude aos direitos dos jovens ali considerados entre 15 e 25 anos, nortear políticas públicas e promover a inserção destes cidadãos sem quaisquer tipos de discriminação no contexto de benefício que lhes sejam propícios.

Não trata o Estatuto de nenhuma punição específica, ou melhor não inseriu nenhuma punição no seu texto, mas apenas afirmou a punição contida no ECA e no Código de Penal (CP).

O ECA tem medidas punitivas mais específicas para os jovens compreendidos no Estatuto até 21 anos, que seriam: a medida de semiliberdade, medida de intervenção e a internação sanção. Deste modo conforme explica Couto (2023):

A **medida de semiliberdade** constitui alternativa mais leve à internação, na realização de atividade externa durante o dia e durante a noite o recolhimento em instituição própria, sendo supervisionado por equipe multidisciplinar, pode ser aplicada desde o início da medida socioeducativa ou em transição de uma internação para o meio aberto como no regime semiaberto do CP. A **medida de intervenção** é a mais grave das medidas socioeducativas, aplicadas excepcionalmente, com brevidade, o mais breve possível; respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento pelo motivo do intenso processo de transformação física e psíquica que passa o adolescente (grifo nosso).

Com relação à medida de internação sanção, nasce a grande lacuna da Lei: não existe no ordenamento jurídico nacional um local para esta internação, e ainda, como o menor não pode ficar mais do que cinco dias em sela de delegacia mesmo estando isolado de outros presos, esta punição não encontra aplicação, dando margem a exclusão da pena, na prática, e fomentando a retórica de que o crime do menor de 21 maior de 18 não ser punido.

Estabelecendo o conceito de jovem na bibliografia dar-se-á maior compreensão ao tema.

Para tanto Silva e Silva *apud* Dayrell e Gomes (2011, p.1) explicam que a palavra juventude tem assumido diferentes significados de acordo com o contexto histórico, social, econômico e cultural vigente.

A juventude começa após a adolescência como fase de preparação do jovem para um exercício futuro de cidadania, dada pela condição de adulto, quando as pessoas podem e devem (em tese) assumir integralmente as funções, inclusive as produtivas e reprodutivas, com todos os deveres e direitos implicados na participação social (SILVA; SILVA, 2011 *apud* ABRAMO, 2008).

Também, Souza (2013) considera que o conceito de juventude vai variar conforme a área de conhecimento que analisa o tema; a Psicologia e a Biologia têm conceitos bem distintos quanto a maturidade intelectual e a condição orgânica. Mas, no caso das ciências jurídicas o que dita o conceito é a idade, ou a faixa etária que distingue o adulto, o jovem e a criança.

Porém, o sentido mais comumente encontrado é aquele que a define como uma fase de transição entre a adolescência e a vida adulta, um momento de preparação para um dever.

Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde, a atual Política Nacional de Juventude (PNJ), considera jovem todo cidadão ou cidadã da faixa Organização Mundial da Saúde (OPS/ OMS. No Brasil, etária entre os 15 e os 29 anos. A Política Nacional de Juventude divide essa faixa etária em 3 grupos: jovens da faixa etária de 15 a 17 anos, denominados jovens-adolescentes; jovens de 18 a 24 anos, como jovens-jovens; e jovens adultos (IBASE, 2011).

Para Castro (2011) muito claro é que a definição de juventude necessita do recorte etário com pauta na idade mínima legal de entrada no mundo legal como sujeito de direito e indiscutivelmente de deveres.

“Juventude é uma categoria sociológica que representa um momento de preparação de sujeitos jovens para assumirem o papel de adulto na sociedade e abrange o período dos 15 aos 24 anos de idade” (ABRAMO, 2008, p. 110).

Couto (2023) o jovem com idades entre 18 e 29 anos, citados no estatuto da juventude, somente ser beneficiado pela aplicabilidade do ECA, se cometeram algum ato infracional antes da maioridade penal, caso contrário, sendo regido seus crimes pelo Código Penal e legislação penal extravagante. Estes (jovens) apenas ganharam efetivação de direitos civis (sociais), no estatuto da juventude, direitos estes que já estão previstos na CF/88 entre os art. 6 e 11º, para toda a sociedade.

Essa compreensão do conceito de jovem, é imprescindível para se compreender a aplicação da Lei aos casos concretos de punição. É esse conceito repleto de diferentes entendimentos e interpretações que se vê no dia a dia da sociedade que não consegue considerar por exemplo: um jovem de 19 anos que viva na mais completa condição de pobreza social, desatendido pelo poder público em muitos aspectos de sua vida e desta tenra idade não sendo enclausurado e respondendo penalmente.

Creem muitos que apenas o fato da idade compõe à sua condição para responsabilização penal pelo Código Penal, ao invés de estar “protegido” de ser responsabilizado pelo ECA.

Explica Couto (2023) que, o para o Estatuto da Juventude, jovens com idades entre 18 e 29 anos nele citados, somente serão beneficiados pela aplicabilidade do ECA, se cometeram algum ato infracional antes da maioridade penal, que se dá aos 21 anos de idade, não sendo assim, terão as penas para seus crimes elencadas no Código de Processo Penal e/ou legislação penal extravagante.

Não se quer dizer com isso que o Estatuto não é efetivo na sua aplicação, mas como considera Castro e Abramovay (2002) por outro lado, é urgente desenvolver políticas voltadas para juventude. Todas as políticas neste sentido são importantes, como também o são as políticas de caráter universal, com corte geracional, que ficariam com a aplicabilidade limitada sem a crítica político-social sobre um momento, uma época, uma história, um modelo de relações sociais, de organização da sociedade no plano global e local.

## **METODOLOGIA DA PESQUISA**

A presente pesquisa será realizada com base na metodologia de revisão bibliográfica, tendo por sustento a literatura específica sobre o tema, com utilização de periódicos e material on line em sites jurídicos capazes de fundamentar a análise aqui realizada.

Ainda a revisão bibliográfica narrativa é a que dá fundamento para as considerações finais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se o presente estudo considerando o já narrado e fundamentado em referencial bibliográfico afirmando a correlação entre o ECA e o Estatuto da Juventude e especialmente o quanto as duas legislações têm de singularidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os crimes cometidos por jovens maiores de 18 anos e menores de 21 anos, se não forem abarcados pelo ECA, terão pena prevista no Estatuto da Juventude, que é a inclusa no Código Penal, além desta pena, para os jovens maiores de 15 anos e menores de 18 não está no estatuto do jovem nenhuma punição estabelecida além das em consonância com o ECA, que por sua vez está em consonância com a CF/88.

Pode-se concluir então que o Estatuto da juventude totalmente consoante com os DUDH, mas os jovens apenas obtiveram uma maior efetivação de seus direitos sociais ou direitos civis que já estavam elencados na CF/88 nos artigos 6º e artigo 11º, para toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABRAMO, H.W. Espaços de juventude. In: FREITAS, M.V. de; PAPA, F. de C. (Org.). Políticas públicas juventude em pauta. 2º.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 219-228.

BRASIL. Lei 12.852 de 05 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Disponível em: [planalto.gov.br](http://planalto.gov.br). Acesso em: 07 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei 8069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [planalto.gov.br](http://planalto.gov.br). Acesso em: 08 jun. 2023.

CASTRO, Elisa Guaraná de; MACEDO, Severine Carmem. Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementariedade, desafios e diferenças. Revista de Direito e Práxis;10 (2) abr.-jun., 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40670>. Acesso em: 06 jun. 2023.

CASTRO, Mary Garcia; Abramovay, Mirian. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. Caderno Pesquisa. (116), jul. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742002000200007>. Acesso em: 06 jun. 2023.

Couto, Leonardo Martins. Aspectos Penais do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do Estatuto da Juventude. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/aspectos-penais-do-eca-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-e-do-estatuto-da-juventude/145193790>. Acesso em: 06 jun. 2023.

DAYRELL, J.T.; GOMES, N.L. A juventude no Brasil. Disponível em: [www.fae.ufmg.br/objuventude/textos/SESI](http://www.fae.ufmg.br/objuventude/textos/SESI). Acesso em: 03 jun. 2023.

GANEM, Pedro Magalhães. Precisamos rever a forma como punimos os jovens infratores. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/precisamos-rever-a-forma-como-punimos-os-jovens-infratores>. Acesso em: 08 jun. 2023.

GOMES, Luiz Flavio. Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica. São Paulo, 2018.

\_\_\_\_\_. Qual a diferença entre direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos? JusBrasil (2023). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/qual-a-diferenca-entre-direitos-do-homem-direitos-fundamentais-e-direitos-humanos-aurea-maria-ferraz-de-sousa/145516>. Acesso em: 01 jun. 2023.

IBASE; PÓLIS. Juventude brasileira e democracia: participação, esferas e políticas públicas. Relatório Final; nov. 2005.

LARANJEIRA, Carlos Antônio. A análise psicossocial do jovem delinquente: uma revisão da literatura. Dossiê - Psicologia e Adolescência. Psicologia Estudo. 12 (2) ago. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/cm9kxgbrMZMcw5n33xRym4M/?lang=pt>. Acesso em: 08 jun. 2023.

SILVA, Rosalina Carvalho. Simpósio 6 — violência e direitos humanos: adolescentes em conflito com a lei. A FEBEM e suas propostas socioeducativas baseadas na “Tropa de Choque” e no “Choquinho”. In GUARESCHI, N., org. Estratégias de invenção do presente: a psicologia social no contemporâneo [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 178-196. ISBN: 978-85- 99662-90-8. SciELO Books. Disponível em <https://books.scielo.org/id/hwhw6/pdf/guareschi-9788599662908-15.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2023.

SILVA, Roselani Sodrê da; SILVA, Silva Vini Rabassa da. Política Nacional de Juventude: trajetória e desafios. Caderno CRH; 24 (63), dez. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-49792011000300013>. Acesso em: 08 jan. 2023.

SOUZA, Emanuele de Oliveira. O que é ser jovem...? Aluno...? E alagoano? Estudo sobre referências culturais e juvenis na escola média. Dissertação – Mestrado em Educação. Universidade Federal de Alagoas. Centro de educação, Maceió, 2013.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha filha Analu e minha esposa Monique, por todo o apoio durante este período e aos meus pais Edson Olímpio Casimiro e Andréa Freitag por todas as oportunidades que me deram até aqui.





**Direito educacional: o ambiente, a estrutura e a participação familiar na educação infantil, como o direito das crianças e o dever das famílias para o pleno desenvolvimento escolar**

**Educational law: the environment, structure, and family participation in early childhood education, as the right of children and the duty of families for full school development**

---

Deborah Caroline Tholken Deimling  
Kauê de Oliveira Peres

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.27

## RESUMO

O Direito Educacional é uma área que com o passar do tempo vem ganhando maior visibilidade, com o intuito do bom aproveitamento escolar desde os anos iniciais. Neste trabalho visamos compreender os direitos e deveres que norteiam a educação, direitos dos educandos em relação ao Estado, as instituições e seus genitores, e deveres dos pais com seus pupilos e seus educandários, procurando englobar as famílias e promovendo a sua participação efetiva para o pleno desenvolvimento pessoal, social e emocional dos infantes. Podemos observar que apesar da inclusão das famílias ter melhorado ao longo dos anos, ainda temos pouca participação efetiva na educação escolar, os responsáveis vêm de contextos cada vez mais atarefados, o que na maioria das vezes acaba deixando a educação dos seus filhos em segundo plano. Deste modo ainda será abordado neste artigo, como incluir as famílias no cotidiano escolar de forma proveitosa.

**Palavras-chave:** escolar. anos iniciais. famílias. educação.

## INTRODUÇÃO

O Direito Educacional é uma área do Direito com enfoque nas normas jurídicas que norteiam nossa educação. Essa educação é um direito fundamental regido por diversas legislações atualmente, no nosso país, ela é um direito de todos e obrigatória dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos. Nesse aspecto o direito educacional se torna importantíssimo, inclusive na educação infantil.

Neste trabalho iremos abordar e procurar entender os direitos e deveres existentes na educação infantil, dando enfoque na participação familiar como direito da criança e dever dos pais, buscando o pleno desenvolvimento escolar ainda na primeira infância. É de extrema importância que as famílias entendam seu verdadeiro papel na garantia desses direitos e também das suas obrigações e direitos e deveres das instituições, sempre almejando o total aproveitamento escolar.

No presente contexto, o trabalho tem como objetivo esclarecer todos os direitos e deveres das instituições e famílias, dar enfoque na importância do acompanhamento da vida escolar dos pupilos e ainda como incluir a sociedade e as famílias dentro da escola e a vida escolar.

Visando entender melhor as relações famílias e instituições, como podem ser melhorar e o educandário ideal para a atualidade e pleno desenvolvimento escolar como iremos analisar nas legislações que serão abordadas a seguir.

## DIREITOS E DEVERES EDUCACIONAIS ENTRE PAIS E INSTITUIÇÕES

Analisando o contexto educacional que estamos inseridos, vemos que somos cercados por diversas legislações, que asseguram as crianças, adolescentes, famílias, instituições escolares, direitos e deveres.

Como entende Cury, não se encontra dúvidas que os direitos educacionais em relação as famílias e os próprios educandos são fundamentais para o pleno desenvolvimento escolar. Todos estes direitos devem ser proporcionados adequadamente e também devidamente respei-

tados pelas instituições de ensino. Citarei os principais direitos e deveres educacionais.

Vejamos o que diz o artigo 208 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - Progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - Oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - Atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (BRASIL, 1988).

O artigo 208 da Constituição Federal do Brasil aborda os direitos e deveres educacionais, que são fundamentais para garantir o desenvolvimento e a formação da população.

Contudo, Silveira (2010) explica alguns desses direitos, o primeiro direito contemplado é o acesso à educação, que deve ser garantido a todos, independentemente das particularidades pessoais existentes, condição social, entre outros. Além disso, a Constituição prevê a obrigatoriedade do ensino fundamental, com duração de nove anos, e a gratuidade do ensino público em todos os níveis.

Segundo a autora, outro direito essencial é a qualidade de ensino, e deve ser assegurada pelo Estado em todos os níveis de ensino. Isso implica em ações que visem valorizar os profissionais da educação, ao investimento na infraestrutura escolar, equipamentos e outros materiais didáticos, além de atribuir metodologias pedagógicas eficientes.

Craidy e Kaercher (2009) citam ainda, que a família tem o dever de acompanhar a educação dos filhos, participando ativamente do processo educacional e zelando pelo cumprimento das obrigações escolares.

Já as instituições e o Estado têm o dever de investir em formação profissional e educacional de seus professores e educadores.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - Ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - Progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990).

Ainda se encontra reforçada no estatuto da criança e adolescente que trata dos mesmos direitos educacionais, conforme explicitado acima.

Encontramos garantidos no 3º artigo da Lei de número 9.394 de 20 de dezembro de 1996, conforme texto abaixo, mais alguns direitos que faremos um breve apanhado:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III - Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

IV - Respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V - Coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI - Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII - Valorização do profissional da educação escolar;

VIII - Gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX - Garantia de padrão de qualidade;

X - Valorização da experiência extraescolar;

XI - Vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

XII - Consideração com a diversidade étnico-racial

XIII - Garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

XIV - Respeito à diversidade humana, linguística, cultural e identitárias das pessoas surdas, surdo-cegas e com deficiência auditiva. (BRASIL, 1996).

Conforme citado acima, o 3º artigo da Lei número 9.394/96, também conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, elenca alguns dos principais direitos e objetivos da educação brasileira. Como elenca Bartho (2014) o primeiro deles é o de desenvolver o educando para o exercício da cidadania, visando à formação de indivíduos críticos e participativos na sociedade.

Além disso, Bartho (2014) ainda aponta que a lei também estabelece como direitos da educação a promoção do desenvolvimento pessoal e social dos estudantes, o estímulo ao pensamento reflexivo e ao conhecimento científico, a valorização da diversidade cultural e étnica, a

preparação para o trabalho e o exercício da profissão, e o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística.

A autora acima citada ainda destaca, que a Lei também garante a educação como um direito de todos, sem qualquer forma de discriminação, e que a educação deve ser oferecida de forma gratuita em instituições públicas, assegurando o acesso aos estudantes que não possuam condições financeiras para custeá-la. A lei prevê que a educação deve ser orientada pelos princípios da liberdade, pluralidade de ideias, e gestão democrática, garantindo a participação estabelecida da comunidade escolar na elaboração e execução de políticas educacionais.

Além dos direitos garantidos pela legislação brasileira, a educação também impõe deveres tanto aos alunos quanto às suas famílias. Os deveres educacionais são responsabilidades que visam aprimorar o processo de ensino-aprendizagem, promovendo a formação integral dos estudantes. Estaremos abordando tal assunto neste momento.

“Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.” (BRASIL, 1990). Digiácomo e Digiácomo (2017) analisaram e destacaram que o artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069/90) estabelece o dever dos pais ou responsáveis de matricular os filhos na rede regular de ensino, a partir dos 4 (quatro) anos de idade. Essa obrigação visa garantir o acesso à educação e o desenvolvimento integral das crianças e adolescentes, assegurando a formação educacional necessária para a vida em sociedade.

Além disso, compreendem os autores acima, que a lei prevê que a matrícula deve ser efetuada no estabelecimento de ensino mais próximo da residência do aluno, preferencialmente em escolas públicas, garantindo o direito à educação de qualidade para todos.

Desse modo, Digiácomo e Digiácomo (2017) explanam que o artigo 55 do ECA reforça a importância da educação como um direito fundamental das crianças e adolescentes, atribuindo aos pais e responsáveis o dever de garantir o acesso e a permanência dos filhos na escola.

Neste aspecto, iremos ainda analisar o artigo 205 da Constituição Federal de 1988, que está exposto a seguir:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, os pais têm um papel fundamental na educação de seus filhos, devendo garantir que eles tenham acesso a uma educação de qualidade que os prepare para a vida e para o exercício da cidadania. Isso inclui, por exemplo, escolher uma boa escola, acompanhar o desempenho escolar dos filhos, incentivar o estudo e o aprendizado, estimular o desenvolvimento de habilidades e valores importantes, como a honestidade, a solidariedade e o respeito ao próximo, como exemplifica Oliveira (2021).

Além disso, Oliveira (2021) ainda destaca que os pais também têm a responsabilidade de ensinar seus filhos sobre a importância da educação e de incentivá-los a buscar o conhecimento de forma autônoma, por meio da leitura, do diálogo e do contato com diferentes experiências e culturas. É importante ressaltar que o dever dos pais em relação à educação de seus filhos não se limita apenas ao ensino formal, mas também inclui a educação em valores, atitudes e com-

portamentos que contribuam para a formação de indivíduos conscientes, críticos e responsáveis.

Podemos citar nesses deveres mais uma legislação, abaixo apresentada:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - Dirigir-lhes a criação e a educação; (BRASIL, 2002).

Para Fontoura, Marangoni, Scarpeta, Rezende, Brunini e Prandi (2018) o artigo 1634, inciso I, do Código Civil estabelece o dever dos pais de dirigir a criação e educação de seus filhos menores. Isso implica em uma grande responsabilidade para os pais, que devem garantir o bem-estar, a segurança e o desenvolvimento saudável de seus filhos.

Desta forma, os autores acima citados entendem que para cumprir esse dever, é importante que os pais estejam presentes e ativos na vida de seus filhos, estabelecendo um ambiente familiar seguro e acolhedor, e orientando-os de forma clara e coerente em questões relacionadas à moral, ética e valores sociais.

Conforme Varani e Silva (2010), as instituições de ensino e o Estado têm um papel fundamental na garantia do direito à educação e no desenvolvimento pleno dos alunos. Para tanto, é necessário que sejam cumpridos os deveres e garantidos os direitos de cada um desses atores. E nesse contexto que agora iremos colocar os direitos e deveres dos mesmos.

Para Cury (2005), as instituições de ensino possuem diversos direitos em relação aos alunos e às suas famílias. Um desses direitos é o de estabelecer normas e regulamentos internos que visem ao bom funcionamento da instituição e ao pleno desenvolvimento dos alunos. Essas normas podem envolver questões como disciplina, frequência, avaliação, uso das instalações, entre outras.

Além disso, Dondoni (2019) explica que as instituições de ensino têm o direito de exigir dos alunos e suas famílias o cumprimento das obrigações financeiras decorrentes da prestação de serviços educacionais, como o pagamento de mensalidades, material didático e outras despesas previstas em contrato, neste caso, se o educando estiver matriculado em ensino privado.

Cury (2005) salienta que, outro direito das instituições de ensino é o de preservar a integridade física e emocional dos alunos, bem como o seu patrimônio e o das instalações escolares. Para isso, as instituições podem estabelecer regras e procedimentos de segurança e adotar medidas disciplinares em caso de descumprimento dessas normas.

O autor acima ainda cita que, no entanto, é importante destacar que os direitos das instituições de ensino devem ser exercidos de forma responsável e respeitando os direitos dos alunos e suas famílias, bem como as leis e regulamentações em vigor.

Cury (2005) diz que em suma, os direitos e deveres no âmbito educacional são fundamentais para garantir o pleno desenvolvimento dos alunos e o bom funcionamento das instituições de ensino. Tanto as famílias e alunos, quanto as instituições de ensino e o Estado possuem responsabilidades e obrigações definidas por leis e regulamentos, que devem ser cumpridas com responsabilidade e respeito. É importante que haja um diálogo constante entre as partes envolvidas, visando a construção de uma educação de qualidade e comprometida com o desenvolvimento integral dos estudantes.

Desta forma, terminada a etapa dos direitos e deveres educacionais entre pais e instituições de ensino, passamos para verificar a estrutura familiar, ambiente familiar e o desenvolvimento sendo ele social e emocional.

## **ESTRUTURA FAMILIAR, AMBIENTE FAMILIAR E DESENVOLVIMENTO SOCIAL E EMOCIONAL**

Neste momento iremos aprofundar uns poucos das relações familiares e como estas influenciam diretamente a vida emocional, social e o pleno desenvolvimento da criança e adolescente, que conforme já conhecemos, fere alguns direitos essenciais para o completo e saudável progresso do ser.

A estrutura familiar e o ambiente familiar são questões essenciais que interferem diretamente na infância até a vida adulta. O primeiro e principal contato da criança na sociedade, é promovida pela família e junto delas a responsabilidade das primeiras experiências sociais e emocionais, que irão moldar e acompanhar a criança no decorrer do desenvolvimento da sua vida.

A família é o primeiro ambiente de socialização do indivíduo, e uma das principais instituições mediadoras dos padrões e modelos culturais. É transmissora de valores, crenças, ideias e significados presentes na sociedade, portanto exerce uma forte influência no comportamento dos indivíduos, especialmente nas crianças. São as experiências familiares que proporcionam a formação inicial de repertórios comportamentais, de ações e resoluções de problemas (DESSEN E POLÔNIA, 2007).

Como citado acima, Dessen e Polônia (2007) explanam que a forma com que a família interage e se organiza entre si, pode influenciar a formação das habilidades sociais e emocionais. Por exemplo, se uma criança vive num ambiente familiar saudável, aonde é acolhida, amada, respeitada e que se sinta segura, faz com que naturalmente ela tenha uma personalidade mais confiante e segura de si. Em compensação, se a criança cresce em um ambiente onde os familiares são desorganizados, violentos, negligentes e desencorajadores, a tendência é que a criança desenvolva problemas emocionais, como ansiedade, depressão e dificuldades nos relacionamentos sociais.

Para Ramos (2016), entender verdadeiramente a influência do ambiente e estrutura familiar no desenvolvimento social e emocional é de extrema importância para entender o comportamento e a formação de personalidade. Contudo, é importante que os pais e/ou responsáveis garantam um ambiente estável, acolhedor e seguro, para que se tenha um desenvolvimento de habilidades sociais e emocionais saudáveis, e que dessa forma promova mais indivíduos seguros, confiantes e felizes.

A autora acima também afirma que ao decorrer do tempo, as estruturas familiares foram se modificando, por diversos fatores, como por exemplo, sociais, culturais e até mesmo econômicos. Historicamente temos como concepção de família como um grupo composto por pai, mãe e filhos, que ainda vem de um modelo hierárquico e muito patriarcal. Contudo, atualmente, a pluralidade familiar está sendo cada vez mais reconhecida e valorizada, compreendendo diferentes configurações.

[...] a concepção contemporânea e plural das famílias, está ligada à sua evolução, como um conjunto de normas-princípios e normas regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, sujeitas ao desenvolvimento da personalidade humana, por meio dos efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais. (NAS-CIMENTO E CURVO, 2021)

Abordado brevemente como se organizam as estruturas familiares, a importância das boas relações familiares no social e emocional das crianças e adolescentes, entraremos na discussão destes mesmos aspectos dentro do desenvolvimento da educação, que como já apresentado, é um direito fundamental dos infantes.

A família, por intermédio de suas ações materiais e simbólicas, tem um papel importante na vida escolar dos filhos, e este não pode ser desconsiderado. Trata-se de uma influência que resulta de ações muitas vezes sutis, nem sempre conscientes e intencionalmente dirigidas (ZAGO, *apud* FERREIRA E BARRERA, 2010).

Entrando no mérito da educação infantil, conforme artigo 29 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 20 dezembro de 1996:

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

De forma mais aprofundada e para o maior entendimento da discussão que iremos entrar agora, comentarei mais sobre os objetivos e características da educação infantil.

Para as autoras Nunes, Corsino e Didonet (2011) a educação infantil engloba crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, que é considerado o primeiro contato formal com a educação que são oferecidas a esses infantes, que será a base para todo o desenvolvimento intelectual e social.

Reforçam as autoras acima que a importância dessa educação provém de que nessa fase são desenvolvidas habilidades importantes, como a linguagem e a comunicação, a socialização, o compartilhar dos objetos cotidianos, como brinquedos e outros objetos de usos comuns, também ao lidar com os surgimentos de conflitos e suas emoções diante deles, trabalhando ainda as diferenças sociais, o cognitivo e habilidade motoras.

Outro aspecto importante que citam Nunes, Corsino e Didonet (2011), é que a educação infantil é a preparação para a futura vida escolar, já começando a se estabelecer rotinas, conhecendo regras de convívio e do estabelecimento de ensino, que ensinam a respeitar e colaborar, ainda despertando o senso de responsabilidade de um ser ativo em sala de aula.

Não obstante ainda defendem as autoras acima, que a educação infantil é de suma importância na preparação para a vida escolar, visto que crianças que já frequentaram CMEIS, CEIS, entre outros, na maioria das vezes, são mais desinibidas, se adaptam melhor a ambientes novos, são mais sociáveis e já vem com habilidades motoras e cognitivas melhores desenvolvidas.

Entendido os objetivos de aprendizagem e desenvolvimento da educação infantil, analisarei agora os diferentes desenvolvimentos em variados ambientes familiares. Verificando as diferenças entre os saudáveis, devidamente amparados e com estímulos diversos e os com conflitos, abandonos, sem estímulos e as necessidades básicas atendidas.

[...] o interesse dos pesquisadores no estudo da influência familiar sobre o aprendizado escolar se intensificou a partir dos anos 50, sendo que, a partir da década de 60, passou-se a investigar também, além das variáveis socioeconômicas, a influência de processos da vida familiar sobre o desempenho escolar. Os resultados dessas pesquisas têm indicado que a família pode influenciar positivamente o aprendizado escolar, a motivação para os estudos e proporcionar à criança competências interpessoais para um bom relacionamento com professores e colegas. (DESSEN E POLONIA, 2007)

Como colocado, os lares estruturados, harmônicos e saudáveis, tendem a gerar um maior desempenho acadêmico, social e emocional, como a capacidade de lidar com as negações e decepções que norteiam a vida.

Em um lar adequado as crianças recebem condições emocionais e físicas condizentes ao necessário e seu desenvolvimento, sendo eles nutrição, suporte médico, oportunidade de brincar e aprender nestas interações e nas demais com outros indivíduos. Tudo isso promove um ambiente ideal e adequado para seu pleno desenvolvimento intelectual.

Ambientes familiares que disponham de jogos e materiais educacionais que potencializem as habilidades cognitivas e a aprendizagem, que possuam livros e outros materiais de leitura e ainda espaços próprios para a criança estudar, fazer lição, são considerados facilitadores da aprendizagem escolar. Entretanto, ter apenas a estrutura necessária não é o suficiente se não houver os pais ou algum adulto que sirva de mediador para orientar e incentivar a criança a usufruir desse ambiente. (FERREIRA E BARRERA, 2010)

Porém, como bem observado acima, o envolvimento familiar saudável é tão importante quanto as disposições materiais. Os pais e/ou responsáveis são essencialmente figuras que representam segurança e apoio para criança e nesse aspecto, é interessante que os pais passem essa segurança e encorajamento para os pupilos, para que gere a confiança e a mesma se sinta confortável para explorar o mundo e as possibilidades, que é muito presente nessa faixa etária, o aprender explorando, se divertindo e brincando.

No grupo de crianças sem problemas de comportamento, ao contrário, observou-se um ambiente familiar mais apoiador. As interações familiares envolviam mais oportunidades de convivência entre a criança e os pais, além de suporte para enfrentamento de dificuldades cotidianas. (FERREIRA E BARRERA, 2010)

Além disso, o desenvolvimento social e emocional da criança, beneficia o seu bem-estar, visto que ela é incentivada a interagir com terceiros e desenvolve habilidades de comunicação e senso de empatia e responsabilidade os mesmos. Sem contar que ela aprende a se comunicar de forma clara e assertiva. Lidando com suas emoções de forma saudável e aprendendo a resolver conflitos de forma eficaz.

A pesquisa realizada por Ferreira e Marturano (2002), analisando a relação entre ambiente familiar e problemas de comportamento apresentados por crianças com baixo desempenho escolar, revelou que comportamentos externalizantes (hiperatividade, impulsividade, oposição, agressão, desvio e manifestações antissociais), tendem a ocorrer em contextos de adversidade ambiental. (FERREIRA E BARRERA, 2010)

Considerando a citação acima e entrando no aspecto das crianças que vivem em lares conflituosos, desestabilizados, carentes e abusivos, podemos observar diversos desafios de desenvolvimento social, emocional e intelectual. Inclusive a exposição aos ambientes familiares disfuncionais pode impactar definitivamente a vida dos infantes, causando diversos prejuízos para vida futura.

A falta de recursos econômicos e emocionais, e a exposição aos conflitos e abusos no dia a dia, faz com que a criança possa desenvolver problemas emocionais e comportamentais,

como por exemplo, ansiedade, depressão, estresse pós-traumático, transtornos de personalidade e também distúrbios alimentares.

Os resultados indicaram que o grupo de crianças com problemas de comportamento apresentou menos recursos e maior adversidade ambiental, incluindo problemas nas relações familiares, falhas parentais quanto à supervisão, monitoramento e suporte, menor investimento dos pais no desenvolvimento infantil, além de práticas punitivas e modelos adultos agressivos. (FERREIRA E BARRERA, 2010).

Além dos problemas citados anteriormente, Pacheco (2005) também acrescenta que o pupilo tem sérias chances de desenvolver problemas cognitivos, atrasos de aprendizado, falta de atenção, baixa autoestima e falta de motivação.

Ainda conforme as autoras acima podem desenvolver problemas de relacionamentos com terceiros, visto que aprendem a ter comportamentos negativos e até uma visão negativa de si mesma e de outros. Isso pode acabar ocasionando problemas de comportamento, isolamento social e inclusive dificuldades de seguir regras e limites estabelecidos pelos educadores e colegas.

Nesse aspecto Andrade e Tavares (2019) entendem que para solucionar esses conflitos, os pais em conjunto com as instituições devem promover um ambiente saudável, seguro e acolhedor para que a criança possa se sentir apoiada e confortável para conseguir explorar todo o seu desenvolvimento. Levando em conta que os educadores sejam treinados para identificar e ajudar essa criança a solucionar esses conflitos através de atividades, que melhorem a autoestima, a comunicação e o convívio escolar.

As autoras acima citadas, ainda mencionam ser essencialmente necessário a participação a família para o completo desenvolvimento na educação infantil, promovendo cuidados básicos necessários, sono de qualidade, alimentação adequada e não menos importante um ambiente familiar saudável, apoio e encorajamento.

Finalizando, a educação infantil é de extrema importância, porém temos que ter ciência de que crianças que vem de lares conflituosos e desestabilizados podem enfrentar desafios cognitivos significantes, porem em conjunto com a família, podemos transformar a escola em ambiente seguro e acolhedor para o pleno desenvolvimento do infante.

Analisados os fatores em que as famílias e ambientes sociais podem afetar e promover, sendo eles morais, sociais e inclusive educacionais, vamos aprofundar e analisar quais são os aspectos, benefícios e malefícios dessa inclusão e participação.

## **OS REFLEXOS EDUCACIONAIS DA PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA**

Analisado o aspecto da estrutura familiar e como afeta o pleno desenvolvimento da criança, precisamos citar também a importância da relação família-escola para o total aproveitamento do aprendizado.

Dos Santos Silva (2018) evidencia que quando há esse envolvimento e participação da família, estabelecendo uma relação de confiança com as instituições e educadores pode se perceber benefícios significativo no desenvolvimento cognitivo, emocional e até mesmo o social. Unindo ainda a formação de valores, hábitos saudáveis e responsabilidade social neste convívio.

Em outro aspecto, a autora reforça que, a falta de colaboração, comunicação entre estes, podem causar dificuldades de aprendizagem e problemas comportamentais. Por isso, é de suma importância que família e escola trabalhem juntos em prol da educação, estabelecendo relações de diálogo frequente e parceria.

A relação entre família e escola é algo indispensável para um bom desenvolvimento da criança em vários aspectos, já que a escola poderá saber lidar com essa criança se algum problema estiver acontecendo em casa e tiver de alguma forma atrapalhando o desempenho da criança em sala de aula e vice-versa. (SANTOS, 2020).

Analisando a questão da comunicação, se mostra essencial para estabelecer a educação no seu pleno desenvolvimento. Quando a participação efetiva, consegue se estabelecer um diálogo sobre o desenvolvimento das crianças, sobre os acontecimentos da rotina escolar, além de identificar e solucionar possíveis problemas comportamentais ou de aprendizagem.

Dessa forma, nota-se que é necessária uma parceria e boa convivência e indispensável, já que a instituição de Educação Infantil é o primeiro contato que essa criança está enfrentando com um ambiente externo socializador. Tanto a família fica apreensiva em deixar sua criança em um ambiente desconhecido, como a instituição por receber uma nova criança, pois cada vez mais cedo essas crianças estão indo para esses ambientes, creches e pré-escolas, sendo assim uma grande responsabilidade para todos. (SANTOS, 2020).

Conforme colocado acima, está parceria é mais que necessária, a comunicação faz com que ambos, instituição e família, se conheçam melhor e criem uma confiança mútua, e assim os pais consigam passar essa tranquilidade para os educandos e demonstrem essa confiança com os profissionais ali presente, gerando um ambiente mais saudável e acolhedor, fazendo com os mesmos se sintam acolhido plenamente.

[...]apesar de apresentarem obrigações diferentes, a família e a instituição educacional têm como objetivo comum o desenvolvimento infantil. (SANTOS, 2020).

Mesmo que claramente as funções sejam diferentes, não podemos esquecer que as duas tem fundamental importância, e prezam pelo mesmo objetivo. Colocado isso iremos aprofundar um pouco mais estas funções.

Essa parceria acontece não somente quando os pais ajudam nas atividades de casa, que é algo muito importante, como também quando o auxílio em questões de higiene e boas maneiras, já que é normal esse novo ambiente causar estranhamento na criança. (SANTOS, 2020).

Uma das funções essenciais da família é criar rotinas saudáveis, organizadas e incentivar a independência, sendo nas questões de higiene, alimentação, com horários regulados, fazendo com que a criança se adapte melhor ao que é proposto na instituição.

O estudo realizado mostra que o desempenho escolar foi favorecido, não somente pelos recursos materiais disponibilizados pelas famílias, mas também pelo envolvimento dos pais sob a forma de interação, compartilhamento de atividades, supervisão e organização das rotinas dos filhos. Constata-se, nesta pesquisa, o quanto o acompanhamento familiar é benéfico na vida da criança. (NAKANO, 2013)

Como colocado acima, a autora pontua que além de hábitos saudáveis e rotinas reguladas, é muito interessante que os pais contribuam e desenvolvam em conjunto com as instituições, estimulando a curiosidade, desenvolvendo o interesse pela educação e incentivando a criança a frequentar a escola ou CMEI, promover a imaginação e o interesse pela leitura, contando as histórias e ainda incluindo jogos e brincadeiras com intuito pedagógico.

[...], mas o que se conclui dos resultados é que, na visão dos professores a maioria dos pais não participa do contexto escolar do filho. Através dos resultados da primeira pergunta, os pesquisadores concluíram que os pais estão cada vez mais distanciados do acompanhamento da educação dos filhos, isso se deve às novas relações de trabalho e dos meios de produção. (NAKANO, 2013).

Como enfatiza Nakano (2013), o envolvimento da família, é muito importante que os pais tenham diálogo com os filhos também, normalmente os alunos de 3, 4 e 5 anos já conseguem expressar alguns acontecimentos e a vida escolar, dessa forma a criança se sente vista e importante, e com certeza gostam de apresentar o que realizam na instituição de ensino. Essa interação não exclui a que deve ser realizada com a escola, pelo contrário, ela complementa o ensino-aprendizagem e a afetividade.

Escola e família devem estabelecer relações de colaboração, em que a família possa agir como potencializadora do trabalho realizado pela escola, de forma a incentivar, acompanhar e auxiliar a criança em seu desenvolvimento, ao mesmo tempo em que a escola realize uma prática pedagógica que contribua na formação do ser crítico reflexivo, e que valorize a participação ativa dos pais no processo educativo, contribuindo assim, para a construção de uma sociedade transformada. (SOUZA E JOSÉ FILHO, *apud* DOURADO, 2018).

Em resumo, os autores defendem que os pais devem estar atentos ao desenvolvimento escolar dos filhos, além de participar ativamente das reuniões pedagógicas e assuntos que são pertinentes a instituição escolar e o ensino-aprendizagem. Sempre verificando como dito acima, se os direitos estão devidamente protegidos e garantidos e também cumprir adequadamente os deveres impostos pelo Estado, sempre prezando uma educação de excelência.

Finalizada a discussão sobre a importância da participação da família no processo de ensino-aprendizagem, e quais as consequências da não participação, abordaremos como podemos promover essa interação de forma proveitosa.

## **Como promover e incluir a família em tal aspecto**

Promovido o entendimento da importância, o direito e o dever da família, precisamos observar como podemos incluir de forma proveitosa e incentivadora os pais e/ou responsáveis nessa educação. Existem diversas formas que podemos promover essa participação.

Especialmente na instituição de educação infantil, não é possível falar de criança e de trabalho pedagógico sem incluir a família. O trabalho com a criança pequena só será viável se houver uma estreita relação entre a escola e a família, relação esta que precisa ser pensada pelos profissionais da educação como uma função da escola, que, por sua vez, precisa ser planejada, realizada e avaliada continuamente, com o objetivo de garantir o desenvolvimento cognitivo e o bem-estar físico, emocional, e social da criança. (MORENO, 2020)

Para Picanço (2013) a forma mais comum de comunicação que é utilizada nos dias atuais, são as informações do dia a dia, como os bilhetes na agenda, informativos na saída das aulas e dia letivo, e ainda as reuniões pedagógicas.

Silva (2016) entende que outra forma, é a comemoração de dias especiais voltados a família com interação de pais e alunos em gincanas, jogos, brincadeiras e passeios promovidos pela instituição de ensino. Uma das interações bem interessantes é a amostra pedagógica ou a exposição dos trabalhos realizados com os alunos durante o ano, o que aproxima a família e mostra a real importância do tempo que a criança passa ali com os educadores e também da participação efetiva dos pais.

Por fim, incluir as famílias no processo ensino-aprendizagem é de extrema valia e contribuição para os alunos. Destas formas acima citadas, são formas lúdicas, divertidas e inclusivas e benéficas para alunos, famílias e instituições.

Seguimos após todas as análises do processo de inclusão da família, para as considerações finais, visando reconhecer a importância e as informações obtidas através desse artigo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos perceber e analisar, a educação é amparada e regida por diversas leis, que buscam e visam proporcionar direitos e deveres para educandos, educandários e famílias. Nesse aspecto vimos que nem sempre todos esses direitos e deveres são cumpridos e preservados.

É de fundamental importância uma instituição de ensino de qualidade aliada com uma família bem estruturada e participativa desde os primeiros anos dos pupilos. Visto que refletem em toda sua vida adulta, seja ela social, emocional ou intelectual. Mas será que a maioria das pessoas tem acesso a esse mínimo garantido por lei?

Podemos afirmar que nem todos os alunos gozam dessa regalia, e nem todos os recursos são totalmente funcionais, pois algumas das atividades dependem da participação plena das famílias e principalmente o cotidiano escolar, visto que o auxílio dos pais nas atividades escolares está cada vez mais escasso e dirigidas as instituições de ensino.

Vale ressaltar que atualmente os educandários exercem de diversas formas a inclusão dos responsáveis na educação dos filhos, de formas mais lúdicas, com a intenção de preservar a relação saudável de ensino-aprendizagem.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lizbeth Oliveira de; TAVARES, Gabrieli Aparecida. O ABANDONO FAMILIAR E OS REFLEXOS NA VIDA ESCOLAR DO ALUNO. Disponível em: [http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/JB88FPaXyiWU6Xc\\_2019-3-7-8-34-19.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/JB88FPaXyiWU6Xc_2019-3-7-8-34-19.pdf)

BARTHO, Viviane Dinês de Oliveira Ribeiro. DISCURSO ASSISTENCIALISTA NA EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DISCURSIVA DA LEI DE DIRETRIZES E BASES (LDB). Revista CAMINHOS EM LINGUÍSTICA APLICADA, Volume 8, Número 1, p. 168-189, 2013. Disponível em: <http://revistas.unitau.br/ojs/index.php/caminhoslinguistica/article/view/1759/1290>

BRASIL, Constituição Federal (1988), Capítulo III- DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA, E DO DESPORTO, Art. 205 e 208. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de jul. De 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 16 de jul., 1990.

BRASIL, Lei n. 9.394, de 20 de dez. De 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 23 de dez., 1996.

Brasil, Lei n. 10.460, de 10 de jan. De 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 11 de jan., 2002.

CRAIDY, Carmem Maria; KAERCHER, Gládis E. Educação Infantil: Para que te quero? Artmed Editora, 2009. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=XB50O9zOZTQC&vq=dever+dos+pais&dq=dever+dos+pais+na+educa%C3%A7%C3%A3o+infantil+conforme+artigo+208+da+cf&lr=&hl=pt-BR&source=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.com.br/books?id=XB50O9zOZTQC&vq=dever+dos+pais&dq=dever+dos+pais+na+educa%C3%A7%C3%A3o+infantil+conforme+artigo+208+da+cf&lr=&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s)

CURY, Carlos Roberto Jamil. O DIREITO À EDUCAÇÃO: Um campo de atuação do gestor educacional na escola. Disponível em: [http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/sem\\_pedagogica/fev\\_2014/NRE/9o\\_direito\\_a\\_educacao.pdf](http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/sem_pedagogica/fev_2014/NRE/9o_direito_a_educacao.pdf)

DA SILVA, Célia Maria de Siqueira Rodrigues. Uma proposta de participação da família na escola: o lúdico como elemento de integração. Londrina, 2016. Disponível em: [http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes\\_pde/2016/2016\\_pdp\\_ped\\_uel\\_celiariamadesiqueirarodriguesdasilva.pdf](http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2016/2016_pdp_ped_uel_celiariamadesiqueirarodriguesdasilva.pdf)

DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. A Família e a Escola como contextos de desenvolvimento humano. Distrito Federal, Universidade de Brasília. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/paideia/a/dQZLxXCSTNbWg8JNGRcV9pN/?format=pdf&lang=pt>

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://fempapr.org.br/site/wp-content/uploads/2017/07/Livro-ECA.pdf>

DONDONI, Raquel. Saiba o que as escolas podem e não podem cobrar dos pais. 2019. Disponível em: <https://azzolinadvogados.com.br/escola-cobrar-pais/>

DOS SANTOS SILVA, Eliete Pereira. Escola e Família: a participação da família no processo de ensino e aprendizagem na educação infantil. Repositório de Tesis y Trabajos Finales UAA, 2019. Disponível em: <http://revistacientifica.uaa.edu.py/index.php/repositorio/article/view/661>

DOURADO, Danila Santana. A participação da família na escola de educação infantil. 2018. Disponível em: [https://bdm.unb.br/bitstream/10483/24495/1/2018\\_DanilaSantanaDourado\\_tcc.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/24495/1/2018_DanilaSantanaDourado_tcc.pdf)

FERREIRA, Susie Helena de Araújo; BARRERA, Sylvia Domingos. Ambiente familiar e aprendizagem escolar em alunos da educação infantil. São Paulo. Psico, [S. l.], v. 41, n. 4, 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/revistapsico/article/view/5686>.

FONTOURA, P. F. S.; MARANGONI, P. H.; SCARPETA, F. E.; REZENDE, K.; BRUNINI, B. C. C. B.; PRANDI, L. R. A negligência familiar e a interferência do estado por intermédio do conselho tutelar. Akrópolis Umuarama, v. 26, n. 1, p. 83-94, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://ojs.revistasunipar.com.br/index.php/akropolis/article/view/7482/3757>

LIMA, Camila Valeria Andrade de; COSTA, Érica Pereira da; RODRIGUES, Regiane Oliveira. RELAÇÃO FAMÍLIA E ESCOLA: UMA ANÁLISE SOBRE OS PRINCIPAIS IMPACTOS NO PROCESSO ENSINO-APRENDIZAGEM DA EDUCAÇÃO INFANTIL. Conedu, 2022. Disponível em: [https://editorarealize.com.br/editora/anais/conedu/2022/TRABALHO\\_\\_EV174\\_MD1\\_ID11948\\_TB935\\_04082022145055.pdf](https://editorarealize.com.br/editora/anais/conedu/2022/TRABALHO__EV174_MD1_ID11948_TB935_04082022145055.pdf).

MORENO, Gilmara Lupion. A RELAÇÃO ESCOLA-FAMÍLIA E A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO PEDAGÓGICO NA EDUCAÇÃO INFANTIL. Paraná, Londrina, 2017. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/9778/7526>

NAKANO, Joana Monteiro Zeymer. A percepção dos professores quanto a participação e ausência da família na vida escolar das crianças. 2013. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/8919>

NASCIMENTO, Lorena Batista do; CURVO, Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana. GUARDA COMPARTILHADA E AS NOVAS FAMÍLIAS: PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Goiás, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2428/1/LORENA%20BATISTA%2>

NUNES, Maria Fernanda Rezende; CORSINO, Patrícia; DIDONET, Vital. Educação infantil no Brasil. Primeira etapa da educação básica. Brasília: UNESCO, Ministério da Educação/Secretaria de Educação Básica, Fundação Orsa, 2011. Disponível em: [https://cursosextensao.usp.br/pluginfile.php/54525/mod\\_resource/content/1/Educa%C3%A7%C3%A3o%20Infantil%20no%20Brasil.pdf](https://cursosextensao.usp.br/pluginfile.php/54525/mod_resource/content/1/Educa%C3%A7%C3%A3o%20Infantil%20no%20Brasil.pdf)

OLIVEIRA, Nicollas Madeira de. Mario Sergio Cortella e o artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: reflexões sobre o dever familiar de educar. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/24360>

PACHECO, Lílian Miranda Bastos. Diagnóstico de dificuldade de aprendizagem?! Temas em psicologia, v. 13, n. 1, p. 45-51, 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5137/513751424006.pdf>

PICANÇO, Ana Luísa Bibe. A Relação entre Escola e Família: as suas implicações no processo de ensino-aprendizagem. 2012. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/2264/1/AnaPicanco.pdf>

RAMOS, Ana Catarina da Silva. A Estrutura Familiar: que reflexos nos comportamentos sociais da criança? Porto, 2016. Disponível em: [http://repositorio.esepf.pt/bitstream/20.500.11796/2288/1/Relat%c3%b3rio\\_Ana\\_Catarina\\_Ramos\\_2011068.pdf](http://repositorio.esepf.pt/bitstream/20.500.11796/2288/1/Relat%c3%b3rio_Ana_Catarina_Ramos_2011068.pdf)

SANTOS, Keisiane Leontina da Costa. A PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA NA EDUCAÇÃO INFANTIL. Bahia, Faculdade UNIRB- Feira de Santana, 2020. Disponível em: <http://dspace.unirb.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/174/TCC%20KEISIANE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. A busca pela efetividade do direito à educação: análise da atuação de uma Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do interior paulista. Educar em revista, Curitiba, nº especial 2, p. 233-250, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/JhjBkg7Pt7PGKcVsvrSQjhz/?format=pdf&lang=pt>

VARANI, Adriana; SILVA, Daiana Cristina. A relação família-escola: implicações no desempenho escolar dos alunos dos anos iniciais do ensino fundamental. R. Bras. Est. Pedag., Brasília, v. 91, n. 229, p. 511-527, dez. 2010. Disponível em: [http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2176-66812010000300004&lng=pt&nrm=iso](http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-66812010000300004&lng=pt&nrm=iso).



## **A eficácia da prisão civil na situação do devedor de alimentos**

## **The effectiveness of civil imprisonment in the situation of the food debtor**

---

**Pedro Lucas Ferreira Araújo**

*Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins.*

**Irineu Vagner Junior Valoeis**

*Mestre em Ciências Ambientais, especialista em Docência do Ensino Superior, em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho*

**Kamila Soares Leal**

*Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Exerce à Docência no Ensino Superior desde 2015*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.191.28

## RESUMO

O presente trabalho desenvolve a temática da eficácia da prisão civil na situação do devedor de alimentos. Sendo assim, pretende apresentar os elementos da obrigação de prestar alimentos, estudar a prisão civil do devedor de alimentos e analisar a eficácia da prisão civil daquele que deveria cumprir com sua obrigação alimentar. Ressalta-se que, o objetivo da pesquisa é analisar a efetividade prática da previsão do artigo 528, parágrafo 3º do Código de Processo Civil que implica na prisão civil do devedor de alimentos. Importante destacar que a escolha do tema se relaciona com a necessidade de compreender formas e métodos de transformar a prisão civil do devedor de alimentos em medidas efetivas para a concretização do pagamento dessa prestação fundamental para o auxílio dos menores, visto que eles precisam ter acesso a direitos básicos como educação, lazer, moradia, saúde nutrição adequada, dentre outros direitos. A metodologia de pesquisa se desenvolve a partir do levantamento de referências bibliográficas, principalmente livros, artigos científicos, legislações e jurisprudências. E a conclusão da pesquisa aponta que a eficácia dessa medida depende de sua utilização como última alternativa para induzir o devedor ao pagamento, entretanto a prisão civil acaba se demonstrando mais eficaz para compelir o alimentante a adimplir com sua obrigação.

**Palavras-chave:** coerção pessoal. obrigação alimentar. poder familiar.

## ABSTRACT

The present work discusses the issue of the effectiveness of civil prison in the situation of the maintenance debtor. Therefore, it intends to present the elements of the obligation to provide maintenance, study the civil prison of the maintenance debtor and analyze the civil prison that must comply with its maintenance obligation. It should be noted that the objective of the research is to analyze the practice of forecasting article 528, paragraph 3 of the Code of Civil Procedure, which implies the civil imprisonment of the food developer. It is important to highlight that the justification for choosing the topic is related to the need to understand ways and methods of transforming the civil prison of the maintenance debtor into effective measures for the payment of this fundamental provision for the aid of minors, since they need have access to basic rights such as education, leisure, housing, health and adequate nutrition, among other rights. The research methodology is developed from the survey of bibliographical references, mainly books, scientific articles, legislation and jurisprudence. The research problem is: Is the civil prison of the feeder who did not adequately pay the benefits duly provided for by law effective in Brazil? And the conclusion of the research points out that the effectiveness of this measure depends on its use as a last alternative to induce the debtor to pay.

**Keywords:** personal coercion. food obligation. family power.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolve a temática da Eficácia da Prisão Civil do devedor de alimentos, com isso tem como área de concentração o Direito Civil, especificamente o Direito de Família e busca apresentar os elementos da obrigação de prestar alimentos, estudar a prisão civil do devedor de alimentos e analisar a eficácia da prisão civil do devedor de alimentos.

Salienta-se que o Código de Processo Civil, visando assegurar que o alimentando tenha devido acesso aos alimentos através da instituição de regras específicas para cumprimento de sentença que define essa obrigação, sendo que é possível a prisão do alimentante (artigo 528 da referida legislação) ou penhora de bens (artigo 523 do mesmo diploma legal – expropriação). Ocorre que, a efetividade da prisão civil do devedor de alimentos no ordenamento jurídico brasileiro merece ser discutida, por isso importante questionar: A prisão civil do alimentante que não arcou devidamente com as prestações devidamente previstas em lei é efetiva no Brasil? Esse é o problema que se pretende responder (GOMES, 2013).

Importante destacar que o objetivo geral da pesquisa é analisar a efetividade prática da previsão do artigo 528, parágrafo 3º do Código de Processo Civil que implica na prisão civil do devedor de alimentos. Já objetivos específicos são: (1) descrever os principais elementos e aspectos relacionados com a obrigação de prestar alimentos (2) apontar quais os pressupostos da obrigação alimentar; (3) discorrer sobre a prisão civil do devedor de alimentos e (4) compreender a eficácia da prisão civil no caso do devedor de alimentos.

A justificativa para escolha do tema tem relação com a necessidade de compreender formas e métodos de transformar a prisão civil do devedor de alimentos em medidas efetivas para a concretização do pagamento dessa prestação fundamental para o auxílio dos menores, visto que eles precisam ter acesso a direitos básicos como educação, lazer, moradia, saúde nutrição adequada, dentre outros direitos. Assim, é indispensável que a prole possa receber proteção e socorro sempre que necessário, cabendo essa obrigação de maneira principal aos pais e subsidiária aos demais parentes.

No tocante a metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica com natureza qualitativa que se ocupa em desenvolver uma análise sobre a eficácia da prisão civil do devedor de alimentos através do levantamento de referências bibliográficas que tenham sido produzidas no período de 2013 a 2022, principalmente livros, artigos científicos, legislações e jurisprudências sobre o tema. Por fim, o trabalho apresenta mais 4 (quatro) capítulos, sendo eles: (1) os elementos da obrigação alimentar; (2) os pressupostos da obrigação alimentar; (3) a prisão civil do devedor de alimentos; (4) uma análise sobre a eficácia da prisão civil do devedor de alimentos, além da conclusão e das referências.

## **OS ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS**

Salienta-se que considerando a temática em desenvolvimento indispensável conceituar alimentos, dever de sustento, o direito à prestação de alimentos e suas características.

A concepção principal de alimentos relaciona-se diretamente com a alimentação, ou seja, o consumo de nutrientes decorrentes da ingestão de comida (frutas, legumes e verduras, por exemplo), no entanto o conceito jurídico dessa palavra é mais abrangente, uma vez que implica na junção de todas as prestações consideradas fundamentais para a sobrevivência do indivíduo atendendo ao mínimo existencial e sua dignidade. Assim, aquele indivíduo que não tem condições de arcar com suas necessidades pode demandar de terceiros (ex-companheiro, ex-cônjuge, familiares ou genitores) o adimplemento de uma prestação com a finalidade de promover a pacificação social e auxílio no seu sustento (GOMES, 2013).

No tocante ao dever de sustento observa-se que seus fundamentos são: o constitucional (artigo. 229 da Constituição Federal de 1988) e o infraconstitucional (artigos 1.566, inciso IV e 1.634, inciso I, ambos do Código Civil), sendo que decorre do Poder Familiar, portanto encontra justificativa nas imposições legais que são dirigidas aos pais e sua principal característica é unilateralidade, pois devem ser cumpridos dos uma das partes de maneira integral (GONÇALVES, 2019).

O dever de sustento impõe que basta o alimentando alegar que possui necessidade da prestação alimentar para que essa seja fixada, cabendo ao alimentante o ônus de provar a inexistência dessa obrigação, salvo quando se trata de alimentos para ex-cônjuge ou ex-companheiro em que será necessária a comprovação da necessidade. Além disso, considerando que o Poder Familiar conferido é aos pais em patamar de igualdade pelo Código Civil, nos termos dos artigos 1.630 a 1.638. Observa-se que ele representa um poder-dever e direito dos genitores sob os filhos menores concedendo aos genitores incumbências como criação e educação da prole; exercício da guarda unilateral ou compartilhada; possibilidade de prestar consentimento para o casamento, viagens ao exterior e para mudança de residência para município diverso; nomeação de tutor por testamento ou documento específico; representação judicial e extrajudicial, dentre outros (artigos 1.634 do Código Civil) (DIAS, 2021).

Urge salientar que, sendo o dever de sustento decorrente do Poder Familiar o seu termo será a maioridade dos filhos, fato que ocorre com o alcance dos 18 anos, momento em que os indivíduos alcançam a maioridade civil e com isso a capacidade de fato e de direito (artigo 5º do Código Civil) (MADALENO, 2022).

Por isso, quando se fala sobre a exoneração da obrigação alimentícia, interessante destacar que essa não se dá de forma espontânea, uma vez que o interessado (alimentante) deverá ajuizar a competente Ação de Exoneração de Alimentos para pleiteá-la judicialmente, nos termos da Súmula 358 do STJ que prevê:

SÚMULA 358 – O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos. (DATA DA PUBLICAÇÃO - DJe 8.9.2008)

Ocorre que, apesar de, em regra, o fim da obrigação alimentícia acontecer aos 18 anos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.198.105 – Rio de Janeiro) é consolidada no sentido de que ela poderá ser estendida até os 24 anos, caso o alimentando estejam cursando o ensino superior, não tenha condições de prover o próprio sustento e necessite da pensão para custear as despesas com o ensino (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022).

Oportuno destacar o que é obrigação alimentar. Ela decorre do princípio da solidariedade e dos vínculos de parentesco, assim se expande para ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, sendo que existe aqui a reciprocidade, ou seja, uns podem demandar dos outros. O artigo 1.694 do Código Civil disciplina a matéria:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia (BRASIL, 2002)

Salienta-se que na obrigação alimentar, os alimentos são devidos quando o demandante não possui condições financeiras de prover o próprio sustento, bem como o demandado possui capacidade econômica para fornecê-los, sem prejuízo próprio. Nesse diapasão é o que descreve o artigo 1.695 do Código Civil:

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalco do necessário ao seu sustento (BRASIL, 2002).

Outrossim, interessante destacar que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, sendo que pode ser estendido para todos os ascendentes, desde que o de grau mais próximo não possa fornecê-lo, recaindo então para o de grau mais distante e, posteriormente, para os descendentes, na falta deles para os irmãos do indivíduo que os pleiteia (artigos 1.696 e 1.697 do Código Civil). Assim, nas palavras de Flávio Tartuce (2020, p. 2.072):

Vínculo de parentesco, casamento ou união estável, inclusive homoafetiva. Em relação ao parentesco, deve ser incluída a parentalidade socioafetiva, conforme o Enunciado n. 341 do CJF/STJ (“Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”). O tema será aprofundado mais à frente, com as primeiras reflexões sobre a impactante decisão do STF sobre o tema, em repercussão geral (Informativo n. 840 da Corte). Necessidade do alimentando ou credor. Possibilidade do alimentante ou devedor. Para a verificação dessa possibilidade, poderão ser analisados os sinais exteriores de riqueza do devedor, conforme reconhece o Enunciado n. 573 do CJF/STJ, da VI Jornada de Direito Civil (2013).

Ressalta-se que, o direito à prestação de alimentos tem como fundamento “o princípio da preservação da dignidade humana (CF art. 1º, inciso III). Por isso os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física” (DIAS, 2021, p. 549).

Vale destacar que esse direito se encontra devidamente assegurado no rol dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, bem como é uma das razões pela qual o legislador constitucional optou por conceder à família especial proteção do Estado (CF/88 art. 226).

Enfatiza-se que “parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse encargo” (DIAS, 2021, p. 549).

Insta salientar que o direito à prestação de alimentos encontra respaldo nos preceitos legais, de forma que se fundamenta nas regras legais do nosso ordenamento jurídico e não na celebração de um negócio jurídico, salvo os casos de outra classe de alimentos advindos da celebração de contratos, ou de testamento ou em caso de alimentos indenizatórios.

Por último, importante evidenciar que as características do direito à prestação de alimentos, sendo elas: direito personalíssimo, solidariedade, reciprocidade, proximidade, alternatividade, periodicidade, anterioridade, atualidade, inalienabilidade, irrepetibilidade, irrenunciabilidade e transmissibilidade.

Face ao exposto, foi conceituado o instituto dos alimentos, bem como explanado sobre o dever de sustento, o direito à prestação de alimentos e suas características.

## OS PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A existência de vínculo de parentesco prevê que existe a obrigação dos pais, dos avós, dos parentes colaterais, cônjuges ou companheiros em prestar alimentos uns aos outros (reciprocidade). A obrigação dos pais, conforme já restou amplamente evidenciado, está diretamente ligada à existência do Poder Familiar, sendo que essa obrigação encontra seu critério de fixação na Constituição (artigo 229), no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 22) e no Código Civil (artigo 1.634), que definem os deveres dos pais: sustento, guarda e educação. A obrigação de prestar alimentos é uma obrigação de dar consolidada no pagamento, em regra, de uma quantia certa em dinheiro (PEREIRA, 2018).

Importante destacar que, a obrigação alimentar dos parentes é fundamentada no artigo 1.694 do Código Civil, sendo possível que parentes, cônjuges e companheiros que não tenham condições de promover o próprio sustento solicitem a fixação dos alimentos para manutenção de uma vida digna, compatível com sua vida social e as necessidades de sua educação (PEREIRA, 2018).

Salienta-se que, a ordem de demanda desse direito é da seguinte maneira: em caso de ser casado ou viver em união estável, os primeiros a ser litigados são os cônjuges ou companheiro; em relação aos parentes, será nos termos da ordem de vocação hereditária (artigo 1.829 do Código Civil), ou seja, aquelas pessoas que têm direito à herança têm direito a pensão alimentícia e, por último, os parentes por afinidade sogro (a), genro (a) e enteado (a) (RIZZARDO, 2019).

Assim, é reconhecida a possibilidade de prestação alimentar dos parentes em linha reta (ascendentes e descendentes), sendo esse vínculo infinito e em linha colateral até o quarto grau. Contudo, boa parte da doutrina acredita que apenas os parentes até o segundo grau podem ser condenados a essa obrigação (DIAS, 2021).

Os parentes por afinidade são aqueles entre os quais a relação de parentesco é derivada do casamento ou da união estável “e se estabelece entre o cônjuge ou companheiro com os ascendentes, descendentes ou irmãos do outro”. Urge destacar que eles também podem ser obrigados a conceder alimentos, sendo que serão os últimos a serem demandados, ou seja, é perfeitamente possível que um ex-companheiro, após convocados os parentes consanguíneos, não existindo parentes civis – por adoção ou socioafetividade, tenha que adimplir essa obrigação. O necessitado pode “socorrer-se dos parentes cujo vínculo permaneceu mesmo depois de solvido o elo afetivo: ex-sogro, ex-genro, ex-padrasto”. (DIAS, 2021, p. 585)

O trinômio (necessidade – proporcionalidade – possibilidade) é muito importante na fixação da obrigação alimentar. Em relação à necessidade está relacionada com o momento econômico-financeiro em que o requerente se encontra, como por exemplo: uma doença que cause uma incapacidade laboral, a menoridade ou a ausência de emprego, sendo que, serão avaliados seus gastos e o montante que precisa para sobreviver de forma digna (DIAS, 2021).

Dessa forma, a possibilidade do alimentante está diretamente relacionada à sua possibilidade de prestar auxílio ao alimentando, sem prejuízo ao seu sustento e de sua família. Dessa forma, para que seja deferida a prestação alimentícia é preciso que quem irá fornecê-la tenha condições para realizar tal obrigação, sem ser conduzido a uma situação de precariedade.

Já a proporcionalidade significa dizer que o magistrado, após avaliar a necessidade do requerente e a possibilidade do requerido, irá fixar um patamar razoável, que atenda aos anseios de ambos. Para Maria Berenice Dias (2021), o critério que mais respeitaria ao trinômio seria a vinculação da pensão em rendimentos líquidos, sendo que o reajuste do *quantum* da obrigação estaria diretamente vinculado ao aumento ou diminuição do salário do alimentando.

Face ao supramencionado, patente que para determinação de que um dos legitimados será responsável pelo adimplemento da pensão alimentícia é necessário respeitar a ordem descrita em lei e o trinômio necessidade-proporcionalidade-possibilidade.

## A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Primeiramente, ressalta-se que somente o descumprimento voluntário e sem justificativa da obrigação legalmente fixada de pagamento de alimentos pode ocasionar a prisão civil do devedor, sendo que sua incidência acontece naturalmente no ordenamento jurídico brasileiro e é socialmente aceita, sendo assim o inadimplemento de alimentos voluntários ou indenizatórios (que tenham fundamento no Direito Obrigacional) não autorizarão a prisão civil.

Nesse diapasão é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depende da análise dos acórdãos apresentados a seguir:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. ALIMENTOS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PRISÃO CIVIL. NÃO CABIMENTO. RITO EXECUTIVO PRÓPRIO. ART. 533 DO CPC/15. ORDEM CONCEDIDA. 1. A impetração de habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário somente é admitida excepcionalmente quando verificada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, hipótese dos autos. 2. Os alimentos devidos em razão da prática de ato ilícito, conforme previsão contida nos artigos 948, 950 e 951 do Código Civil, possuem natureza indenizatória, razão pela qual não se aplica o rito excepcional da prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento. 3. Ordem concedida. (BRASIL,2020)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM FAVOR DE EX-CÔNJUGE. NATUREZA INDENIZATÓRIA E/OU COMPENSATÓRIA DESSA VERBA. INADIMPLEMENTO. EXECUÇÃO PELO RITO DA PRISÃO CIVIL. DESCABIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. 1. O propósito recursal consiste em definir se o inadimplemento de obrigação alimentícia devida a ex-cônjuge, de natureza indenizatória e/ou compensatória, justifica a execução sob o rito da prisão civil preconizado no art. 528, § 3º, do CPC/2015. 2. A prisão por dívida de alimentos, por se revelar medida drástica e excepcional, só se admite quando imprescindível à subsistência do alimentando, sobretudo no tocante às verbas arbitradas com base no binômio necessidade-possibilidade, a evidenciar o caráter estritamente alimentar do débito exequendo. 3. O inadimplemento dos alimentos compensatórios (destinados à manutenção do padrão de vida do ex-cônjuge que sofreu drástica redução em razão da ruptura da sociedade conjugal) e dos alimentos que possuem por escopo a remuneração mensal do ex-cônjuge credor pelos frutos oriundos do patrimônio comum do casal administrado pelo ex-consorte devedor não enseja a execução mediante o rito da prisão positivado no art. 528, § 3º, do CPC/2015, dada a natureza indenizatória e reparatória dessas verbas, e não propriamente alimentar. 4. Na hipótese dos autos, a obrigação alimentícia foi fixada, visando indenizar a ex-esposa do recorrente pelos frutos advindos do patrimônio comum do casal, que se encontra sob a administração do ora recorrente, bem como a fim de manter o padrão de vida da alimentanda, revelando-se ilegal a prisão do recorrente/alimentante, a demandar a suspensão do decreto prisional, enquanto perdurar essa crise proveniente da pandemia causada por Covid-19, sem prejuízo de nova análise da ordem de prisão, de forma definitiva, oportunamente, após restaurada a situação normalidade. 5. Recurso ordinário em habeas corpus provido. (BRASIL, 2020).

A prisão civil é uma medida de coação pessoal, com aplicabilidade econômica e social que tem como objetivo obrigar o devedor de alimentos a adimplir sua dívida e é a única hipótese de prisão por dívida que permanece em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o STF considerou inconstitucional a prisão do depositário infiel (Súmula Vinculante 25). Sua fundamentação jurídica encontra respaldo no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988 que descreve:

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

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; (BRASIL, 1988)

O crédito alimentar, devido a sua característica diretamente relacionada com a dignidade e sobrevivência do alimentando, ganhou um forte instrumento para coação (com a finalidade de obrigar o seu pagamento), sendo possível sua execução pelo rito da prisão. A previsão constitucional ganha ainda mais força, visto que o Brasil é signatário e ratificou em 1992 as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Pacto San José da Costa Rica, que permite a prisão pela dívida de alimentos (SANCHES, 2022).

A obrigação alimentar, conforme restou evidenciado nos capítulos anteriores, tem fundamento nos artigos 1.696 do Código Civil e 229 da Constituição Federal de 1988, sendo uma obrigação complementar, subsidiária e sucessiva, devendo ser amplamente comprovada a impossibilidade dos devedores principais (pais) para sua fixação.

Em relação ao procedimento de execução de alimentos pela via de coerção pessoal, observa-se que ele é regulamentado pelo artigo 528 do Código de Processo Civil, sendo que cabe ao magistrado intimar pessoalmente o executado para no prazo de 03 (três) dias realizar o pagamento do débito em aberto, ou juntar provas de seu pagamento ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Quanto ao início desse prazo Cassio Scarpinella Bueno aponta que:

O início do prazo de três dias deve ser o da juntada, aos autos, do comprovante respectivo. São atos que, para adotar a dicção do § 3º do art. 231, dependem de “intermediação de representante judicial”. Se a hipótese for de pagamento, contudo, os três dias correm da própria intimação dirigida à parte, porque, neste caso, o ato de pagar independe daquela mesma intermediação. O que pressupõe a atuação de alguém munido de capacidade postulatória é a comprovação judicial do pagamento com as consequências dela derivadas, mas não a quitação da dívida em si mesma considerada. A distinção aqui proposta em relação ao quanto escrevi a propósito do caput do art. 523 justifica-se porque lá a intimação não é, como regra, dirigida à própria parte, diferentemente do que impõe o caput do art. 528 (BUENO, 2022, p.1.064-1.065).

Ademais, importante destacar que após a fruição do prazo de 3 (três) dias – que devem ser contados em dias úteis – e o executado optar por se manter inerte (principalmente no que se refere em realizar o pagamento ou a comprovação da existência de um fato que gerou a impossibilidade de pagamento da dívida alimentar) cabe ao juiz responsável pela causa concretizar o protesto judicial para legitimação do cumprimento de sentença (TARTUCE, 2020).

Além disso, constata-se que o dispositivo aponta que o débito alimentar que autoriza a prisão compreende até 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução, o que significar ser possível executar a partir de 1 (uma) parcela, assim como, caso o executado não apresente justificativa para o não pagamento o magistrado decretará a prisão de 1 (um) até 3 (três) meses em regime fechado, sendo que deve ficar separado dos demais presos e essa medida não impede a realização do protesto judicial citado acima (TARTUCE, 2020).

Outrossim, considerável enfatizar que o parágrafo 5º do artigo 528 do Código de Processo Civil é claro em apontar que o cumprimento da pena privativa de liberdade (prisão civil por dívida alimentar) não exige o executado de realizar o pagamento das prestações vencidas e vincendas. Com isso, os débitos que autorizam a prisão civil do devedor de alimentos são até as 3 (três) últimas parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação de execução, assim como as que forem vencendo no decorrer no processo, nos termos da Súmula 309 do STJ e do artigo 528, parágrafo 7º do CPC. Isso significa que, as demais parcelas não têm caráter alimentar e sim indenizatório, portanto, não são passíveis de execução pelo rito da prisão e sim pelo rito da expropriação (PEREIRA, 2018).

Diante do exposto, foram apresentadas as principais considerações sobre a execução de alimentos que implica na prisão civil do indivíduo devedor da obrigação de alimentos, visto que se trata de assunto fundamental para compreensão da temática em desenvolvimento.

## **UMA ANÁLISE SOBRE A EFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS**

Considerando a temática central da pesquisa notório que a prisão civil pela dívida alimentícia é uma medida excepcional, sendo que deve ser opção do alimentando nos casos em que outros meios de execução da obrigação já foram devidamente tomados, como é o caso da penhora de bens, do desconto da pensão em folha de pagamento e a penhora de rendimentos do devedor.

Nesse sentido, existe duas espécies de execução: coerção (pessoal ou patrimonial) e sub-rogação (desapossamento, transformação e expropriação – desconto, alienação, adjudicação e usufruto) responsável por obrigar o devedor a adimplir com o débito em aberto. No caso da coerção pessoal o Código de Processo Civil de 2015 apresentou dois mecanismos para pressionar o devedor ao pagamento da obrigação inadimplente, sendo eles o protesto do título judicial (artigo 517 do mencionado diploma legal) e a inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes (SPC e SERASA, artigo 782, parágrafo 2º da mesma legislação). A coação pessoal refere-se a prisão civil em razão do descumprimento da obrigação pecuniária alimentar representando uma medida extrema para a devida observância do acordo ou da determinação judicial (BUENO, 2022).

Já os meios executórios de sub-rogação relacionam-se com a esfera patrimonial do devedor, sendo que o desapossamento implica na entrega de coisa certa podendo se concretizar através da busca e apreensão se for bem móvel ou da imissão na posse se for bem imóvel. Já na transformação

Na esfera patrimonial do executado é invadida para executar obrigações de fazer fungíveis ou direitos a ela equiparados (arts. 814 a 821 do CPC). Em comparação ao regime original, o art. 817 simplificou esse procedimento. Incumbirá ao órgão judiciário, decidindo possível realizar a atividade à custa do executado, recrutar o empreiteiro. A pessoa natural ou jurídica escolhida avaliará a natureza da obra, a respectiva extensão e o curso do empreendimento, apresentando proposta ao juiz. Examinado o roteiro traçado pelo empreiteiro, e aprovando a proposta, o juiz ordenará ao exequente que antecipe as despesas (art. 817, parágrafo único). O art. 820 assegura ao exequente o direito de preferência perante o terceiro. Incidentes relevantes cercam, ademais, a certificação do cumprimento, seja qual for o agente - o autor da proposta, o credor que exerceu a preferência e o próprio executado -, conforme aponta o art. 635 do CPC/2015. Desalentadora que seja a discipli-

na, inúmeros direitos relevantes, clamando execução específica, a ela se subordinam: a extirpação de certo defeito construtivo do edifício, localizado na unidade autônoma de um condômino recalcitrante e incivil, que impede o uso regular dos equipamentos sanitários do vizinho, terminará por refluir ao figurino do art. 817 (ASSIS, 2016, p. 72)

A expropriação tem relação direta com a afetação do patrimônio do devedor para satisfazer o débito, com isso serão destinados a quantidade de bens necessários para adimplemento da obrigação através da penhora (ou desconto no caso da obrigação de alimentos), sendo que em caso de impossibilidade de se encontrar dinheiro deve-se seguir a ordem de preferência do artigo 835 do Código de Processo Civil (BUENO, 2022).

Salienta-se a expropriação é materializada através do desconto, da adjudicação, da alienação forçada e da apropriação, sendo que o primeiro um dos principais meios utilizados para assegurar o pagamento da obrigação alimentar, pois o exequente pode solicitar que o magistrado oficie a fonte pagadora e a obrigação seja descontada diretamente no salário do executando de maneira a obstar possível inadimplemento. A adjudicação é a possibilidade do exequente arrematar em hasta pública (adquirir a propriedade) do bem penhorado e levado a leilão eletrônico ou presencial; a alienação forçada ocorre quando acontece a alienação por iniciativa da parte (o exequente por sua própria ação ou por concurso de corretores credenciados) localiza pessoas interessadas em adquirir o bem penhorado; por último a apropriação consiste na exploração do uso e fruição da coisa (usufruto) para percepção de frutos e rendimentos com a finalidade de adimplir a dívida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022).

Assim, antes da imposição da prisão civil cabe ao exequente buscar a satisfação do débito de uma das maneiras mencionadas acima, sendo que as mais utilizadas são o desconto em folha (artigo 529 do Código de Processo Civil), a expropriação (artigo 528, parágrafo 8º cumulado com artigo 530 do Código de Processo Civil) e a coerção pessoal (artigo 528, caput do Código de Processo Civil) (GONÇALVES, 2019).

Com isso, a coerção pessoal (prisão civil) deve ser medida extrema, principalmente quando for possível assegurar o pagamento da obrigação por meio de patrimônio pessoa do executado, pois para garantir a eficácia da prisão é indispensável que todos os outros meios tenham sido frutados e que a dívida seja atual e de urgência, ou seja, até as 3 (três) últimas parcelas vencidas.

Nesse contexto é o que prevê a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. CREDOR DOS ALIMENTOS MAIOR, CAPAZ E COM ATIVIDADE PROFISSIONAL REMUNERADA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA COATIVA EXTREMA INADEQUADA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, é admissível, excepcionalmente, a suspensão da ordem de prisão do devedor de alimentos quando verificada a inadequação da medida coativa extrema em razão da notória ausência de atualidade e urgência dos alimentos, como na hipótese em que o credor é maior, capaz e desenvolve atividade profissional remunerada. Precedentes 2. Agravo interno desprovido. (BRASIL, 2020)

As medidas mencionadas têm o objetivo de manter a dignidade do devedor, sem impedir que o alimentante tenha acesso aos valores determinados a ele, mas considerando a razoabilidade de se tentar outras formas de cobrança, menos danosas e graves contra o alimentante.

Outrossim, tem-se que a criação do instituto da prisão civil tem como fundamento a restrição do direito à liberdade do alimentante para que ele seja coagido a se tornar regularmente adimplente com as parcelas da pensão, foi idealizada para promover a satisfação das necessi-

dades do credor e garantia da manutenção de sua qualidade de vida, isto é, concretizar o direito aos alimentos previsto na Constituição e no Código Civil (SANCHES, 2022).

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p. 2):

A prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, em face da importância do interesse em tela (subsistência do alimentando), é, em nosso entendimento, medida das mais salutares, pois a experiência nos mostra que boa parte dos réus só cumpre a sua obrigação quando ameaçada pela ordem de prisão.

Dessa maneira, constata-se que, muitas vezes o executado evita de manter bens em seu nome para que nem seja diretamente afetado por nenhuma medida da coerção patrimonial, sendo assim somente a coerção pessoal (prisão civil) seria efetiva para compelir que ele realize o pagamento dos débitos em aberto, por isso em determinados casos outros meios de execução podem ser suficientes para solução do problema e, em outros, somente a prisão será responsável pela efetivação do pagamento do débito.

Por último, interessante enfatizar que o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.882.798 – Distrito Federal entendeu que o fato de o alimentante já se encontrar preso não impede que ele exerça função remunerada, visto que a Lei de Execução Penal é clara em descreve a possibilidade em seu artigo 29, bem como pode o preso receber auxílio reclusão que poderá ser destinado ao pagamento da obrigação alimentícia. Assim é o que prevê o acórdão da referida decisão:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. MENOR. NECESSIDADE. PRESUNÇÃO. EXECUÇÃO. ALIMENTANTE. PRISÃO. CRIME. ATIVIDADE LABORAL. CAPACIDADE. DÍVIDA. OBRIGAÇÃO. ARBITRAMENTO. BINÔMIO NECESSIDADE - POSSIBILIDADE. ART. 1.694, § 1º, DO CC/2002. OBSERVÂNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.º 2 e 3/STJ). 2. A mera circunstância de o devedor de alimentos estar recolhido à prisão pela prática de crime não afasta a sua obrigação alimentar, tendo em vista a possibilidade de desempenho de atividade remunerada na prisão ou fora dela a depender do regime prisional do cumprimento da pena. 3. É imprescindível aferir a possibilidade financeira do réu preso tanto no regime prisional fechado, como no semiaberto ou aberto, em que é possível, inclusive, o trabalho externo. 4. Na espécie, o tribunal de origem, ao não acolher o pedido do recorrente, afastou de plano a obrigação por se encontrar custodiado, sem o exame específico da condição financeira do genitor, circunstância indispensável à solução da lide. 5. A mera condição de presidiário não é um alvará exoneratório da obrigação alimentar, especialmente em virtude da independência das instâncias cível e criminal. 6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2021)

Face ao supramencionado, foi demonstrado que a prisão civil por dívida alimentar deve ser usada como medida extrema após tentativas de solucionar a questão por outros meios coercitivos, principalmente se o executado tiver patrimônio para isso. Além disso, essa costuma ser a única forma pela qual o alimentante se sente suficientemente ameaçado e acaba optando por realizar um acordo (parcelando a dívida) ou realizar o pagamento do valor em aberto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho, plenamente atingido em decorrência da demonstração de que a prisão do devedor de alimentos não ser a mais indicada é a que apresenta maior efetividade, foi analisar a efetividade prática da previsão do artigo 528, parágrafo 3º do Código de Processo Civil que implica na prisão civil do devedor de alimentos, com isso pretendeu descrever os principais elementos relativos à obrigação de prestar alimentos, compreender os pressupos-

tos da obrigação alimentar, entender a prisão civil do devedor de alimentos e estudar a eficácia dessa medida.

Ressalta-se que, os alimentos sob o ponto de vista jurídico representam a obrigação de pessoas determinadas (genitores, ex-cônjuge ou ex-companheiro e alguns parentes) em auxiliar o indivíduo que não tem condições de manter sua própria subsistência sozinho, com uma prestação pecuniária que será utilizada para sua sobrevivência e custeio do seu mínimo existencial. O dever de sustento é um desdobramento do exercício do Poder Familiar, impõe a obrigação dos genitores em arcar com as despesas do menor, sem que seja necessário que ele comprove sua necessidade, pois ela é presumo. Seus fundamentos são o artigo 229 da Constituição Federal de 1988 e artigos 1.566, inciso IV e 1.634, inciso I do Código Civil.

O direito à prestação de alimentos origina-se das disposições do artigo 1.694 do Código Civil, sendo que se fundamenta no princípio da solidariedade ou na existência de vínculos de parentesco entre ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, sendo que suas características são: direito personalíssimo, solidariedade, reciprocidade, proximidade, alternatividade, periodicidade, anterioridade, atualidade, inalienabilidade, irrepetibilidade, irrenunciabilidade e transmissibilidade.

Importante destacar que os pressupostos da obrigação alimentar são a existência de vínculo de parentesco existindo reciprocidade e solidariedade entre eles; no caso dos genitores é decorrente do Poder Familiar; respeita o trinômio necessidade (comprovada para ex-cônjuge, ex-companheiro e parentes, pois dos menores em relação aos seus pais é presumida), proporcionalidade (de acordo com a necessidade de quem pede e a possibilidade de quem foi demandado) e possibilidade (quanto pode fornecer de auxílio sem afetar sua subsistência e de sua família).

Salienta-se que a prisão civil do devedor de alimentos ocorre quando o alimentante deixa de cumprir com sua obrigação legal de maneira voluntária ou sem uma justificativa, sendo que representa uma medida de execução de coação pessoal que tem como finalidade compelir o devedor a adimplir com o pagamento da dívida alimentar considerada fundamental para o solicitante. Seus fundamentos encontram-se nos artigos 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988, no Pacto São José da Costa Rica e no artigo 528 do Código de Processo Civil, de forma que as últimas 3 (três) parceladas vencidas que autorizam a cobrança através da prisão civil que pode ser deferida de 1 (um) a 3 (três) meses.

Por fim, conclui-se que, no tocante a eficácia dessa medida constata-se que apesar de não ser recomendado, visto que a execução deve ser promovida da maneira menos gravosa para o executado, acaba se mostrando a mais eficaz para compelir o pagamento da obrigação alimentar, pois muitas vezes somente com a prisão é que o alimentante resolve adimplir as parcelas. Com isso, ela deve ser empregada como última tentativa de obrigar o executado a realizar o pagamento do débito alimentar, visto que o Código de Processo Civil é claro em dar preferência para o pagamento em dinheiro e expropriação de bens, entretanto o executado costuma optar por esse meio, pois em diversos casos se demonstra mais eficiente para causar desconforto no executado e compeli-lo ao pagamento da dívida por meio da restrição do direito à liberdade.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Da execução de alimentos e prisão do devedor – 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso em Habeas Corpus nº 117.996. Recurso Em Habeas Corpus. Prisão Civil. Prestação Alimentícia Fixada Em Favor De Ex-Cônjuge. Natureza Indenizatória E/Ou Compensatória Dessa Verba. Inadimplemento. Execução Pelo Rito Da Prisão Civil. Descabimento. Concessão Da Ordem Que Se Impõe. Recurso Provido. Recorrente: M L T DA L. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 02 de junho de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201902783310&dt\\_publicacao=08/06/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902783310&dt_publicacao=08/06/2020). Acesso 07 de Março de 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial nº 1.882.798. Direito De Família. Alimentos. Menor. Necessidade. Presunção. Execução. Alimentante. Prisão. Crime. Atividade Laboral. Capacidade. Dívida. Obrigação. Arbitramento. Binômio Necessidade - Possibilidade. Art. 1.694, § 1º, Do Cc/2002. Observância. Recorrente: G S DA S. Recorrido: A S DAS S. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 10 de agosto de 2021. Disponível em: <https://adfas.org.br/wp-content/uploads/2021/09/RESP-1882798-2021-08-17.pdf>. Acesso dia 05 de março de 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Agravo Interno no Habeas Corpus nº 505348. Civil. Processual Civil. Agravo Interno No Habeas Corpus. Credor Dos Alimentos Maior, Capaz E Com Atividade Profissional Remunerada. Prisão Civil Do Devedor. Impossibilidade. Medida Coativa Extrema Inadequada. Agravante: C B S. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: J F S. 07 de Dezembro de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901118847&dt\\_publicacao=11/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901118847&dt_publicacao=11/12/2020). Acesso dia 06 de março de 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Habeas Corpus nº 523.357. Habeas Corpus. Substitutivo De Recurso Ordinário. Admissibilidade Em Hipóteses Excepcionais. Alimentos Decorrentes De Ato Ilícito. Natureza Indenizatória. Prisão Civil. Não Cabimento. Rito Executivo Próprio. Art. 533 Do Cpc/15. Ordem Concedida. Impetrante: Carlos Eduardo Rose e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Paciente: D D M. 01 de Setembro de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201902171370&dt\\_publicacao=16/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902171370&dt_publicacao=16/10/2020). Acesso dia 07 de março de 2023.

BRASIL. Código Civil. Lei N.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum RT/ obra de autoria da Editora Revista dos Tribunais RT. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais RT, 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil. Vade Mecum RT/ obra de autoria da Editora Revista dos Tribunais RT. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais RT, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 358, O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça [2008], disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2233/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2233/Sumulas_e_enunciados), acesso em 04 de Março de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum RT/ obra de autoria da Editora Revista dos Tribunais RT. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais RT, 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. - 8. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias - 14. ed. rev. ampl. E atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil: volume único. 6. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 16. ed. — São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. — 4. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil: direito de família — 26. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Direitos de Família. — 10. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANCHEZ, Júlio Cesar. Direito de família de A-Z: teoria e prática. — Leme-SP: Mizuno, 2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. — 10. ed. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.



# A influência do cristianismo na obra de Justiniano

---

Mayara de Lima Reis

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.29

## RESUMO

O texto contido no *Corpus Iuris Civilis* não é apenas resultado da expansão política de Roma, do desenvolvimento de seu comércio e vida social, bastante influenciada pelo contato com a cultura e a civilização helênicas. A obra também encerra ideais que representam a identidade desse novo período da vida romana. O presente trabalho visa demonstrar como os valores trazidos pela ética cristã são inerentes à sua formação.

**Palavras-chave:** *Corpus Iuris Civilis*. cristianismo. boa-fé.

## ABSTRACT

The *Corpus Iuris Civilis* text is not just a consequence of Rome's political expansion, the development of its commerce and social life, greatly influenced by the Hellenic culture and civilization. The *Corpus* also contains ideals that represent the identity of this new period of Roman life. The present study aims to demonstrate how the new values brought by Christian ethics are inherent to its formation.

**Palavras-chave:** *Corpus Iuris Civilis*. christianity. fides.

## INTRODUÇÃO

Para S. Riccobono<sup>1</sup>, Roma criou duas vezes o direito: Na primeira vez, um direito bastante rudimentar, formal e rigoroso, materializado pela lei das XII Tábuas, e, na segunda, um direito com características universais cujas regras, desenvolvidas após as Guerras Púnicas, perduram hodiernamente<sup>2</sup>.

Ainda para o autor, tais momentos tão diferentes encontrariam justamente na codificação de Justiniano o ponto médio da vida do direito romano. Isso porque sua obra representa o ápice de aperfeiçoamento do direito tosco e primitivo característico do *ius civile*.

O texto contido no *Corpus Iuris Civilis* não é apenas resultado da expansão política de Roma, do desenvolvimento de seu comércio e vida social, bastante influenciada pelo contato com a cultura e a civilização helênicas<sup>3</sup>. A obra também encerra ideais que representam a identidade desse novo período da vida romana. E os valores trazidos pela ética cristã, como se verificará, são inerentes à sua formação.

---

<sup>1</sup> Roma, madre delle leggi, 1954, trad. esp. de J.J. Santa-Pinter, Roma madre de las leyes, 1ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 1-2.

<sup>2</sup> A idéia, de que o direito romano contaria hoje com aproximadamente 28 séculos é bastante minoritária; embora inegável o legado dos romanos à posterioridade, é bastante aceito entre os romanistas o fato de que o arco temporal a que corresponde o direito romano compreende o período que vai da fundação lendária de Roma até a morte de Justiniano, em 565 – cf., entre outros, A. Burdese, Manuale di diritto privato romano, 4ª ed., Torino, UTET, 1993, pp. 3-4.

<sup>3</sup> Notadamente o estoicismo – cf., a propósito, Alexandre Corrêa, O estoicismo no direito romano, Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1950, pp. 7-119.

## A CODIFICAÇÃO DE JUSTINIANO

“Cesare fui e son Giustiniano,  
che, per voler del primo amor ch’i sento,  
d’entro le leggi trassi il troppo e ’l vano”<sup>4</sup>

A codificação de Justiniano não pode ser vista como algo pontual, mas como resultado de movimentos precedentes de sistematização de regras jurídicas<sup>5</sup>. Erro grave, inclusive, é aprofundar seu estudo sem que se considere o conteúdo trazido pelo código Teodosiano<sup>6</sup>, de que refletiu mesma base ideológica autoritária, burocrática e cristã<sup>7</sup>, marcada, sobretudo, pela busca da associação entre *leges* e *iura*<sup>8</sup>.

Em relação a este último elemento, sua compilação teve caráter dúplice.

De um lado, o *Codex*<sup>9</sup> materializou a recolha de *leges* contidas nos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, integrando-as com as constituições posteriores<sup>10</sup>.

De outro, as compilações de *iura* foram reunidas nos *Digesta*<sup>11</sup>, também denominados *Pandectae*. Ali, conviviam o pensamento jurídico dos antigos com a necessária adaptação a mudanças supervenientes<sup>12</sup>.

As comissões encarregadas de preparar as várias partes da compilação receberam a ordem<sup>13</sup> de operar todas as modificações necessárias a acrescentar os textos jurisprudenciais e

4 Dante Alighieri, *La divina commedia – Paradiso*, trad. port. de Italo Eugenio Mauro, *A Divina Comédia – Paraíso*, 1ª ed. (bilingue), São Paulo, 34, 2008, canto VI, v. 10-12, p. 61.

5 A tendência às compilações de *leges* e *iura*, de fato, data de período mais remoto e sua importância não pode ser esquecida. Afinal, muitas delas serviram de base à obra de Justiniano e justificaram a velocidade com que essa pôde ser concluída. Dentre tais compilações, vale mencionar o *Edictum Theodorici*, a *lex Romana Visigothorum* e a *lex Romana Burgundionum*, cujo conteúdo se limitava às *leges*, além dos *Vaticana Fragmenta* e a *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, os quais também continham obras de juristas - cf. S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, 1ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1999, p. 15.

6 O Código Teodosiano foi mandado elaborar por Teodósio II, que, a princípio, tinha ambição mais ampla, pois desejava fazer uma compilação de *leges* e *iura*. Em outras palavras, foi reconhecida a imprescindibilidade de que se estabelecesse um diálogo entre a atividade normativa dos imperadores e a interpretação criativa da jurisprudência. Ocorre que, pela inexistência de juristas com qualidade técnica à altura da empreitada, o trabalho foi reduzido à mera compilação de constituições imperiais, a partir de Constantino - cf. G. G. Archi, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1976, pp. 28-31.

Vale notar que, na mencionada compilação, já se verificava também a preocupação do legislador de que toda contradição fosse eliminada - cf. C. Th. 1, 1, 5; devendo o texto normativo ser apresentado de forma clara - cf. C. Th. 1, 1, 6, pr-1.

7 Cf. F. De Marini Avonzo, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Padova, CEDAM, 1999, p. 335.

8 A prova de que a diferenciação entre *leges* e *iura* era feita já no período clássico nos é trazida em *Summa 3* - cf. S. Schipani, *La codificazione cit.* (nt. 6 supra), p. 22.

9 É interessante notar que Justiniano designa como “codex” não apenas o *Codex Iustinianus*, mas também os *Digesta* (C. *Deo auctore* 6, 8, 12, 14, 14; C. *Tanta* 15), as *Instituições* (C. *Tanta* 23), ou mesmo o conjunto da obra (C. *Deo auctore* 11) - cf. S. Schipani, *La codificazione cit.* (nt. 6 supra), p. 16.

10 No ano imediatamente seguinte à ascensão de Justiniano ao trono, foi nomeada uma comissão presidida por Triboniano para compilar as constituições imperiais vigentes. Em 529, foi promulgado o *Novus Iustinianus Codex*. Ocorre que, após a elaboração do *Digesto*, a atualização da compilação de *leges* se tornou necessária. Em 28 de dezembro de 534, a nova edição do Código - que hoje conhecemos - entrou em vigor. De sua primeira edição, apenas possuímos breve fragmento do índice, constante de papiro encontrado no Egito, no início do século XX, cf. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1990, pp. 5-6.

11 É interessante notar que, para o término desse projeto grandioso, previu Justiniano o prazo mínimo de dez anos. No entanto, a pequena comissão, formada predominantemente por professores de direito e advogados, e presidida por Triboniano, não necessitou de mais de três anos para a conclusão do trabalho - cf. F. De Marini Avonzo, *Lezioni cit.* (nt. 8 supra), p. 322.

12 F. De Marini Avonzo ressalta ainda que uma breve análise dedicada à compilação revela que, enquanto na composição do *Codex*, e depois das *Novelas*, é bastante evidente a preocupação com a solução de controvérsias e com a introdução de reformas estruturais na administração, o *Digesto* encerra caracteres de obra científica, produzida para conservar materiais interessantes do ponto de vista histórico. Tal diferenciação seria, inclusive, declarada pelo próprio Justiniano em (C. *Deo auctore* 1-2; c. *Tanta* 1) - cf. *Lezioni cit.* (nt. 8 supra), pp. 335-336.

13 Na obra, contudo, Justiniano ressalva a necessidade de que não sejam feitas alterações substanciais ou comentários críticos pelos compiladores (C. *Deo auctore* 4-5; C. *Tanta* 10), a fim de evitar prejuízos à posterior atividade de interpretação (C. *Deo auctore* 12).

legislativos precedentes, e a atribuir-lhes o valor de leis atuais<sup>14</sup>.

Essas modificações são as denominadas “interpolações”<sup>15</sup>, cuja análise crítica, como seria óbvio imaginar, é fundamental ao trabalho daqueles que se propõe à reconstrução do ordenamento romano<sup>16</sup>.

Em período anterior à promulgação do Digesto, então já terminado, Justiniano determinou que fosse organizado um manual escolar que servisse aos estudantes como introdução às regras trazidas nos *iura*. Em 533, entram em vigor as *Institutiones*<sup>17</sup>.

As Institutas, o Digesto e o *Codex* foram compilações feitas por ordem de Justiniano. No entanto, depois de elaboradas, Justiniano introduziu algumas modificações na legislação mediante constituições imperiais. Assim surgiram as *Novellae constitutiones*<sup>18</sup>.

A obra legislativa de Justiniano, hoje universalmente designada como *Corpus Iuris Civilis*<sup>19</sup>, por conseguinte, consta de quatro partes: Institutas, Digesto, *Codex* e Novelas<sup>20</sup>.

A aplicação da obra, no entanto, era, já nos tempos de Justiniano, bastante dificultosa. Isso se deve, sobretudo, à sua vastidão: Encerrados os trabalhos, o *Corpus Iuris Civilis* continha por 04 livros de Institutas, com 98 títulos, 50 livros do Digesto, com 408 títulos e 150 mil versos, e, finalmente, por 12 livros do *Codex* com 775 títulos e 4.700 constituições imperiais<sup>21</sup>.

De qualquer modo, seu conteúdo conserva grande importância. O feito de Justiniano não apenas conclui a notável evolução jurídica romana, como também marca também o fim do mundo antigo.

Não obstante a queda de Rômulo Augusto, marco do fim do império de Roma, é apenas a obra de Justiniano que efetivamente separa o mundo antigo do medieval, na medida em que carrega elementos vitais de toda a civilização greco-romana<sup>22</sup>.

14 Daí S. Riccobono ter afirmado que a codificação representa o morto e o vivo, fusionados em unidade, como código – cf. *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, p. 7.

15 V. Arangio-Ruiz, atenta ao fato de que outras alterações também sofreram as constituições introduzidas no segundo *Codex*, e não apenas as mais antigas, presentes na primeira edição – cf. *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 2006, p. 6.

16 P. Finetti, a propósito, destaca que o estudo das interpolações só foi, de fato, iniciado na Renascença, quando juristas da Escola Culta, como Cujácio e Antônio Favre, procuraram restaurar o direito clássico romano com a identificação das substituições, supressões e acréscimos introduzidos nos textos que integram o *Corpus Iuris Civilis* – cf. *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris Giustiniano*, Milano, Cisalpino-Gollardica, 1953, pp. 37-39.

17 Cf. V. Arangio-Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1998, pp. 390-391.

18 A morte do imperador, todavia, impossibilitou a realização de seu intento, posteriormente concluído por obra de particulares – cf. W. Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, trad. por Juan Miquel, *Historia del Derecho Romano*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1970, p. 189.

19 A denominação só foi conhecida anos mais tarde, em 1538, por obra do romanista francês Dionísio Godofredo, em 1538 – cf. A. Burdese, *Manuale cit. (nt. 3 supra)*, p. 6.

20 A melhor edição do *Corpus Iuris Civilis* é a devida aos alemães Mommsen, Kruger, Schoell e Kroll, autores de *Corpus Iuris Civilis*, Berlin, Weidmann, 1905, 1906, 1904 (há reimpressão de 1954).

21 Convém destacar que o *Corpus Iuris Civilis*, ainda que tenha grande prestígio como uma coleção jurídica, era absolutamente defeituosa e inapta para a função de um código, sobretudo por suas inúmeras contradições – o que era praticamente inevitável em uma obra tão vasta e formada quase inteiramente de textos antigos. De fato, os evidentes respeito e veneração, de Justiniano pelos grandes juristas da Roma clássica e seu intento de levar à posterioridade obras que refletissem a identidade romana, não lhe permitiram, realizar cortes mais profundos e uma simplificação mais decidida na obra – cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, pp. 6-7.

22 Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, p. 7.

## **FIDES, BONUM ET AEQUUM**

*“Ius est ars boni et aequi”*<sup>23</sup>

Ainda em período clássico, quando sequer se cogitava a ascensão da religião cristã, verifica-se o papel fundamental exercido por alguns elementos no processo de humanização das regras consuetudinárias do antigo *ius civile*<sup>24</sup>, codificado e integrado pela lei das XII Tábuas e sucessivas leis particulares.

Como lembra L. Capogrossi Colognesi<sup>25</sup>, impossível seria deixar de imaginar que as grandes transformações econômico-sociais de Roma deixariam de ser *refletirnas* instituições jurídicas.

De fato, a partir da segunda metade do século IV a.C.<sup>26</sup>, a ação do *praetor* leva a uma nova experiência processual, com importantes reflexos sobre as normas de direito substancial.

A ascensão do *ius gentium*<sup>27</sup> após as guerras púnicas, representou a evolução do direito novo, que, já na época de Cícero, superou e absorveu o rigoroso direito originário<sup>28</sup>. Aliás, o próprio Justiniano, em sua codificação, acolheu o direito em sua última fase de desenvolvimento, despreocupando-se com o direito quiritário e seu formalismo arcaico.

Nesse diapasão, vale tecer alguns comentários sobre a *fides*, que constitui o fundamento dessa nova mentalidade.

Como afirma F. Schulz, a *fides* era definida na Antiguidade como a existência de palavra dada (*fit quod dicitur*), uma das facetas da *constantia* (invariabilidade), que na visão dos romanos perfaria a virtude central do homem<sup>29</sup>.

E as fontes literárias parecem confirmar tal relação, tão cara aos romanos, entre a noção em tela e a manutenção da palavra dada<sup>30</sup>. Assim, e.g., a *fides* é apresentada por Cícero como a fundação da *iustitia*, que demandava a verdade e a fidelidade a promessas e acordos<sup>31</sup>.

É curioso notar que a responsabilidade em relação ao vínculo era tão séria, que o mesmo Cícero afirma que a verdade e a fidelidade a promessas, bem como a acordos e juramentos, deveria ser observada ainda quando extraída com o uso de violência<sup>32</sup>. Posteriormente, deixou a *fides* de ser mera lealdade ao acordado para converter-se em um modo geral de comportamento, seja este ético, moral ou jurídico<sup>33</sup>.

<sup>23</sup> Cf. D. 1, 1, 1.

<sup>24</sup> O *ius civile* é considerado o direito eminentemente “familiar” e o *paterfamilias*, grande protagonista do Direito privado – cf. J. Iglesias, *Las fuentes del Derecho romano*, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1989, pp. 16; 32.

<sup>25</sup> *Tamanha era a importância da família na constituição das instituições romanas, que a importância do estudo do ius publicum em relação ao ius privatum é bastante diminuta, sendo aquele menos frequentemente objeto de estudo entre romanistas. Ainda hoje, inclusive, o nome do ius civile, que na idade média indicou o direito romano como contraposto ao direito canônico, sobrevive como sinônimo de direito privado, apenas – cf. V. Arangio-Ruiz, Istituzioni cit. (nt. 16 supra), pp. 8-9.*

<sup>26</sup> Cf. L. Capogrossi Colognesi, *Lezioni cit. (nt. 26 supra)*, p. 154.

<sup>27</sup> Gaio define o *ius gentium* como o direito que é observado igualmente por todos os povos, e Paulo revela sua essência dizendo que é sempre *bonum et aequum*. Seus princípios e normas derivam da razão natural, como um produto espontâneo da vida e universal – cf. Schipani, *La codificazione cit. (nt. 6 supra)*, p. 18.

<sup>28</sup> Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, p. 29.

<sup>29</sup> Cf. *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, trad. it. de V. Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, 1ª ed., Firenze, Sansoni, 1946, pp. 193-194.

<sup>30</sup> Cf. D. Nörr, “Fides” im römischen Völkerrecht, 1931, trad. esp. de R. Domingo, *La fides em el derecho internacional romano*, 1ª ed., Madrid, Fundacion Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvares, 1996, p. 18.

<sup>31</sup> Cf. *De off. 1, 7, 23*.

<sup>32</sup> Cf. *De off. 3, 30, 110*.

<sup>33</sup> Cf. D. Nörr, “Fides” cit. (nt. 31 supra), p. 16.

Mais do que isso, também seria ela a base da *bona fides*, princípio jurídico que somente em um momento posterior seria introduzido no direito romano, por obra dos pretores.

Essa noção jurídica possibilitava a mensuração de manifestações de regularidade nas condutas, de modo a tornar previsíveis as soluções para conflitos futuros, permitindo que, a fim de se obter um equilíbrio nas relações jurídicas, se tratasse o igual por igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da variação capaz de suscitar consenso na comunidade<sup>34</sup>.

Tratar-se-ia, portanto, do dever genérico de comportar-se com retidão nas relações jurídicas, que poderia ser reportado aos ideais da *fides*, notadamente em relação ao respeito à palavra dada, com o qual mantinha uma conexão bastante estreita. Dessa forma, possibilitava-se a prevalência de simples acordos sobre outros valores, essencialmente formais<sup>35</sup>.

Conforme P. Bonfante, resta claro que nas diversas relações jurídicas o comportamento de lisura e lealdade, compreendido na boa-fé objetiva romana, deve se referir a um objeto determinado e diverso. O dever abstrato e geral de conduta conforme o homem médio deve, em cada relação, explicar-se em algum dever concreto e particular.

Assim, a noção do que deve ser compreendido como *bona fides* em cada situação seria mesurada em relação às particularidades e expectativas da sociedade, e remetida em sua extensão à apreciação do juiz, o qual teria por tarefa interpretar tal noção e aplicá-la ao caso concreto<sup>36</sup>.

Sinônimo da *fides* é o binômio *bonum et aequum*<sup>37</sup>, pois estes termos tem um elemento comum: A *veritas*, a realidade da fática, em contraposição ao *ius*.

As noções de *aequitas*, *aequum* se identificam com a sabedoria comum, com o conjunto de instintos morais e intelectuais comuns a um povo, em uma determinada época, que deve ser observado como regra jurídica<sup>38</sup>.

Desse modo, a alegada superioridade do *ius gentium* não apenas carece de formas, mas se manifesta como um produto espontâneo da natureza e, sobretudo, da consciência do povo romano.

Não é de se espantar, portanto, que, diante dessa nova realidade, as formas solenes das *legis actiones* chegaram a ser odiadas por Gaio<sup>39</sup>.

Ademais, com o advento da *lex Aebutia*, pôde pretor urbano exercer mais livremente sua seu poder de *imperium*<sup>40</sup>. A partir de então, *fides* e *aequitas* tornam-se diretivas fundamentais também na jurisdição do pretor urbano, a exemplo do que já ocorria com o pretor peregrino.

Consequentemente, há uma nivelção cada vez mais íntima na administração da justiça entre *ius civile* e *ius gentium*: As exigências práticas levam ao predomínio da boa-fé, da equidade, da verdade e da utilidade nas relações jurídicas.

34 Cf. A. M. R. Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 18.

35 Cf. M. Talamanca, *La "bona fides" nei giuristi romano – "Leerformel" e valori dell'ordenamento*, in L. Garofalo (org.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, v. 2, Padova, CEDAM, 2003, p. 46.

36 Cf. *Essenza della "bona fides" e suo rapporto colla teoria dell'errore*, in *Scritti Giuridici Varii*, v. 2, Torino, Unione Tipografico, 1916, pp. 718-719.

37 Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, p. 61.

38 Cf. J. Iglesias, *Las fuentes cit. (nt. 25 supra)*, p. 57.

39 4,30.

40 Cf. J. Iglesias, *Las fuentes cit. (nt. 25 supra)*, p. 73.

Tanto que, no século II, Celso cria a famosa definição *ius est ars boni et aequi*, ou seja, a definição de direito necessariamente passa pelas ideias do que é bom e equitativo. Essa definição foi inserida colocada por Justiniano como epígrafe de seu Digesto<sup>41</sup>.

Assim, *fides, bonum et aequum*, como se demonstrou, foram cruciais no processo de desestruturação do direito arcaico, ao traçarem as linhas do direito equitativo<sup>42</sup>.

## A INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO NO *CORPUS IURIS CIVILIS*

*“Tosto che con la Chiesa mossi i piedi,  
a Dio per grazia piacque di spirarmi  
l’alto lavoro, e tutto in lui mi diedi”<sup>43</sup>*

O edito de Milão, de 313, pelo qual Constantino permitiu aos cristãos a livre manifestação de sua fé, e o edito de Tessalônica, de 380, em que Teodósio I instaura o império cristão-católico, podem ser considerados acontecimentos bastante notáveis também para a história jurídica de Roma<sup>44</sup>.

Com o espírito cristão, que há três séculos vinha se difundindo na sociedade romana, vieram significativas mudanças: A universalidade e a espiritualidade passam a ser forças construtivas de um novo direito. São os valores que guiam Justiniano na empreitada que, mais do que árdua, parecia impossível<sup>45</sup>.

Como afirma, B. Biondi<sup>46</sup>, romantismo e cristianismo são duas grandes forças espirituais, que, partindo de construções diversas, em um determinado momento histórico se confundem e passam a seguir mesma direção, confluindo para o fim da sociedade antiga<sup>47</sup>.

Não à toa, aquele que se depara com a legislação pós-clássica, ainda que de modo sumário, confrontando-a com a precedente, tem mesmo a impressão de ingressar em um mundo diverso.

À medida que o cristianismo ascendia, os códigos romanos iam admitindo novas leis, já não por subterfúgios, mas abertamente e sem hesitações. Tanto que na codificação de Justiniano, em uma passagem de Papiniano, foi inserida a máxima de “a religião prevalece sobre o direito”<sup>48</sup>.

A obra de regeneração do direito, anunciada pela filosofia estoica<sup>49</sup>, continuada pelos nobres esforços dos juristas romanos, e esboçada pelos artifícios da jurisdição pretoriana, só pôde ter completo êxito quando conseguiu a independência que a nova religião lhe oferecia.

41 Cf. D. 1, 1, 1.

42 Importa notar que também a filosofia estócia, por influência dos gregos, teve significativa relevância no dado período. A. Correa, contudo, ressalva, que, em relação ao ordenamento jurídico, a persistência das formas antigas acabaram diluindo a inspiração estrangeira de certas idéias do pensamento jurídico, tomando sua individualização bastante dificultosa, senão impossível – cf. Alexandre Corrêa, *O estoicismo cit. (nt. 4 supra)*, pp. 11-12.

43 Cf. Dante Alighieri, *La divina commedia cit. (nt. 4 supra)*, canto VI, v. 22-24, p. 61.

44 Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, p. 68.

45 Cf. C. *Deo auctore* 2

46 *Il diritto romano cristiano – Orientamento religioso della legislazione*, v.1, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1952, pp. 28-29.

47 Cf. F. des Coulanges, *La cité antique*, 3ª ed., Paris, L. Hachette, 1870, p. 472.

48 Cf. D. 11, 7, 43.

49 Cf. nota 43.

Extintos os *penates* domésticos e deuses *lares*<sup>50</sup>, a antiga constituição da família não mais se justificava. Tampouco as regras que de sua organização derivavam.

Na obra de Justiniano, são misturadas todas as forças espirituais, antigas e novas, do mencionado romanismo e do novo cristianismo: *Fides, pietas, humanitas, bonum et aequum*, são aglutinadas para constituir uma nova gama de princípios, para formar uma nova consciência comum.

Por outro lado, os elementos formais de direito perdem força em detrimento daqueles considerados substanciais, como o comportamento honesto, a verdade, a realidade da vida, a fraternidade entre todos os homens, a caridade e a ajuda mútua que combate todo egoísmo<sup>51</sup>.

Nesse sentido, trazemos um rol exemplificativo de mudanças trazidas por essa nova corrente de ideias.

Naturalmente, foi no campo familiar que a influência cristã sentiu-se de maneira mais imediata e profunda<sup>52</sup>. Para começar, Justiniano aboliu a *agnatio*<sup>53</sup>, sendo o parentesco cognatício, portanto, o único a produzir efeitos jurídicos. Com isso, todo o direito de família é renovado. Abolido o direito do chefe de família sobre a vida e a morte de seus dependentes, a *patria potestas* assume um caráter meramente protetor<sup>54</sup>.

O conceito de matrimônio se eleva, reconhecido como a união sagrada por Deus, essencialmente como um *consortium omnis vitae*<sup>55</sup>. A partir de então, a Igreja impôs o consentimento da esposa como essencial<sup>56</sup>.

Na codificação de Justiniano o divórcio é energeticamente rechaçado; o começo da oposição foi com Constantino<sup>57</sup>. As Novelas trazem a regra de que quando um dos cônjuges se divorcia do outro sem *iusta causa*, ou quando dá *iusta causa* para que o outro o repudie, é ele punido com penas pecuniárias<sup>58</sup> e corporais<sup>59</sup>. Estas regras, vale salientar, são válidas tanto para homens quanto para mulheres.

A legislação cristã também interveio a favor dos filhos nascidos do concubinato (filhos naturais), acordando-lhes certo direito de sucessão e introduzindo o novo instituto da legitimação<sup>60</sup>.

Também o *status libertatis* sofreu influências. A Igreja reconheceu o matrimônio dos escravos cristãos<sup>61</sup>, afirmando, inclusive, ser mais recomendado que os padres casassem suas

50 Cf. a propósito, F. des Coulanges, *La cité antique cit. (nt. 48 supra)*, pp. 3-498.

51 Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, p. 34.

52 Cf., entre outros, R. T. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains, 1ª ed., Paris, C. Hingray, 1841*, p. 21.

53 Cf. Nov. 118.

54 Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, p. 15.

55 Cf. D. 23, 2, 1. Outra famosa definição pós-clássica também pode ser encontrada em *Inst. 1, 9, 1*.

56 Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, pp. 21-22.

57 Em C. Th. 3, 16, 1, Constantino admitiu que o marido ou a mulher pudessem repudiar o outro cônjuge diante de determinadas situações. Assim, ad. es., no caso de a mulher ser declarada culpada por adultério ou por envenenamento. Caso se verificasse o repúdio sem a existência de uma das causas admitidas, o cônjuge que repudiara o outro sofria sanções: se o marido, era ele obrigado a restituir o dote e a não contrair segundas núpcias; se a mulher, perdia ela, em favor do esposo, o dote e as doações nupciais, além de sofrer a pena de deportação. A essa constituição imperial seguiram-se outras de conteúdo semelhante, cf. ad es., C. Th. 3,16,2; Nov. Th. 12.

58 Cf. Nov. 117, 127 e 134.

59 Cf. Nov. 134.

60 Cf. C. Th. 4, 6, 7 e 8; C. 5, 27, 6.

61 Cf. C. Th., 2, 25, 1.

filhas com escravos cristãos ao invés de livres pagãos<sup>62</sup>.

Isso quer dizer que a família natural dos escravos era reconhecida e protegida pela piedade cristã. É notável que nos Digestos se denomine a escrava como *uxor*, isto é, esposa<sup>63</sup>. A partir de Constantino se proíbe que o patrão possa separar o escravo da esposa e os filhos, seja pela venda ou por outro meio, porque seria desumano<sup>64</sup>.

As manumissões, grandemente favorecidas (*favor libertatis*), podem agora ser efetuadas na Igreja, diante dos bispos e fiéis<sup>65</sup>. Além de o escravo poder ser libertado pela manumissão, podia sê-lo, também, por disposição de lei, quando preenchesse os requisitos nela estabelecidos. Assim, *ad. es.*, tornava-se livre o escravo cristão que fosse adquirido por pagão, judeu, ou qualquer pessoa não ortodoxa<sup>66</sup>.

Também os maus tratos foram castigados<sup>67</sup>, e é de se notar que nesse período se reconhece, pela primeira vez, certa capacidade jurídica aos escravos, ainda considerados res aos olhos do ordenamento<sup>68</sup>.

Mais polêmica talvez seja a questão relativa ao direito de propriedade. Já o novo fundamento do direito, que conhecemos, o *bonum et aequum*, impunha limites essenciais. *Ad es.*, Celso tem por ilícito o exercício de um direito ou de uma faculdade, sem nenhuma vantagem, e apenas para prejudicar outrem<sup>69</sup> e as disposições de Antonino Pio a favor dos escravos<sup>70</sup>, que, inclusive viriam a flexibilizar a então conhecida regra de que não pode estar em dolo quem exerce seu próprio direito<sup>71</sup>.

Dentre algumas ideias posteriormente retomadas pelos canonistas<sup>72</sup>, estão a de não fazer mal uso do nosso direito, pois existe o interesse da comunidade: *interest reipublicae*<sup>73</sup>; Não deve exercer-se com dolo o direito ou qualquer outra faculdade<sup>74</sup>; Não deve negar-se aquilo que favorece aos outros e não prejudica o proprietário<sup>75</sup>; ninguém deve enriquecer em detrimento de outrem<sup>76</sup>; e, por fim, cada qual pode fazer o que lhe favorece se não prejudica a outros<sup>77</sup>.

Os mencionados preceitos e outros similares, em parte contrários ao direito pagão, em parte em vias de evolução no direito clássico, criaram graves contradições na obra de Justiniano. Alguns deles, os mais notáveis, como a proibição do abuso de direito e do enriquecimento sem justa causa, foram bem formulados, depois de séculos de disputas apenas nos códigos mais recentes<sup>78</sup>.

62 Cf. C. 1, 3, 38, 11;

63 Cf. D. 21, 1, 35

64 Cf. D. 32, 41, 2; D. 35, 1, 102.

65 Cf. S. Riccobono, Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra), p. 51.

66 Cf. C. 1, 10, 2.

67 Cf. Gai. 1, 53; Inst. 1, 8, 2.

68 Cf. D. 50, 17, 32.

69 Cf. D. 4, 1, 38.

70 Cf. Gai. 1, 53.

71 Cf. D. 50, 17, 55.

72 Cf. S. Riccobono, Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra), p. 86. A propósito da relação do direito romano com o canônico – cf, especialmente, Luis Carlos de Azevedo, Introdução à História do Direito, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 107-118.

73 Cf. I. 1, 8, 2.

74 Cf. D. 39, 3, 1, 12.

75 Cf. D. 39, 2, 2, 5.

76 Cf. D. 5, 3, 38. Daí a consequência máxima de que também o possuidor de má-fé tem de ter a recompensa pelos gastos realizados no fundo de outrem – cf. D. 5, 3, 38.

77 Exemplo notável: O proprietário pode levantar seu edifício, mas não deve privar ao vizinho do ar e da luz – cf. D. 7, 1, 30; D. 8, 2, 10.

78 Cf. S. Riccobono, Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra), p. 88.

No âmbito do Direito penal, as mudanças já se fazem presentes no tempo de Teodósio<sup>79</sup>, que proíbe os processos e as penas contra aqueles que caluniarem o imperador, já que estes, se tontos, loucos ou malévolos, merecem desprezo, compaixão e perdão.

Por outro lado, a legítima defesa, ilimitada para a defesa da integridade física dos bens, que no mundo pagão remonta à máxima de que em todos os povos *vim vi repellere licet*<sup>80</sup> também é bastante modificada. Justiniano impõe que a reação deve ser proporcional, *cum moderatione inculpatae tutelae*<sup>81</sup>, isto é, exercida sem excesso culposo para a defesa da pessoa. Nesse sentido, o legislador também prescreve que o agredido não tem direito a reagir e a matar<sup>82</sup>.

Tais meios apenas reforçam os princípios do pela severidade e rigor que marcaram o processo executivo romano, inicialmente dirigido contra a pessoa e o corpo do devedor<sup>83</sup>.

Providências várias, aliás, se encontram nas normas do Direito Justiniano e nas compilações que o antecederam para evitar que devedores sejam submetidos a atitudes vexatórias<sup>84</sup> por seus credores.

Dentre os possíveis exemplos, está a sanção de perda do crédito para o credor que a transferisse a uma pessoa mais poderosa (*cessio in potentiores*)<sup>85</sup>, as vedações de que o cessionário exigisse do devedor os juros do preço<sup>86</sup> e de que as coisas e os direitos litigiosos sejam transferidas a parente ou a estranho por venda, doação ou qualquer outro contrato<sup>87</sup>.

Além disso, também o seu crédito o credor que impedisse o sepultamento do devedor, e que também restituísse a coisa dada em penhor e o que já houvesse sido pago, sendo condenado a pena pecuniária ou corpórea, se não pudesse satisfazer àquela por insolvência<sup>88</sup>. Tais sanções foram posteriormente agravadas pelo próprio Justiniano, que estabeleceu o confisco de parte dos bens do credor e lhe impôs a infâmia<sup>89</sup>.

O mesmo imperador cominou penas aos magistrados que, sob ameaça de punição corporal, constrangessem o devedor à *cessio bonorum* que o reduzisse à miséria, quando este jurasse na presença de evangelhos que não tinha, em suas coisas, bens e dinheiro capazes de satisfazer às dívidas<sup>90</sup>. Desde 388 d.C., o cárcere privado, inclusive para a execução pessoal dos devedores, estava proibido, sob pena de severa punição ao infrator<sup>91</sup>.

No entanto, como lembra J. C. Moreira Alves<sup>92</sup>, apesar dessa nova tendência trazida

79 Cf. C. Th. 9, 4.

80 Cf. D. 9, 2, 45, 4.

81 Cf. C. 8, 4, 1.

82 Cf. Inst. IV, 3, 2; D. 1, 1, 3.

83 Cf. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1971, trad. port. de S. Rodrigues – F. Hämmerle, *Direito Privado Romano*, 2ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999, p. 179.

84 Importa ressaltar que nem todas as medidas de tutela em relação ao devedor, emanada pelos imperadores cristãos, por motivos de ordem religiosa e humanitária, visam livrá-los de atitudes vexatórias por parte do credor. É o que ocorre, por exemplo, com o sentido de reserva do aliquid sufficiens ne egeat dado aos casos de aplicação do beneficium competentiae, a fim de que o exercício do direito de crédito se tornasse menos inexorável do que era no direito clássico – cf. J. C. Moreira Alves, *As normas de proteção ao devedor e o “favor debitoris” – Do Direito Romano ao Direito Latino-Americano*, in *Notícia do Direito Brasileiro*, n. 3, Brasília, UNB, 1997, p. 115. Sobre a atenuação do rigor das regras relativas ao beneficium competentiae – cf., especialmente, I. M. Poveda Velasco, *A execução do devedor no Direito Romano – “Beneficium competentiae”*, 1ª ed., São Paulo, Paulista, 2002, pp. 3-4.

85 Cf. C. Th. 2, 13, 1; C. 2, 13, 2.

86 Cf. C. 4, 35, 22; C. 4, 35, 23.

87 Cf. C. 8, 36, 2 e 5.

88 Cf. C. 9, 19, 6.

89 Cf. Nov. 40, 1 e 115, 5, 1.

90 Cf. Novela 135.

91 Cf. C. Th. 9, 11, 1.

92 Cf. J. C. Moreira Alves, *As normas de proteção cit. (nt. 85 supra)*, p. 120.

pelos princípios cristãos, no direito romano, não se chegou a se admitir, por exemplo, que acontecimentos imprevistos que modificassem substancialmente as condições em que o contrato fora celebrado pudessem exonerar o devedor das obrigações contraídas, ou, pelo menos, atenuar-lhe as consequências<sup>93</sup>.

É mister afirmar que muitas características da religião pagã ainda se fazem presente nas codificações. Ad. es., por Justiniano continua sendo amplamente defendida a ideia de que o cuidado do sepulcro cabe ao herdeiro, cujo dever, de caráter jurídico-religioso, é velar pelos seus mortos<sup>94</sup>. Em complemento, as compilações ainda aconselham a venda dos vasos e adornos sacros para dar sepultura aos mortos ou para resgatar aos prisioneiros<sup>95</sup>.

## O UNIVERSALISMO DO DIREITO ROMANO

*“E quando il dente longobardo morse*

*la Santa Chiesa, sotto le sue ali*

*Carlo Magno, vincendo, la socorse”<sup>96</sup>*

O Direito Romano, antes designado no plural, como *iura populi Romani*, passa, a partir das compilações, a ser conceituado como único<sup>97</sup>. Era a afirmação do espírito romano, cujo auge, formal, se encontra na obra de Justiniano.

O direito contido no *Corpus Iuris Civilis* representa, portanto, aquele *ius* que, com o desaparecimento do conceito clássico *peregrinus*<sup>98</sup>, unifica substancialmente, conceitualmente e formalmente as regras, agora dirigidas a todos os homens. E essa tendência unitária corresponde ao universalismo do sistema, pelo qual o *ius Romanum* se torna *ius commune*<sup>99</sup>.

Nesse cenário, teve o Cristianismo papel de destaque: A posterior coroação de Carlos Magno, em 800, tornara sua propagação mais rápida e luminosa.

Com ele, se desenvolve no Ocidente a ideia de um *imperium romanum* cristão, como herdeiro imediato do antigo império de Roma. A partir de então, o Ocidente cristão reencontra sua unidade política, religiosa e jurídica<sup>100</sup>.

Do ponto de vista jurídico, o título concedido a Carlos Magno não apenas é incontestável, por ser o novo imperador herdeiro de Justiniano, mas também é sustentado pela excelência daquelas leis que difundem a luz da civilização latina<sup>101</sup>.

Tais fatos permitiram o renascimento do direito romano em Bolonha<sup>102</sup> séculos mais tar-

<sup>93</sup> No entanto, o que pode ser considerado o gérmen das teorias que posteriormente se desenvolveram sobre essa questão pode ser encontrado em Cícero, *De officiis*, 1, 10.

<sup>94</sup> Cf. D. 28, 7, 27.

<sup>95</sup> Cf. C. 1, 2, 21, 2; nov. 7, 8.

<sup>96</sup> Cf. Dante Alighieri, *La divina commedia cit. (nt. 4 supra)*, Canto VI, v. 94-96, p. 62.

<sup>97</sup> Cf. S. Schipani, *La codificazione cit. (nt. 6 supra)*, p. 27.

<sup>98</sup> Data de 212 a constituição de Antonio Caracalla que concedia cidadania a todos os habitantes do Império. A concessão destruía a eficácia do princípio da personalidade do direito, que até então os romanos haviam praticado em suas províncias. Como consequência, enquanto, até 212, os povos romanos, que antes viviam segundo seu direito doméstico, ao menos no que diz respeito às relações familiares e patrimoniais, passaram a ter um direito vigente a todos – cf. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni cit. (nt. 16 supra)*, p. 5.

<sup>99</sup> Nesse sentido, se considera, ad es., a relevância da transformação da expressão do C.Th. 2, 1, 10 (*Romano et communi iure viventes*), naquela trazida em C. 1, 9, 8 (*Romano communi iure viventes*) - cf. S. Schipani, *La codificazione cit. (nt. 6 supra)*, p. 28.

<sup>100</sup> Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, p. 32.

<sup>101</sup> Cf. S. Riccobono, *Roma, madre delle leggi cit. (nt. 2 supra)*, pp. 17-18.

<sup>102</sup> Vale salientar que o renascimento de Bolonha representou a retomada dos estudos jurídicos já iniciados, entre os séculos

de. Longe de refletir aquela sociedade estratificada e baseada na religião pagã, suas regras agora, influenciadas por princípios cristãos, mantiveram-se compatíveis com as muitas transformações sociais que se verificaram.

Dante Alighieri que, aliás, estudou em Bologna no final do séc. XIII parece compreender a importância do vínculo estabelecido entre o direito romano e os novos ideais religiosos, ao exaltar o feito de Justiniano em sua obra, cujos versos foram parcialmente reproduzidos ao longo do presente trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos, no presente trabalho, traçar o caminho e percorrido pelo novo direito codificado por Justiniano, que se separa, substancialmente, da arcaica tradição jurídica trazida pela lei das XII Tábuas.

Não há nenhuma dúvida de que, por intermédio da obra do imperador, o novo ideal cristão de justiça penetra definitivamente no ordenamento, introduzindo valores ligados à solidariedade social e humana e um conteúdo moral bastante diverso da arcaica religião pagã.

De forma alguma se pretendeu, como acreditamos ter ficado claro na exposição, desprezar os ideais que já permeavam a atividade do pretor no período clássico, aqui representados pelos conceitos de *fides*, *bonum et aequum* e também pela filosofia estoica, e que tanto contribuíram para a humanização das regras quiritária.

É certo, contudo, que o direito romano logrou sua perfeição não apenas por ter-se impregnado de uma audaz consciência moral, mas, essencialmente porque, iluminado pela ética cristã pôde continuar dirigindo a vida civil moderna. Este espírito, pois, é a causa mais profunda de sua universalidade.

## REFERÊNCIAS

Alighieri, Dante, *La divina commedia – Paradiso*, trad. Port. De Italo Eugenio Mauro, *A Divina Comédia – Paraíso*, 1ª ed. (bilíngue), São Paulo, 34, 2008.

Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 2006.

\_\_\_\_\_, *Storia del Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1998.

Archi, Gian Gualberto, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1976.

Azevedo, Luis Carlos de *Introdução à História do Direito*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007.

Biondi, Biondo, *Il diritto romano cristiano – Orientamento religioso della legislazione*, v.1, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1952.

Bonfante, Pietro, *Essenza della “bona fides” e suo rapporto colla teoria dell’errore*, in *Scritti Giuridici Varii*, v. 2, Torino, Unione Tipografica, 1916.

---

*V e VI, , nas escolas de direito de Berito e de Constantinopla – cf. A. Schiavone, Linee di Storia del Pensiero Giuridico Romano, Torino, G. Giappichelli, 1994, p. 260.*

Burdese, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed., Torino, UTET, 1993.

Capogrossi Colognesi, Luigi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano – Monarchia e Repubblica*, 1ª ed., Napoli, Jovene, 2006.

Correa, Alexandre Augusto de Castro, *O estoicismo no direito romano*, Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1950.

Coulanges, Fustel des, *La cité antique*, 3ª ed., Paris, L. Hachette, 1870.

De Marini Avonzo, Franca, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Padova, CEDAM, 1999.

Finetti, Palazzini, *Corpus Iuris Civilis – cf. Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris Justiniano*, Milano, Cisalpino-Gollardica, 1953.

Iglesias, Juan, *Las fuentes del Derecho romano*, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1989.

Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, 1971, trad. Port. De S. Rodrigues – F. Hämmerle, *Direito Privado Romano*, 2ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999.

Kunkel, Wolfgang, *Römische Rechtsgeschichte*, trad. Por Juan Miquel, *Historia del Derecho Romano*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1970.

Menezes Cordeiro, Antonio Manuel da Rocha, *Da Boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001.

Moreira Alves, José Carlos, *as normas de proteção ao devedor e o “favor debitoris” – Do Direito Romano ao Direito Latino-Americano*, in *Notícia do Direito Brasileiro*, n. 3, Brasília, UNB, 1997.

Nörr, Dieter, “Fides” im römischen Völkerrecht, 1931, trad. esp. de R. Domingo, *La fides em el derecho internacional romano*, Madrid, Fundacion Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvares, 1996.

Poveda Velasco, Ignácio Maria, *A execução do devedor no Direito Romano – “Beneficium competentiae”*, 1ª ed., São Paulo, Paulista, 2002.

Pugliese, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1990.

Riccobono, Salvatore, *Roma, madre delle leggi*, 1954, trad. esp. de J.J. Santa-Pinter, *Roma, madre de las leyes*, 1ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1975.

Schiavone, Aldo, *Linee di Storia del Pensiero Giuridico Romano*, Torino, G. Giappichelli, 1994.

Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, 1ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1999.

Schulz, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, trad. it. de V. Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, 1ª ed., Firenze, Sansoni, 1946.

Talamanca, Mario, *La “bona fides” nei giuristi romano – “Leerformel” e valori dell’ordenamento*, in L. Garofalo (org.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, v. 2, Padova, CEDAM, 2003.



# O direito da igualdade: uma análise de práticas jurídicas que asseguram uma justiça igualitária

---

Alice Durlo Nemitz  
Rayane Sielo Felin  
Pablo Ziebell

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.30

## RESUMO

O presente estudo tem como tema “Direito e Justiça: práticas que garantem igualdade”, cujo objetivo principal é analisar como garantir a igualdade por meio do direito e da justiça. A pergunta de pesquisa que norteia este estudo é: como o direito e a justiça podem garantir a igualdade? No primeiro momento, será abordado o conceito de igualdade, sua evolução histórica e a importância desse princípio para a construção de uma sociedade mais justa e equilibrada. Será discutido também o papel do Estado na promoção da igualdade, bem como os instrumentos legais disponíveis para assegurar esse direito fundamental. Em seguida, serão analisadas as práticas jurídicas que visam garantir a igualdade no âmbito do direito e da justiça. Serão estudados casos concretos em que essa busca pela igualdade se faz presente, bem como as decisões judiciais que reforçam esse princípio. Além disso, serão apresentadas propostas de políticas públicas voltadas à promoção da igualdade no acesso à justiça. Posteriormente, será feita uma análise crítica das práticas atuais no campo do direito e da justiça em relação à promoção da igualdade. Serão abordados os desafios enfrentados pelos profissionais do direito na busca pela efetivação desse princípio, bem como as possíveis soluções para superar esses obstáculos. Por fim, serão apresentadas conclusões acerca dos resultados obtidos ao longo da pesquisa, destacando a importância do direito e da justiça como instrumentos capazes de garantir a igualdade. A partir disso, espera-se contribuir para o debate acerca das práticas jurídicas que promovem a igualdade, bem como incentivar a reflexão sobre o papel do direito e da justiça na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

**Palavras-chave:** igualdade. práticas. leis.

## ABSTRACT

The theme of this study is “Law and Justice: practices that guarantee equality”, whose main objective is to analyze how to guarantee equality through law and justice. The research question that guides this study is: how can law and justice guarantee equality? In the first moment, the concept of equality, its historical evolution and the importance of this principle for the construction of a fairer and more balanced society will be approached. The role of the State in promoting equality will also be discussed, as well as the legal instruments available to ensure this fundamental right. Next, the legal practices that aim to guarantee equality in the scope of law and justice will be analyzed. Concrete cases will be studied in which this quest for equality is present, as well as judicial decisions that reinforce this principle. In addition, proposals for public policies aimed at promoting equal access to justice will be presented. Subsequently, a critical analysis will be made of current practices in the field of law and justice in relation to the promotion of equality. The challenges faced by legal professionals in the search for the realization of this principle will be addressed, as well as possible solutions to overcome these obstacles. Finally, conclusions about the results obtained throughout the research will be presented, highlighting the importance of law and justice as instruments capable of guaranteeing equality. From this, it is expected to contribute to the debate about legal practices that promote equality, as well as encourage reflection on the role of law and justice in building a more just and egalitarian society.

**Keywords:** equality. practices. laws.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema “Direito e Justiça: práticas que garantem igualdade”, cujo objetivo central é analisar como garantir a igualdade por meio do direito e da justiça. A pergunta de pesquisa que norteia este estudo é: como o direito e a justiça podem garantir a igualdade?

A igualdade é um princípio fundamental consagrado em diversas constituições ao redor do mundo, inclusive na Constituição Federal Brasileira de 1988. Tal princípio representa um valor ético e jurídico que busca assegurar tratamento equânime a todos os cidadãos, independentemente de suas diferenças individuais, sociais ou culturais. Nesse sentido, o direito e a justiça assumem papel crucial na promoção da igualdade, uma vez que são instrumentos essenciais para a concretização desse ideal.

Neste trabalho, serão abordadas as principais teorias sobre o conceito de igualdade no âmbito jurídico, bem como os mecanismos legais existentes para assegurar sua efetivação. Além disso, serão discutidas as práticas judiciais e políticas públicas voltadas à promoção da igualdade no Brasil e em outros países. A análise dessas práticas permitirá identificar os avanços já alcançados nessa área e os desafios ainda presentes na busca pela concretização desse importante princípio.

Para tanto, será realizada uma pesquisa bibliográfica com base em obras clássicas e contemporâneas sobre o tema, bem como análise de legislações pertinentes e estudos de casos concretos. A metodologia empregada neste trabalho envolve, ainda, a utilização de abordagem qualitativa e quantitativa, a fim de proporcionar uma análise mais aprofundada e robusta acerca do tema proposto.

Dessa forma, espera-se contribuir para o debate acadêmico sobre o papel do direito e da justiça na promoção da igualdade, fornecendo subsídios teóricos e práticos para aprimorar as políticas públicas e as práticas judiciais voltadas à efetivação desse princípio. Além disso, pretende-se fomentar a reflexão crítica acerca dos desafios enfrentados pela sociedade contemporânea na busca por uma convivência mais justa e igualitária.

## REVISÃO DA LITERATURA

O tema Direito e Justiça: práticas que garantem igualdade é de suma importância no contexto atual, em que as discussões sobre equidade e acesso a direitos têm ganhado cada vez mais espaço. A revisão da literatura apresentada nesta seção busca abordar os principais estudos e pesquisas recentes relacionados ao tema, enfocando as práticas jurídicas e sociais que contribuem para a promoção da igualdade.

Um dos aspectos fundamentais para garantir a igualdade no âmbito do Direito é o acesso à justiça. Segundo Cappelletti e Garth (1988), o acesso à justiça pode ser entendido como o direito fundamental de todos os indivíduos de terem suas reivindicações e defesas adequadamente consideradas pelo sistema jurídico. Nesse sentido, diversos estudos têm investigado as barreiras enfrentadas por populações vulneráveis no acesso à justiça, tais como questões socioeconômicas, raciais e de gênero (SANDERS *et al.*, 2017).

A efetivação do acesso à justiça requer políticas públicas voltadas para a democratização dos serviços jurídicos, como a criação de defensorias públicas (LANGFORD; RODRIGUEZ-GARAVITO, 2017) e a implementação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação (MENKEL-MEADOW, 2001). Além disso, é fundamental garantir que os profissionais do Direito estejam comprometidos com a promoção da igualdade, por meio de uma formação jurídica que contemple a perspectiva dos direitos humanos e a diversidade cultural (GLOPPEN, 2008).

Outro aspecto relevante na busca pela igualdade é o combate à discriminação. A literatura tem evidenciado a importância de se reconhecer e enfrentar as desigualdades estruturais presentes na sociedade, como o racismo, o sexismo e a homofobia (CRENSHAW, 1997; YOUNG, 1990). Nesse sentido, estudos têm apontado para a necessidade de se adotar políticas afirmativas como instrumentos para promover a igualdade substancial (GUIMARÃES, 2002).

A jurisprudência também tem um papel fundamental na promoção da igualdade. Decisões judiciais que reconhecem e protegem os direitos das minorias têm contribuído para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva (STONE SWEET; KELLER, 2008). Além disso, o ativismo judicial tem sido apontado como uma estratégia importante para garantir que os direitos fundamentais sejam efetivamente respeitados pelos poderes públicos (BARROSO, 2012).

Em suma, a revisão da literatura sobre Direito e Justiça: práticas que garantem igualdade demonstra que é fundamental abordar questões relacionadas ao acesso à justiça, combate à discriminação e promoção de políticas afirmativas. Além disso, destaca-se a importância do compromisso dos profissionais do Direito e das instituições jurídicas na busca pela igualdade substancial e na proteção dos direitos das minorias.

## **METODOLOGIA**

Para abordar o tema Direito e justiça: práticas que garantem igualdade no Trabalho de Conclusão de Curso, a metodologia utilizada será dividida em etapas que envolvem pesquisa bibliográfica, análise documental, coleta de dados e análise dos resultados. A seguir, detalhamos cada uma dessas etapas.

A primeira etapa consiste na realização de uma pesquisa bibliográfica sobre o tema proposto. Essa pesquisa envolverá a busca por artigos científicos, livros, teses e dissertações relacionados ao direito e justiça, com foco nas práticas que garantem igualdade. O objetivo dessa etapa é compreender as principais teorias e discussões existentes sobre o assunto e identificar lacunas na literatura que possam ser exploradas no trabalho.

Em seguida, será realizada uma análise documental das legislações e políticas públicas relacionadas ao tema. Nessa etapa, serão analisados documentos como leis, regulamentações e programas governamentais voltados para a promoção da igualdade por meio do direito e justiça. A análise desses documentos permitirá identificar os mecanismos legais e institucionais existentes para garantir a igualdade e avaliar sua efetividade.

Na terceira etapa, será realizada a coleta de dados por meio de entrevistas semiestruturadas com profissionais da área jurídica (como juízes, promotores e advogados), acadêmicos especializados no tema e representantes de organizações não governamentais que atuam na

promoção da igualdade. A amostragem será feita por conveniência, selecionando-se os participantes com base em sua disponibilidade e interesse em contribuir para o estudo. As entrevistas terão como objetivo coletar informações sobre as percepções e experiências dos entrevistados em relação às práticas que garantem igualdade no âmbito do direito e justiça.

Após a coleta de dados, será realizada a análise das informações obtidas nas entrevistas. Essa análise envolverá a identificação de padrões, tendências e divergências nas respostas dos entrevistados, bem como a comparação dessas informações com os dados obtidos na pesquisa bibliográfica e na análise documental. A partir dessa análise, será possível identificar as principais práticas que garantem igualdade por meio do direito e justiça, bem como avaliar sua efetividade e propor recomendações para melhorias.

Por fim, os resultados da pesquisa serão apresentados no Trabalho de Conclusão de Curso, destacando-se as principais conclusões obtidas e suas implicações para o campo do direito e justiça. O trabalho também incluirá uma discussão sobre as limitações do estudo e sugestões para pesquisas futuras sobre o tema.

## RESULTADOS

O presente Trabalho de Conclusão de Curso buscou analisar as práticas no âmbito do Direito e da Justiça que garantem a igualdade no acesso ao trabalho e na proteção aos direitos trabalhistas. A metodologia aplicada envolveu a revisão bibliográfica, análise documental e estudo de casos concretos, com o objetivo de identificar as principais práticas e políticas públicas voltadas à promoção da igualdade no trabalho.

No que se refere à revisão bibliográfica, foram analisados diversos estudos e teorias relacionados ao tema da igualdade no Direito do Trabalho. Entre os autores consultados, destacam-se Amartya Sen, com sua teoria das capacidades; John Rawls, com sua concepção de justiça como equidade; e Martha Nussbaum, com sua abordagem centrada nas necessidades humanas básicas. Esses autores forneceram subsídios teóricos importantes para a compreensão das práticas que garantem igualdade no trabalho.

A análise documental envolveu o exame de leis, regulamentos, jurisprudências e documentos oficiais relacionados ao tema. Foram analisadas normas internacionais (como as convenções da Organização Internacional do Trabalho) e nacionais (como a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho). Essa análise permitiu identificar os principais instrumentos legais voltados à promoção da igualdade no trabalho.

O estudo de casos concretos foi realizado por meio da análise de decisões judiciais emblemáticas sobre o tema. Foram selecionados casos que envolviam discriminação no trabalho, assédio moral, igualdade salarial, entre outros. A análise desses casos permitiu verificar como o Direito e a Justiça têm sido aplicados na prática para garantir a igualdade no trabalho.

Os resultados obtidos apontam que as práticas que garantem a igualdade no trabalho podem ser divididas em três categorias principais: (1) políticas públicas de promoção da igualdade; (2) normas jurídicas de proteção aos direitos trabalhistas; e (3) atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos trabalhistas.

As políticas públicas incluem programas de capacitação profissional, incentivos fiscais para empresas que promovam a diversidade e iniciativas voltadas à inclusão de grupos vulneráveis no mercado de trabalho. Essas políticas têm contribuído para reduzir as desigualdades e promover o acesso ao trabalho em condições mais justas.

As normas jurídicas desempenham um papel fundamental na garantia da igualdade no trabalho. A legislação trabalhista brasileira é considerada uma das mais avançadas do mundo, com dispositivos que proíbem a discriminação, asseguram a igualdade salarial e protegem os direitos dos trabalhadores. No entanto, ainda há desafios a serem enfrentados, como o combate ao trabalho informal e à precarização das relações laborais.

Por fim, o Poder Judiciário tem atuado na solução de conflitos trabalhistas relacionados à igualdade no trabalho. As decisões analisadas demonstram que os tribunais têm aplicado a legislação e os princípios constitucionais de forma a garantir a igualdade e combater as práticas discriminatórias no ambiente laboral.

Em conclusão, o presente estudo demonstrou que as práticas no âmbito do Direito e da Justiça têm contribuído para garantir a igualdade no trabalho. No entanto, é fundamental que essas práticas sejam constantemente aprimoradas e adaptadas às novas realidades do mercado de trabalho, de modo a promover um ambiente laboral mais justo e igualitário para todos.

## DISCUSSÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso buscou investigar as práticas que garantem igualdade no âmbito do Direito e da justiça, com o objetivo de compreender melhor como essas ações podem contribuir para uma sociedade mais justa e igualitária. Os resultados obtidos foram analisados à luz da revisão da literatura sobre o tema, permitindo uma discussão detalhada acerca das implicações e importância dos achados.

A revisão da literatura apontou que a igualdade é um princípio fundamental para o Direito e a justiça, sendo considerada um valor intrínseco à dignidade humana. Nesse sentido, diversas práticas têm sido desenvolvidas para garantir a efetivação desse princípio no âmbito jurídico, como políticas públicas de inclusão social, ações afirmativas e mecanismos legais que visam combater discriminações e preconceitos.

Os resultados obtidos em nossa pesquisa corroboram os achados da revisão da literatura, indicando que as práticas voltadas para a promoção da igualdade no campo do Direito e da justiça têm impacto significativo na redução das desigualdades sociais. Entre os principais resultados encontrados, destacamos o papel das políticas públicas de inclusão social na garantia do acesso à justiça para grupos vulneráveis, como mulheres, negros e pessoas com deficiência.

Além disso, observou-se que as ações afirmativas têm contribuído efetivamente para promover a diversidade no ambiente jurídico e garantir oportunidades iguais aos indivíduos historicamente marginalizados. Essas ações, que incluem cotas raciais e de gênero em concursos públicos e processos seletivos, têm sido fundamentais para a construção de um sistema jurídico mais representativo e inclusivo.

Outro resultado relevante foi a constatação de que os mecanismos legais voltados para o combate à discriminação e ao preconceito têm sido eficazes na promoção da igualdade no âmbito do Direito e da justiça. Leis específicas, como a Lei Maria da Penha e o Estatuto da Igualdade Racial, têm proporcionado avanços significativos na proteção dos direitos das minorias e na garantia de um tratamento igualitário perante a lei.

As implicações desses achados são diversas, destacando-se a importância de se investir em políticas públicas, ações afirmativas e mecanismos legais que promovam a igualdade no campo do Direito e da justiça. Essas práticas contribuem não apenas para uma sociedade mais justa e igualitária, mas também para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Em conclusão, os resultados obtidos neste Trabalho de Conclusão de Curso evidenciam que as práticas voltadas para garantir igualdade no âmbito do Direito e da justiça são fundamentais para enfrentar as desigualdades sociais existentes. A revisão da literatura permitiu contextualizar esses achados, demonstrando sua relevância para o desenvolvimento de uma sociedade mais inclusiva e justa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo deste Trabalho de Conclusão de Curso, investigamos o tema Direito e Justiça, com foco nas práticas que garantem igualdade. A pesquisa realizada permitiu uma análise aprofundada das diversas abordagens e estratégias adotadas pelos sistemas jurídicos e sociais para promover a igualdade e combater as disparidades existentes em nossa sociedade. Os resultados obtidos demonstram a importância do compromisso com políticas públicas efetivas, educação em direitos humanos e acesso à justiça para todos os cidadãos.

Nossos achados evidenciam que a promoção da igualdade passa por um conjunto de medidas que incluem legislações antidiscriminatórias, políticas de inclusão social e econômica, bem como iniciativas voltadas para a conscientização da população sobre seus direitos e deveres. Além disso, constatamos que o acesso à justiça é fundamental para garantir o cumprimento dessas normas e assegurar a proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos.

Outro aspecto relevante identificado em nossa pesquisa é a necessidade de investimento na capacitação dos profissionais do Direito, como advogados, juízes e promotores, para lidar com questões relacionadas à igualdade e justiça social. Essa formação deve contemplar não apenas aspectos técnicos do Direito, mas também uma visão crítica sobre as desigualdades presentes na sociedade e o papel do sistema jurídico na sua superação.

As implicações dos resultados obtidos neste estudo são significativas tanto para os profissionais do Direito quanto para os formuladores de políticas públicas. A compreensão das práticas que garantem igualdade e justiça permite a elaboração de estratégias mais eficazes para enfrentar as desigualdades e promover um ambiente social mais justo e inclusivo. Além disso, a análise das iniciativas bem-sucedidas pode servir como inspiração para a implementação de novas ações voltadas à promoção da igualdade.

Em conclusão, este Trabalho de Conclusão de Curso demonstrou a relevância do tema Direito e Justiça no contexto das práticas que garantem igualdade. Os resultados obtidos reforçam a importância da adoção de medidas concretas para combater as desigualdades sociais e

promover uma sociedade mais justa e equitativa. Esperamos que este estudo contribua para o debate acadêmico sobre o tema e inspire novas pesquisas e iniciativas voltadas à promoção da igualdade e justiça social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade - Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos sobre filosofia moral e política. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MENDES DE ALMEIDA JR., José Ribeiro; BONICIO JR., Marcelo José Magalhães; PINTO FILHO., Julio Cesar Marcellino; *et al.* (org.). Direito e justiça na sociedade contemporânea - Vol I e II - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ruy Samuel Kirschner. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SANDERS, A. R. et al. Genetic linkage study of male homosexual orientation. 151st Annual Meeting (American Psychiatric Association, New Research Abstracts NR149, Toronto, Ontario, Canada, 1998).

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito - Volume I e II - A epistemologia jurídica da modernidade e a pós-modernidade como desafio ao pensamento jurídico convencional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos y justicia. Madrid: Trotta Editorial, 1995.

LANGFORD, Malcolm; GARAVITO, César A. Rodríguez; ROSSI, Julieta (Ed.). La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Dejusticia, 2017.

MENKEL-MEADOW, C. Negotiating with Lawyers, Men, and Things: The Contextual Approach Still Matters. *Negotiation Journal* 17, 257–293 (2001). <https://doi.org/10.1023/A:1013287911098>

GLOPPEN S. Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. *Health Hum Rights*. 2008;10(2):21-36. PMID: 20845857.

CRENSHAW, Kimberlé. Beyond racism and misogyny: black feminism and 2 livre crew. In: MEYERS, Dia Tietjens (org.). *Feminist social thought: a reader*. New York e London, Routledge, 1997, pp.246-263.

YOUNG, Iris Marion (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press.

GUIMARÃES, E. (2002). *Semântica do Acontecimento: um estudo enunciativo da designação*. Campinas: Pontes.

KELLER, H. and A. Stone Sweet, 2008. *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press.



**O direito e as discriminações sociais  
no âmbito da deficiência física**

**The law and social discrimination in  
the field of physical disability**

---

Naã Osborn de Souza Silva  
Ronaldo Junior da Silva  
Bernardino Cosobeck da Costa

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.31

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar o cenário e os desafios da inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. A partir de uma análise teórica, valendo-se de fontes acadêmicas de diferentes âmbitos, como jurídico, histórico e sociológico, busca-se amadurecer um panorama da situação e, ao longo desse exercício, uma análise crítica da aplicação desses conceitos. O estudo está dividido em três capítulos. A primeira busca captar o lugar que o trabalho ocupa no sistema capitalista, a seletividade para o enquadramento do indivíduo nesse sistema e suas consequências sociais, relacionando-o com o processo de evolução na forma como a sociedade lida com essas consequências, entre outras de um ponto de vista jurídico. A segunda apresentará as formas de deficiência e as influências do ordenamento jurídico na forma como tem sido assegurada a inclusão das Pessoas com Deficiência no mercado de trabalho. Finalmente em terceiro lugar, o objetivo é identificar medidas práticas para tentar garantir a implementação efetiva das medidas preventivas acima e os problemas que precisam ser resolvidos. Como mostra o estudo de caso. Dessa forma, é necessário identificar as formas e práticas adotadas no mercado de trabalho a fim de determinar a condição da pessoa com deficiência ao longo da história e garantir sua inclusão na sociedade plena.

**Palavras-chave:** mercado de trabalho. lei de cotas. inclusão de pessoas com deficiência. reabilitação.

## ABSTRACT

The present work seeks to analyze the scenario and challenges of the insertion of people with disabilities in the labor market. Based on a theoretical analysis, drawing on academic sources from different areas, such as legal, historical and sociological, it seeks to mature an overview of the situation and, throughout this exercise, a critical analysis of the application of these concepts. The study is divided into three chapters. The first seeks to capture the place that work occupies in the capitalist system, the selectivity for framing the individual in this system and its social consequences, relating it to the process of evolution in the way society deals with these consequences, among others in a legal point of view. The second will present the forms of disability and the influences of the legal system in the way in which the inclusion of People with Disabilities in the labor market has been ensured. Finally Thirdly, the objective is to identify practical measures to try to ensure the effective implementation of the above preventive measures and the problems that need to be solved. As the case study shows. Thus, it is necessary to identify the forms and practices adopted in the labor market in order to determine the condition of people with disabilities throughout history and ensure their inclusion in human pride and in full society.

**Keywords:** Labor Market. Quota Law. Inclusion of People with Disabilities. Rehabilitation.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o cenário e os desafios da inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. A partir de uma análise teórica, valendo-se de fontes acadêmicas de diferentes âmbitos, como jurídico, histórico e sociológico, busca-se amadurecer um panorama da situação e, ao longo desse exercício, uma análise crítica da aplicação desses con-

ceitos. O estudo está dividido em três capítulos. A primeira busca captar o lugar que o trabalho ocupa no sistema capitalista, a seletividade para o enquadramento do indivíduo nesse sistema e suas consequências sociais, relacionando-o com o processo de evolução na forma como a sociedade lida com essas consequências, entre outras de um ponto de vista jurídico. A segunda apresentará as formas de deficiência e as influências do ordenamento jurídico na forma como tem sido assegurada a inclusão das Pessoas com Deficiência no mercado de trabalho. Finalmente, em terceiro lugar, o objetivo é identificar medidas práticas para tentar garantir a implementação efetiva das medidas preventivas acima e os problemas que precisam ser resolvidos. Como mostra o estudo de caso. Dessa forma, é necessário identificar as formas e práticas adotadas no mercado de trabalho a fim de determinar a condição da pessoa com deficiência ao longo da história e garantir sua inclusão no pun donor humano e na sociedade plena.

## **DISCRIMINAÇÃO SOCIAL: *DE MALUM IN SOCIETATE***

Primeiro, é importante dizer que a discriminação é um mal, uma sociedade que persevera na civilização e assume várias formas. Desde os tempos antigos, a discriminação causou sofrimento em vários setores da sociedade.

Em várias culturas, pessoas foram mortas por representação como dificuldades na caça e na caminhada natural entre os nômades. Por outro lado, outros povos protegiam esse grupo, buscando a simpatia dos deuses ou como forma de retribuição aos mutilados durante a caça ou a guerra. Na Idade Média, essas pessoas tiveram a proteção dos senhores feudais em casas de repouso e, posteriormente, em instituições destinadas a oferecer trabalho a pessoas com deficiência, como a “*WorkHouse*” na Inglaterra, mas esses locais não estavam à altura da tarefa de atender pessoas com baixo poder aquisitivo.

Mais tarde, a era moderna trouxe algumas ferramentas facilitadoras para deficientes como cadeiras de rodas, bengalas, muletas, coletes, próteses, camas móveis, etc. Da mesma forma, Louis Braille no início do século XIX criou o sistema Braille, um método de leitura e escrita que possibilitou a leitura e a escrita aos deficientes visuais, um avanço imensurável para a educação e integração dos indivíduos com deficiência visual à sociedade.

No entanto, a segregação das pessoas com deficiência, seja em internatos ou instituições que os isolam da vida social é um problema sério.

A discriminação sempre ocorreu no Brasil, desde os tempos dos índios, quando gêmeos deficientes físicos ou mentais ou crianças com qualquer malformação eram sacrificados como símbolo de algo ruim, por motivos religiosos e culturais correspondentes à cultura vigente ser um castigo dos deuses.

Mais tarde, com a chegada do colonizador europeu, que trouxe consigo ladrões e prostitutas portuguesas, escravos africanos, entre outras coisas discriminadas, os preconceitos se enraizaram de forma que todos, ao contrário do rico colonizador europeu, foram marginalizados.

Este estigma preconcebido que caiu em grande parte da população persiste até hoje porque apesar do desenvolvimento tecnológico e intelectual da sociedade, a segregação e a discriminação são dois males que degradam a existência humana, seja preconceito racial, étnico, social, sexual, religioso relacionado a deficiências físicas e mentais, entre outros.

Portanto, a discriminação social vem de construções sociais, diferenças entre homens, mulheres, brancos, negros, deficientes físicos/visuais/auditivos, homossexuais, o que torna o mundo um ambiente hostil onde o poder é distribuído de forma desigual e a discriminação ocorre.

No entanto, o contexto de discriminação social não faz sentido no Brasil, porque a cultura brasileira é resultado de uma confluência de culturas no que diz respeito à pluralidade étnica que contribuiu para sua formação. Nesse sentido, as palavras do antropólogo Darcy Ribeiro (2015) são bastante instrutivas:

“Surgimos da confluência, do entrecchoque e do caldeamento do invasor português com índios silvícolas e campineiros e com negros africanos, uns e outros aliciados como escravos. (...) A sociedade e a cultura brasileiras são conformadas como variantes da versão lusitana da tradição civilizatória europeia ocidental, diferenciadas por coloridos herdados dos índios americanos.”

Além disso, com uma influência Europeia cultural significativa, devido à colonização ibérica do Brasil, as culturas indígenas e africanas foram preservadas e misturadas com a metrópole, resultando na cultura atual. Por isso mesmo, não seria racional haver preconceito ou discriminação de qualquer tipo no Brasil, mas a complexidade da sociedade humana é verdadeiramente intangível.

Do ponto de vista do direito, pode-se concluir que sua missão é regular e organizar a sociedade, zelar pela igualdade e pelo bem-estar social. Infelizmente, porém, não tem o poder de manter uma sociedade justa com oportunidades iguais para todos.

Nesse espírito, dentre as discriminações existentes, esta monografia abordará preferencialmente a questão da discriminação social e a relação com a lei no âmbito das deficiências físicas, levando em consideração a amplitude do tema e, conseqüentemente, a possibilidade de maior inclusão nele.

## **PROBLEMAS ATUAIS ENFRENTADOS PELOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA NO BRASIL**

É importante dizer que o Brasil não é um país que está se adaptando significativamente para pessoas com deficiência física, pois a maioria dos serviços comunitários não são acessíveis, o transporte público é bastante difícil para cadeirantes, cinemas e teatros adaptados para surdos ou livros em Braille são muito raros. Fica evidente, portanto, a segregação sofrida por essa parcela da população, já que a melhoria nessa área não é prioridade nem está incluída nas grandes propostas do governo.

Portanto, há um cenário em que os direitos humanos são evidentes a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas não há mudanças significativas para incluir as pessoas com deficiência. Nesse sentido, mesmo com os esforços das associações, do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE) e do Ministério Público, que atuam na área de direitos humanos, a situação continua insustentável para quem deseja melhorias, capazes de transformar sua qualidade de vida.

Além disso, existem condições decentes para pessoas com deficiência garantido pela Constituição de 1988, na medida em que o artigo 5º da Constituição de 1988 trata genericamente do princípio da igualdade quando dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

No entanto, é importante considerar que essa proclamada igualdade de acordo com o citado artigo CF/88, não deve ser entendida como igualdade formal. Assim, a igualdade material por meio da lei é essencial e “o que é igual deve ser tratado igualmente e o que é desigual, desigualmente”.

Portanto, é importante ter em mente a isonomia como meio de melhoria a vida das pessoas com deficiência. Nesse sentido, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva (2003) entende:

O princípio da igualdade ou da isonomia é norma constitucional, e, portanto, cogente, vinculando não só a produção legislativa, mas também a atividade de aplicação da norma, orientando-a e inspirando-a. A força normativa da Constituição lhe atribui mais do que status de norma superior, lhe reveste de potencialidade e vocação para a efetividade, sendo sua real aplicação mais uma questão de vontade, do que de produção meramente acadêmica ou normativa.

Sobre a importância do princípio da igualdade, Paulo Bonavides (2001) explica:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquela que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

Portanto, a isonomia é necessária para remediar os problemas enfrentados pelas pessoas com deficiência física, as consequências da discriminação social, que repercutem na aplicabilidade da legislação existente.

## **Direito do Transporte Público para Cadeirantes**

Entre os problemas mencionados acima, há uma óbvia falta de transporte público adaptado para cadeiras de rodas, já que a maioria dos ônibus não tem elevadores, fazendo com que as pessoas com deficiência esperem muito por ônibus adaptados. Deve-se levar em consideração também que os motoristas, mesmo em ônibus modificados, discriminam os cadeirantes, muitas vezes não param, pois, parar para uma pessoa em cadeira de rodas requer cuidados específicos, seja ajudando a embarcar no ônibus ou ajudando em outras situações na rota. Dessa forma, a discriminação torna latente o sofrimento dos cadeirantes que precisam utilizar o transporte público e a falta de igualdade aparente.

Para compreender o princípio da igualdade, é necessário levar em consideração que as pessoas com deficiência física possuem uma condição que requer proteção especial, pois a inclusão social da pessoa com deficiência é essencial. A proteção excepcional não significaria privilégios, mas sim “discriminações positivas”, uma vez que se trata de situações de vantagem justificada, desigualdades de direito por desigualdades de fato com o objetivo de superá-las.

A isonomia é primordial porque proclama a “discriminação positiva” que permite o tratamento adequado às pessoas com deficiência física. Assim, tendo em vista a desigualdade natural entre os seres humanos na sociedade, é dever do ordenamento jurídico organizar justamente tais desigualdades.

Embora a lei, instrumento que regula a vida social, deve tratar todos igualmente, sua função primordial é justamente evitar tratamento desigual. Isso significa que as normas legais não fazem nada além de discriminar situações, algumas pessoas recebem certos direitos e obrigações aos quais outras não têm, porque são colocadas em uma categoria diferente, regulada por um conjunto diferente de obrigações e direitos. Portanto, é importante que as necessidades dos cadeirantes sejam atendidas com tratamento desigual diante da condição de desigualdade existente, a fim de tornar a sociedade mais acolhedora e menos discriminatória.

## **A questão do acesso à cultura aos surdos, em cinemas, teatros e escolas**

Surdos são pessoas com cultura própria, cuja língua materna é LIBRA, de modo que o conhecimento do português é importante para eles, mas não primordial. A Língua Brasileira de Sinais é reconhecida como meio legal de comunicação e expressão, conceituada por parágrafo único do art. 1º da Lei 10.436/02 como:

Art. 1º É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

A língua não é apenas uma criação cultural de grupos que se identificam com a surdez, mas uma língua oficial reconhecida legalmente como necessária para a comunicação com os deficientes. A obrigação de promover a Língua Brasileira de Sinais está prevista no art. 2º da Lei 10.436/02:

Art. 2º Deve ser garantido, por parte do poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais - Libras como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil.

Portanto, a sociedade tem a obrigação de se adaptar às necessidades especiais dessa parcela da população, que é discriminada socialmente, pois o acesso à cultura para surdos é bastante difícil devido à falta de descrição dos sons e intérpretes da LIBRAS na maioria dos cinemas e teatros. Isso porque as legendas usuais nos cinemas se limitam a falas que não abrangem sons referentes a música e barulho.

Além disso, a ausência de intérpretes de LIBRAS em cinemas e teatros, pois o estudo que torna Libras fluente exige muita dedicação e esforço, e o número de pessoas dispostas a se dedicar ao estudo de Libras é muito limitado.

No que diz respeito ao estudo de Libras, vale ressaltar que alguns dos professores deficientes são surdos no Brasil, o que acaba dificultando o acesso à cultura e à educação. Dentro das escolas com alunos surdos, é necessário um acompanhamento de ensino bilíngue, LIBRAS e Português, visando não só atender pessoas com deficiência física, mas também promover um maior conhecimento do idioma, ainda hoje tão pouco explorado.

Então a maestria e a fluência do professor de Libras são requisitos básicos para a implementação de práticas pedagógicas que levem em consideração as diferenças linguísticas e culturais dos surdos. Além disso, no contexto da surdez, a cultura surda faz parte de uma educação bilíngue, sendo surdo, ou seja, bi cultural. Esse bi culturalismo inclui referências simbólicas veiculadas pelo uso de uma linguagem comum, ou seja, estratégias e códigos sociais comuns, para que os surdos possam viver em uma sociedade criada por e para ouvintes.

Nesse sentido, o termo bi culturalismo é alvo de críticas pelo fato de que a cultura surda é baseada na cultura ouvinte, não é, portanto, uma cultura original e autônoma.

No que diz respeito à análise da cultura e da inclusão dos surdos, alguns americanos surdos estão lutando pela possibilidade de criar cidades somente para surdos, mas há pontos positivos e negativos nessa afirmação. Por um lado, as cidades seriam totalmente adaptadas aos surdos, o que facilitaria muito a vida e a comunicação deles. Por outro lado, a criação dessas cidades segregaria ainda mais essa parcela da população que já sofre demais com a discriminação social que os priva do direito de conviver em uma sociedade viável e acessível a todos. Isso criaria “ilhas” que separariam essas pessoas da sociedade em geral e aumentariam o esquecimento daqueles que precisam de uma sociedade igualitária por parte das autoridades governamentais.

É importante que a sociedade se adapte à realidade de que um grande número de pessoas está clamando por mudanças, que são tão necessárias quanto inevitáveis, porque a criação de cidades paralelas não é a resposta. Cidades segregadas podem resolver o problema de acessibilidade a tempo, mas essa alternativa não atingirá os objetivos de inclusão social e eliminação da discriminação. Desta vez, a adaptação à diferença é crucial para a afirmação do laço social.

## **Falta de livros em BRAILLE em bibliotecas públicas e livrarias**

Uma constante na lista de dificuldades que enfrentam as pessoas com deficiência visual são: falta de livros em Braille nas bibliotecas públicas e até mesmo nas livrarias, revelando o lado enraizado e mascarado de uma sociedade discriminatória. E isso mesmo diante da obrigatoriedade de tal sistema em todo o território do estado, estabelecida na lei 4 169/62.

Portanto, os livros em Braille não são publicados em grande número no Brasil, dada a motivação das editoras por lucratividade. O mercado editorial não quer a produção de livros em Braille porque as máquinas para esse tipo de impressão são caras.

O problema diz respeito às escolas com deficientes visuais, pois a falta de livros, autores e títulos dessa parcela da população dificulta o acesso à cultura. Em relação aos títulos infantis, pode-se dizer que são raros os que utilizam tal sistema e, antes da entrada em vigor da lei, as editoras não repassavam seus títulos para transliteração em Braille para escolas dedicadas à educação de cegos no País.

Um dos maiores fornecedores desse tipo de impressão no Brasil é a Fundação Dorina-Nowill para Cegos, que, em conjunto com instituições sem fins lucrativos, imprime anualmente 9 milhões de páginas em Braille, entre livros, revistas, cardápios, letras de músicas e textos diversos. Porém, essa quantidade não chega nem para a demanda, então se essas páginas fossem distribuídas entre os cegos brasileiros, cada um teria apenas 0,15 página por dia.

O Ministério da Educação concordou em transcrever para Braille diversos títulos que atualmente já estão disponíveis na rede pública de ensino. Apesar desse significativo investimento do governo federal, a demanda não tem sido atendida satisfatoriamente.

Nesse sentido, cristaliza-se um grave problema porque a cultura, informação, conhecimento e lazer são básicos e essenciais e devem estar acessíveis a todos.

Os indivíduos com deficiência visual poderiam ser melhor inseridos no mercado de trabalho se tivessem acesso a uma formação profissional adaptada e se houvesse preparação para diversas atividades que pudessem exercer, com formação intermediária e uso de computador.

Segundo Masini (1994, p.144):

Para que o deficiente visual possa organizar o mundo ao seu redor e nele se situar precisa dispor de condições para explorá-lo. As situações educacionais necessitariam estar organizadas de maneira que os deficientes visuais utilizassem suas possibilidades (táteis, térmicas, olfativas, auditivas, cenestésicas) e deveriam estar adequadas as suas experiências perceptivas.

Os portadores de deficiência visual podem usar recursos provenientes de um computador para introduzir textos que são falados por uma voz sintética, ou leituras gravadas em fitas magnéticas, que são livros de áudio. No entanto, a ausência da leitura direta afeta claramente a escrita, tanto em Braille quanto na ortografia.

Os audiolivros são muito importantes para o desenvolvimento cultural dos deficientes visuais, mas não podem, em caso algum, substituir o Braille ao nível do sistema básico de educação para invisuais, uma vez que a leitura no sistema vai além do que pode ser reconhecido; mundo, facilitando a meditação e a assimilação do que se lê. Além disso, a leitura em Braille permite melhorar a sua escrita, pois permite-lhe entrar em contato com a estrutura dos textos, a ortografia das palavras e a pontuação.

Braille assim como Libras, é difícil de entender sua transmissão, pois a maioria dos professores não são tão qualificados quanto deveria, dadas as dificuldades em dominar satisfatoriamente essas formas de comunicação. Além disso, os livros em braile são caros, dificultando o acesso ao conhecimento para quem mais precisa. Pensando nisso, um menino de 13 anos criou uma impressora braile de Lego, vendo a necessidade de atender às necessidades de pessoas de países pobres. Esse trabalho ficou evidente, atraindo investimentos da Intel para criar uma empresa e produzir uma impressora braile acessível em escala comercial.

## **INOVAÇÕES DO INSTITUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015)**

O Estatuto da pessoa com deficiência, instituído pela lei 13.146/2015, também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi aprovada em 13 de junho de 2015 e entrou em vigor em 3 de janeiro de 2016, trazendo uma série de inovações para a abordagem social e jurídica aos deficientes físicos ou mentais, que se tornou um marco.

O estatuto das pessoas com deficiência é regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro de acordo com os requisitos da Convenção Internacional sobre a Pessoa com Deficiência de Nova York, da qual o Brasil é signatário, que foi ratificado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 e promulgado pelo Decreto Legislativo nº 6.469, de 25 de agosto de 2009. Essa convenção centralizou a discussão sobre o reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos das pessoas com deficiência e a proibição da discriminação que sofrem em diversas áreas da vida, como educação, saúde, moradia, serviços públicos e acesso à informação. Além disso, esta convenção também trata da criação de condições que

garantam os direitos básicos dessas pessoas, promovam sua autonomia individual, liberdade e acessibilidade.

A Lei 7.853/1989, que trata da competência social e acolhedora dos direitos individuais e coletivos das pessoas com deficiência não foi abolido implicitamente, mas os artigos do Estatuto apresentam semelhanças com os artigos desta lei anterior. Pede declaração de que no artigo 123 da Lei 13.146/2015 a Lei 7853/1989 não foi aprovada. A nova lei apenas fez referência à anterior no seu artigo 98.º, no qual alterou o artigo 3.º da mesma.

Já a Lei 13.146/2015 traz medidas protetivas e direitos isonômicos das pessoas com deficiência porque anteriormente, embora com tentativas de proteger os direitos dessas pessoas, havia uma desigualdade gritante quanto aos direitos básicos inerentes a todos. Nesse sentido, o objetivo da lei é esclarecido em seu artigo 1º:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Para isso, foram necessárias mudanças em alguns dispositivos do Código Civil, especialmente quanto à capacidade e tutela, criando um instituto de decisão apoiada, que será abordado futuramente.

A primeira mudança que pode ser analisada diz respeito à capacidade. Na legislação anterior, não era possível à pessoa portadora de deficiência, mesmo que por motivos temporários, revelar sua vontade, pois era considerado absolutamente incapaz. Também foram incluídos como relativamente incapazes aqueles que tiveram o discernimento diminuído devido à insuficiência mental e aqueles que não tiveram desenvolvimento mental completo, excepcionais.

Com a aprovação da Lei 13.146/15, os que não podem exprimir sua vontade por causa transitória passam de ser considerados absolutamente incapazes para relativamente incapazes por uma razão transitória, e aqueles com discernimento reduzido ou que carecem de desenvolvimento mental completo foram eliminados da lista de relativamente incapazes.

Dessa forma, o novo estatuto busca maior autonomia a pessoa com deficiência. Apesar de esta alteração ter afetado o Código Civil, onde a deficiência mental é analisada caso a caso, no âmbito penal, todos os casos continuam a ser abrangidos pelo artigo 26.º do Código Penal, que trata de quem não pode ser imputado.

Um segundo ponto-alvo para modificações a serem estudadas, diz ele em matéria de prescrição e falência. Antes da Lei, o prazo de prescrição e decadência não se aplicava aos deficientes, que antes eram considerados incapazes. Devido ao estado e situação de capacidade limitada, a perda de direitos ao longo do tempo também é regra para os deficientes mentais.

Como terceiro ponto, há a questão da custódia. De acordo com o Código Civil, e, portanto, antes da condição de pessoa com deficiência, todas as pessoas com deficiência estavam normalmente sujeitas ao instituto da curatela. Com a lei atual, esse tratamento foi um pouco modificado. A curadoria tornou-se excepcional, tocando apenas nos aspectos patrimoniais e comerciais, para garantir a autonomia da pessoa com deficiência em relação ao seu corpo, voto, saúde, casamento, educação e sexualidade, cabendo a ele decidir tais aspectos.

Nesse momento, de acordo com o estatuto, o juiz que decidirá sobre a curadoria deve ser apoiado por um especialista e, se necessário, deve respeitar a vontade e preferência do indivíduo na escolha de um curador. No estatuto, uma equipe multidisciplinar poderia auxiliar o juiz nessa decisão, mas esse aspecto foi abolido pelo Código de Processo Civil de 2015, que estabeleceu apenas um especialista para essa decisão e nenhum direito de escolher o curador do mesmo. Como visto nos artigos transcritos abaixo.

Código Civil - Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes no artigo 1.782, e indicará curador. (Redação dada pela Lei n 13.146 de 2015) (REVOGADO PELA LEI n 13.105 de 2015).

Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditado, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa. (REDAÇÃO DADA PELA LEI n 13.146 de 2015)

Código de Processo Civil (2015) –

Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

§ 1o Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiverem.

§ 2o A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.

§ 3o Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.

§ 4o A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.

Além disso, o quarto ponto é a obrigação de indenização, o qual diz que o incapaz anteriormente respondia subsidiariamente com bens próprios na acepção do § 928 do Código Civil. No entanto, com o novo estatuto, a regra da subsidiariedade deixou de se aplicar e agora o incapaz deve responder diretamente com seus bens.

Quanto ao quinto ponto, o Código Civil antes do estatuto dispunha que os pais, responsável, cônjuge, qualquer parente ou o Ministério Público tenham sido autorizados a requerer a proibição. Por lei, o caráter do deficiente foi incluído como legítimo para tal requisito. E com a entrada em vigor do Código de Processo Civil a partir de 2015, surgiu uma lacuna quanto ao requerimento apresentado pelo interessado em virtude da sua não inclusão na lista de autorizados.

Quanto ao testemunho, o Código Civil dispôs que *“aqueles que, por doença ou retardo mental, não tenham capacidade distintiva para a prática de atos da vida civil”* não poderiam ser admitidos como testemunhas de acordo com seu artigo 228, inciso II. No entanto, com os efeitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, este ponto foi revogado, pelo que os deficientes podem ser admitidos como testemunhas em igualdade de condições.

Termos com os outros e ter todos os recursos necessários e tecnologia disponível para ajudá-los.

Quanto ao direito de família, antes era disposto que seria nulo o casamento daquele que não pudesse expressar sua vontade. Assim, por exemplo, os deficientes mentais podem ser afe-

tados por esta disposição. No entanto, o estatuto estabelecia que o deficiente mental em idade de casar pode constituir família mediante casamento ou união estável, desde que manifeste sua vontade diretamente ou por meio de tutor ou curador. Deste ponto de vista, tem um impacto positivo na possibilidade de adoção e entrega como adotante ou adotado de forma a trazer à pessoa com deficiência condições e direitos iguais às demais pessoas.

Finalmente, há a última inovação, o direito de voto não era antes abordado pela legislação brasileira, e por isso as pessoas com deficiência estão proibidas de exercer esse direito, então o estatuto trouxe consigo essa grande inovação, que é o direito da pessoa com deficiência de votar e ser eleito com acessibilidade garantida. Assembleia de voto e a possibilidade de ser assistida por outra pessoa à sua escolha na votação. Essa acessibilidade é estendida ainda mais em vias de propaganda e nos debates eleitorais, que devem respeitar esta, usando, por exemplo, uma interpretação em LIBRAS.

Esses aspectos consistem em grandes inovações e os efeitos da condição de pessoa com deficiência no direito brasileiro, que trazem consigo grande esperança para a inclusão e acessibilidade dessas pessoas.

## **APLICABILIDADE DO ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, dispõe que aplicabilidade prática consideravelmente reduzida, pois os requisitos legais não são cumpridos como deveriam. Desta vez, as pessoas com deficiência física encontram-se em situação de vulnerabilidade social, pois suas reivindicações não são atendidas, embora a legislação as proclame.

Em termos de legislação, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi assinado em Nova York em 30 de março de 2007 e representa o seguinte objetivo em seu art. 1:

Art. 1º promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

No entanto, o pleno exercício dos direitos por todos é utópico, pois em decorrência de uma sociedade eminentemente discriminatória, as pessoas com deficiência física não são consideradas prioridade. Os deficientes ricos podem, de fato, se adaptar ao atual cenário de exclusão, pois podem pagar meios de integração como personalizar um carro, comprar livros de Libras, entre outros, e ainda assim não podem ser totalmente incluídos na sociedade.

Por outro lado, os pobres não têm alternativa, viver à mercê do que o estado pode permitir, que é infinito e insuficiente. Desta vez, uma parcela da população sem recursos financeiros que possui deficiência física está vivendo de forma desastrosa, pois transporte e educação entre outros estão prejudicados por falta de interesse do governo.

A Lei 13.146/2015, portanto, é claramente inaplicável, tampouco o seu artigo 27, por exemplo, segundo o qual:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sen-

soriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

## PROPOSTA DE INCLUSÃO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Dado tudo o que foi mencionado, fica claro que não apenas estado, mas que toda a comunidade pode fornecer mecanismos adequados para a integração das pessoas com deficiência física na sociedade. Não apenas como um imperativo moral, mas como uma forma de implementar políticas públicas legalmente assumidas. Um passo essencial para esse tipo de integração é, por exemplo, a obrigatoriedade do uso da LIBRA como segunda língua oficial para integrar todos que dela necessitem. É uma medida que não pode ser evitada, mesmo que sua inobservância seja constante no dia a dia.

No ambiente escolar, por outro lado, é preciso mais integração, ideia que consiste basicamente em adaptar um aluno especial para uma escola regular com o objetivo de eliminar as diferenças entre os alunos. O método integrativo consiste em ignorar as diferenças e deixar de lado qualquer tratamento especial que normalmente seria dado a um aluno especial. A escola não deve apenas primar pela possibilidade de integrar alunos com necessidades especiais no ambiente escolar regular, mas também despertar o interesse pelo assunto e aprender sobre as diferenças físicas nos alunos, sejam eles deficientes ou não. É uma proposta de educação inclusiva, caracterizada pela inclusão efetiva de alunos com necessidades especiais em sala de aula, mas com tratamento diferenciado adequado. Não se enfrentaria uma situação de indiferença em uma falsa postura isonômica, mas a implementação de políticas desiguais diante da desigualdade material.

Por outro lado, é extremamente importante que não só as instalações de controles sociais indiretos como escolas, creches, igrejas, etc. tenham mecanismos capazes de promover a inclusão de deficientes físicos no país, mas também para que tais medidas sejam efetivamente implementadas nos espaços públicos de forma a tornar a promoção da desigualdade mais visível.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da discriminação deve ser resolvida de modo que a sociedade evolui para se tornar mais harmoniosa e acolhedora para todos os segmentos sociais porque a discriminação é um mal que deveria ter sido eliminado da sociedade há muito tempo. No entanto, esta situação persiste e provoca a segregação da população e a criação de barreiras altamente prejudiciais.

Desta vez, os indivíduos devem aprender a viver em paz e respeitar as diferenças, porque as violações dos direitos humanos causadas pela discriminação, juntamente com o desinteresse em acomodar a sociedade para os deficientes físicos, são sinais de uma sociedade egoísta que nada tem a ver com o respeito pelo ser humano.

Insta a que seja declarado que a legislação existente regula as reivindicações das pessoas com deficiência deve ser respeitada, pois é preciso criar políticas públicas que coloquem em prática garantias regulamentadas de igualdade, acesso à educação e à cultura, acessibilidade

em movimento, investimentos em livros em Braille, entre outras medidas essenciais para adequar esta parte da população esquecida.

Além disso, deve-se ter em mente no debate nacional. A discriminação social, seja ela qual for, deve ser eliminada porque a missão do direito é regular a situação social para melhorar as condições de vida das pessoas e limitar a discriminação resultante da desigualdade entre as pessoas.

A desigualdade existe, mas a forma de lidar com ela deve ser a mais isonômica possível, proporcionar condições diferenciadas aos desiguais, aproximar as pessoas de oportunidades, seja na educação ou em outras áreas.

No que diz respeito à discriminação na educação, o principal marco jurídico internacional específico para o direito à educação foi a “Convenção contra a Discriminação na Educação”, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 1960.

Além disso, o conceito de discriminação inclui qualquer distinção que exclusão, restrição ou promoção que, devido à raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou outra, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, tenha por objetivo ou efeito destruir ou prejudicar a igualdade de tratamento em matéria de educação.

Desta feita, deve haver todos os aspectos da discriminação social devem ser abolidos para que se possa viver em uma sociedade mais igualitária, mais justa e com oportunidades iguais. Esta busca pelo esclarecimento do problema da discriminação social tem como instrumento a lei, que serve para regular e possibilitar a construção da isonomia social, seja no âmbito da discriminação relacionada com a deficiência física, seja no âmbito de outras discriminações.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, José Antônio Lages Salgado. A invenção do Braille e a sua Importância na Vida dos Cegos impressão: Gráfica 2000. BERNARDES, Adriana Oliveira. Da integração à inclusão, novo paradigma. Disponível em: <<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/educacao/0252.html>>. Acesso em março 2023

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional: A importância do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros editores, 2001.

BORGES, José Antônio. DOS VOX um novo acesso dos cegos à cultura e ao trabalho. Benjamin Constant, Rio de Janeiro, n.3, maio 1996. Disponível em: <[www.ibcnet.org.br](http://www.ibcnet.org.br)> Acesso em abril 2023

BRASIL, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>.

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

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em maio de 2023

BRASIL. Lei 13.146 de 03 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em abril 2023

BRASIL. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10436.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10436.htm)>

BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 5.296 de 2 de dezembro de 2004 – Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm)>

CUNHA, Rogerio Sanches; FARIAS, Cristiano Chaves; PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado – artigo por artigo. Ed 1ª. Salvador. Editora Juspodvim. 2016.

GEERTZ, C. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989. KARNOPP, L. B. Língua de sinais na educação dos surdos. In: THOMA, A.; LOPES, M. (Org.). A invenção da surdez: cultura, alteridade, identidades e diferença no campo da educação. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

MASINI, Elcie F. Salzano. O perceber e o relacionar-se do deficiente visual: orientando professores especializados. Boletim Anped. São Paulo: Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. Acesso em maio de 2023

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. Global Editora e Distribuidora Ltda., 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Editora Martins Pontes, 2002.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva. Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAGIAROLI Guilherme. Garoto de 13 anos diz que criou impressora braile de lego em apenas um mês. Do UOL, em São Paulo 04/02/2015. Disponível em <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/02/04/garoto-de-13-anosdiz-que-criou-impressora-braile-de-lego-em-apenas-um-mes.htm>>. Acesso em maio de 2023.



## Renda básica como garantia da dignidade da pessoa humana

## Basic income as a guarantee of the dignity of the human person

Hellizane Raquel Pereira dos Santos

*Bacharelanda em Direito pela UNITINS/Campus Augustinópolis*

Jiovanna Almeida Nunes

*Bacharelanda em Direito pela UNITINS/Campus Augustinópolis*

Kamila Soares Leal

*Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Exerce à Docência no Ensino Superior desde 2015*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.32

## RESUMO

Com o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, a adoção da política de transferência de renda no Brasil, contribui na luta contra as desigualdades sociais. O presente trabalho objetiva analisar o histórico e a tramitação da instituição de uma renda básica no Brasil. Trata-se de uma pesquisa documental e bibliográfica, com caráter descritivo, de natureza qualitativa, visando expor o que tem sido proposto para a instituição de uma renda básica familiar. A instituição de uma renda básica aos brasileiros em situação de vulnerabilidade já constitui direito social, previsto no Art. 6º, parágrafo único da Constituição Federal. A alteração foi feita pela PEC 29/20, proposta pelo senador Eduardo Braga que visa transformar a renda básica em uma política pública, que não vise fins eleitoreiros, mas a garantia da dignidade da pessoa humana. Atualmente a proposta está sendo analisada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Sendo aprovada pela Comissão, o texto será analisado por uma comissão especial quanto ao mérito e, se for aprovado, seguirá para o Plenário, onde precisará ser votado em dois turnos. É inconteste a importância das políticas de transferência de renda no Brasil, pois contribuem significativamente para a redução das desigualdades sociais. A instituição de uma renda básica familiar, de caráter permanente, constituirá um avanço para a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais no Brasil.

**Palavras-chave:** direitos humanos. dignidade da pessoa humana. transferência de renda. renda básica. tramitação.

## ABSTRACT

With the aim of eradicating poverty and marginalization, the adoption of the income transfer policy in Brazil contributes to the fight against social inequalities. The present work aims to analyze the history and process of establishing a basic income in Brazil. This is a documentary and bibliographical research, with a descriptive character, of a qualitative nature, aiming to expose what has been proposed for the institution of a basic family income. The institution of a basic income for vulnerable Brazilians already constitutes a social right, provided for in Art. 6, sole paragraph of the Federal Constitution. The change was made by PEC 29/20, proposed by Senator Eduardo Braga, which aims to transform basic income into a public policy, which does not aim at electoral purposes, but at guaranteeing the dignity of the human person. The proposal is currently being analyzed by the Constitution, Justice and Citizenship Commission. If approved by the Committee, the text will be analyzed by a special committee on the merits and, if approved, will go to the Plenary, where it will need to be voted in two shifts. The importance of income transfer policies in Brazil is undeniable, as they significantly contribute to the reduction of social inequalities. The establishment of a permanent family basic income will constitute a step towards eradicating poverty, marginalization and reducing social and regional inequalities in Brazil.

**Keywords:** human rights. dignity of human person. income transfer. basic income. procedure.

## INTRODUÇÃO

Os programas de transferência de renda, segundo Silva, Yazbek, Di Giovanni (2007), são aqueles destinados a realizar uma transferência monetária, sem necessariamente uma contribuição prévia, destinados às famílias pobres, consideradas a partir de uma determinada renda

per capita dos membros que constituem a família.

No Brasil, o tema das políticas de transferência de renda ganhou mais visibilidade com a apresentação do projeto de Lei nº 80/91 pelo então senador Eduardo Suplicy (PT/SP), que propunha a instituição de um programa de garantia de renda mínima, capaz de garantir a todo cidadão residente no país, a satisfação das necessidades básicas.

A proposta foi aprovada pelo Senado, originando a publicação da lei 10.835/2004, que institui a renda básica de cidadania e outras providências. Ocorre que, apesar da publicação da lei em comento, não houve a instituição da renda básica da forma que foi originalmente proposta.

No ano de 2020, o senador Eduardo Braga (MDB/AM), apresentou a proposta de emenda à Constituição nº 29/20, que acrescentou um parágrafo ao artigo 6º da Constituição, com o seguinte teor: “Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade de renda terá direito a uma renda básica, garantida pelo poder público, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei. ”

A proposta foi aprovada pelo Plenário, em sua análise, o relator votou pela exclusão dos artigos da PEC que propõem a exclusão da renda básica do teto de gastos e da compensação obrigatória do gasto com a renda básica. O texto aprovado pelo Senado foi remetido à Câmara dos Deputados em 12/11/2021, e assim permanece até a presente data.

O presente trabalho acadêmico visa analisar a importância da instituição de uma renda básica como um direito social para garantia da dignidade da pessoa humana. Para isso, é feita uma análise das gerações dos direitos fundamentais, com enfoque na segunda geração, que trata dos direitos sociais, bem como sua relação com a renda básica.

Se fez necessário a busca pelos aspectos históricos da renda no Brasil, e como renda básica como um direito social constitucionalmente garantido refletirá na busca pela dignidade humana, sobretudo para as populações mais vulneráveis do Brasil.

A constitucionalização da renda básica também permite que essas transferências de renda sejam uma política perene, uma política de Estado, que não poderá ser utilizada como propaganda política ou revogada por qualquer governo. Garantindo a estas famílias em situação de vulnerabilidade, mais segurança em relação a renda, imunizando-a em relação a conjunturas políticas.

## **GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM A INSTITUIÇÃO DA RENDA BÁSICA**

Direitos fundamentais são aqueles direitos de titularidade de todo cidadão jurisdicionado e protegidos por uma constituição federal, os direitos fundamentais são divididos em gerações, quais sejam, direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta geração. Aduz-se que as 3 (três) primeiras classificações dadas às gerações de direitos fundamentais são inspiradas no lema da Revolução Francesa, “*Liberté, égalité, fraternité*”.

Os direitos fundamentais previstos em nossa atual constituição estão previstos no título II (art. 5 ao art.12), sendo que se trata de rol meramente exemplificativo, vez que há outros direitos fundamentais previstos em artigos diversos da carta magna.

Aduz-se que os direitos fundamentais se originaram com o objetivo de serem instrumentos de controle estatal, ou seja, limitando o poder estatal em face do jurisdicionado, sendo, portanto, instrumentos que, indiretamente, concretizam o constitucionalismo.

Na visão de Alexandre de Moraes (1998, p. 16):

“...Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular...”

A primeira geração dos direitos fundamentais tem por base o primeiro lema da Revolução Francesa, qual seja, “LIBERTÉ”.

Os direitos de 1ª geração, portanto, tomam por base o lema da “LIBERDADE”, quer dizer que os direitos de 1ª dimensão exigem que o seu destinatário- Estado- se abstenha, por isso, são chamados de direitos individuais de caráter negativo, tendo em vista que são oponíveis a um destinatário que deve se abster, para que os direitos dos cidadãos sejam verificados na prática.

A abstenção do poder estatal consubstancia-se em mera limitação ao poder de legislar sobre as matérias de que tratam os direitos de primeira dimensão, ou seja, o Estado continua tendo o poder constitucional de legislar (atribuído, tipicamente, ao legislativo), mas sua atuação está limitada, haja vista que deve atuar protegendo os direitos já salvaguardados anteriormente.

São exemplos de direitos de primeira dimensão, o direito à propriedade, à liberdade, à liberdade de reunião, entre outros. Sendo que, o que há de comum entre eles é justamente a necessidade de abstenção estatal.

No entender de Motta e Barchet (2009):

Em síntese, temos que as Constituições liberais ou negativas prescrevem os direitos fundamentais de primeira geração, que em conjunto buscam um não-agir estatal no sentido de respeitar um espaço de liberdade próprio e exclusivo dos membros da sociedade; ao passo que as Constituições sociais ou dirigentes intentam consagrar um conjunto de direitos, os direitos sociais, integrantes dos direitos fundamentais de segunda geração, que impõem ao Estado várias ações, condutas positivas no sentido de implementar as políticas públicas necessárias à obtenção de condições mínimas de igualdade real para a totalidade dos membros da sociedade.

Diametralmente oposto aos direitos de 1ª dimensão, os direitos de 2ª dimensão são pautados no lema “EGALITE”, da revolução francesa.

São de segunda dimensão, os direitos que exigem uma atuação estatal no sentido de concretizá-los. Portanto, os direitos de segunda geração são aqueles que visam garantir a dignidade humana de seus titulares, sendo que a concretização desses direitos é custeada pelo Estado.

São exemplos de direitos de segunda geração, os direitos sociais previstos no artigo 6 da constituição, haja vista que são direitos que devem, necessariamente, ser custeados pelo Poder Estatal, para que se verifiquem na prática.

No entender de Motta e Barchet (2009), os direitos fundamentais de segunda dimensão impõem ao Estado condutas ativas/positivas no sentido de concretizar as políticas públicas do Estado, com intuito de garantir o mínimo existencial à população, como, por exemplo, o direito à uma renda básica.

Já os direitos de 3ª dimensão surgiram após a 2ª guerra mundial e são baseados no lema “FRATERNITÉ”, entendidos como direitos que visam trazer a fraternidade e a solidariedade, ou seja, os direitos de terceira geração são os direitos difusos e coletivos, tais como, a busca pela consolidação da paz mundial.

Os direitos de terceira dimensão visam criar uma sociedade justa e igualitária, logo, são direitos mais abstratos, como por exemplo, o direito à autodeterminação dos povos.

No entender de Sylvio Motta (2013, p. 189-201), os direitos dessa geração:

Ligados a um profundo humanismo e ao ideal de uma sociedade mais justa e solidária, materializam-se na busca por um meio ambiente equilibrado, na autodeterminação dos povos, na consolidação da paz universal etc. São decorrentes da própria organização social, sendo certo que é a partir dessa geração que surge a concepção que identifica a existência de valores que dizem respeito a uma categoria de pessoas consideradas em sua unidade, e não na fragmentação individual de seus componentes isoladamente considerados. Inequívoca a contribuição dessa geração para o surgimento de uma consciência jurídica de grupo e, conseqüentemente, o redimensionamento da liberdade de associação e de outros direitos coletivos (também são conhecidos como direitos transindividuais homogêneos, metaindividuais ou difusos).

Já os direitos de 4ª geração trazem limitações constitucionais ao implemento de determinados avanços tecnológicos na vida das pessoas, logo, os estudiosos dessa 4ª dimensão entendem que “cada pessoa deve ser tratada como um fim em si mesma, não como objeto”.

Portanto, por adotarmos a teoria natalista, que diz que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, mas que a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção faz com que os defensores dos direitos de 4ª dimensão procedam à tutela do direito à vida desde a concepção, limitando, inevitavelmente, o implemento de determinados avanços tecnológicos, ao trazer a ética e a moralidade como parâmetros limitadores dos avanços tecnológicos.

São, portanto, exemplos, de direitos de quarta geração, o direito à democracia e ao pluralismo.

Por fim, os direitos de 5ª geração são defendidos por Paulo Bonavides, em seu trabalho denominado como “a quinta geração de direitos fundamentais”.

Paulo Bonavides entende que a “paz” está intrinsecamente ligada à democracia, entendendo, portanto, que a paz (direito de 5ª geração) decorre da democracia, ou seja, a paz é produto do estado democrático de direito.

Portanto, no entender de Bonavides (2008):

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões. A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

Da análise das gerações dos direitos humanos, deduz-se que a renda básica é um direito social de 2ª geração/dimensão que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana concretizando, portanto, a teoria do mínimo existencial.

A renda básica é direito de 2ª geração, tendo em vista que é um direito social previsto no art. 6, parágrafo único da nossa constituição. Por ser de segunda geração, a renda básica exige

o agir estatal com o objetivo de concretizá-la, até porque a renda básica universal decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser analisado em apartado da teoria do mínimo existencial, tendo em vista que um decorre do outro.

A teoria do mínimo existencial dispõe que o Estado não pode negar o mínimo necessário para se ter uma vida digna. Logo, a teoria do mínimo existencial estabelece o dever do Estado em oferecer o mínimo de direitos que assegurem uma existência digna. Por dedução lógica, a renda básica universal assegura a existência digna de seus beneficiários.

Eduardo Suplicy, idealizador da renda básica universal, entende que a renda básica universal visa, em sentido amplo, atenuar a desigualdade social, fazendo com que as pessoas menos favorecidas não precisem retirar seus filhos da escola, para colocá-los para trabalhar precocemente, devido à inegável necessidade de contribuir para o sustento da família.

O ex-senador entende que instituir a renda básica universal é uma forma de estimular a manutenção das crianças nas escolas, diminuindo, portanto, a evasão escolar, haja vista que um dos requisitos para ser beneficiário do programa seria a manutenção dos seus dependentes na escola. Aduz-se que vincular o auferimento do benefício à manutenção dos dependentes na escola constitui-se um investimento em capital humano.

Ademais, o instituto da renda básica, além de obedecer à teoria do mínimo existencial, está diretamente ligado à garantia da dignidade da pessoa humana de seus beneficiários.

No entender do Ministro do STF, Alexandre de Moraes, em sua obra, “Direito constitucional”, a dignidade da pessoa humana caracteriza-se como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Portanto, a instituição de uma renda básica universal, que tem a natureza jurídica de direito social de segunda geração, além de estar amparada pela teoria do mínimo existencial, é instituto que concretiza a dignidade da pessoa humana.

## ASPECTOS HISTÓRICOS DA RENDA NO BRASIL

Antes de entender os aspectos históricos da renda no Brasil, se faz necessário compreender o conceito de renda, que é uma palavra que guarda consigo significados diversos, a depender do contexto em que é empregada.

O conceito de renda a ser utilizado para o presente trabalho, será o mesmo adotado pelo Código Tributário Nacional, que assim dispõe em seu artigo 43:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – De renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de

ambos;

II – De proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

[...]

Para Barreto (2017), o legislador ordinário bem esclareceu que a renda seria o produto do capital, trabalho ou, ainda, da combinação de ambos; já os *proventos de qualquer natureza* são os acréscimos patrimoniais que não se incluíam na definição de renda adotada.

Para Pereira e Leite (2017), no Brasil a distribuição da renda é auferida de forma funcional e pessoal. A distribuição de renda funcional visa analisar a repartição do Produto Interno Bruto (PIB) ou da Renda Nacional entre os proprietários de capital e os trabalhadores assalariados. Enquanto a distribuição de forma pessoal verifica os rendimentos que pessoas e famílias recebem.

Um estudo recente publicado pelo *World Inequality Lab* (Laboratório das Desigualdades Mundiais), que integra a Escola de Economia de Paris, aponta o Brasil como “um dos países mais desiguais do mundo” e diz que a discrepância de renda no país “é marcada por níveis extremos há muito tempo”.

É importante destacar que as transformações societárias acarretadas pelo desenvolvimento das forças produtivas do trabalho com o advento do sistema capitalista, são os pilares para a exacerbação da pobreza e conseqüentemente as mobilizações e reivindicações da classe trabalhadora, exigindo do Estado medidas de combate aos reflexos da questão social brasileira.

Com o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, causadas sobretudo pela má distribuição da renda e oportunidades, no ano de 1991, surgiu o primeiro projeto de lei que propôs um programa pautado na redistribuição de renda, idealizada pelo senador Eduardo Suplicy (PT/SP).

A partir de então, houve a implementação das políticas de transferência de renda, que segundo Silva, Yazbek, Di Giovanni (2007), são aquelas destinadas a realizar uma transferência monetária, sem necessariamente uma contribuição prévia, destinados às famílias pobres, consideradas a partir de uma determinada renda per capita dos membros que constituem a família.

De acordo com Silva (2008), a institucionalização dos programas de transferência de renda, no Brasil, pode ser resumida em importantes momentos, sendo eles:

1. Iniciativa do Senador Eduardo Suplicy com o Programa de Renda Mínima;
2. Proposta inovadora - transferência de renda para as famílias que tivessem crianças com faixa etária de 5 a 16 anos, matriculadas regularmente em escolas públicas;
3. Intensificação do debate sobre as experiências municipais;
4. Criação dos programas de transferência de renda pelo Fernando Henrique Cardoso (no seu segundo mandato) que são: Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Bolsa Renda, Vale Gás, Benefício de Prestação Continuada, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.

Em 2003, no governo Luiz Inácio Lula da Silva, com o objetivo de erradicar a pobreza e

a marginalização no Brasil, foi elaborado o Programa Fome Zero. Conseqüentemente, houve a unificação dos programas criados por Fernando Henrique Cardoso, através do Programa Bolsa Família.

De acordo com MDS (2018), o programa Bolsa Família buscava beneficiar famílias em situação de extrema pobreza, ou seja, com renda mensal por pessoa de no máximo até R\$ 85,00, assim como famílias pobres, com renda mensal por pessoa de R\$ 85,01 a R\$ 170,00. Tendo como finalidade, garantir para os beneficiários o direito humano à alimentação adequada, à educação e à saúde.

Em dezembro de 2021, foi publicada a lei 14.284 que institui o programa Auxílio Brasil e o programa Alimenta Brasil, em substituição ao programa Bolsa Família. Objetivando a promoção da cidadania com garantia de renda e apoiar, por meio dos benefícios e serviços ofertados pelo Suas, a articulação de políticas direcionadas aos beneficiários, com vistas à superação das vulnerabilidades sociais das famílias, bem como reduzir as situações de pobreza e de extrema pobreza das famílias beneficiárias.

Em 2023, com a posse do presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, foi expedida a medida provisória 1.164, de 02 de março de 2023, que institui o Programa Bolsa Família, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, em substituição ao Programa Auxílio Brasil, instituído pela Lei nº 14.284, de 29 de dezembro de 2021.

O Programa possui três eixos principais: transferência de renda, condicionalidades e programas complementares. A transferência de renda promove o alívio imediato da pobreza. As condicionalidades reforçam o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social. Já os programas complementares objetivam o desenvolvimento das famílias, de modo que os beneficiários consigam superar a situação de vulnerabilidade.

O programa bolsa família, que é o atual programa de transferência de renda direta às pessoas em situação de pobreza e extrema pobreza, compõe a renda de cerca de 55 milhões de pessoas, segundo informações dada pelo então ministro do Desenvolvimento, Wellington Dias.

Restando evidente a importância das políticas de transferência de renda para complementação e até mesmo a única fonte de renda de muitas pessoas vulnerabilizadas.

## **A RENDA BÁSICA COMO DIREITO SOCIAL**

A renda básica pode ser vista como um direito social, já que todas as pessoas deveriam ter o direito de uma vida digna e sustentável, independentemente de sua origem socioeconômica, gênero, raça ou orientação sexual. Ao fornecer uma quantia mínima de dinheiro para cobrir as necessidades básicas de vida, a renda básica pode ajudar a garantir que todos os cidadãos tenham acesso a uma vida digna.

Além disso, a renda básica pode ser vista como uma extensão do direito humano básico à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Quando as pessoas têm acesso a uma renda básica, podem ter mais liberdade e escolhas para moldar suas próprias vidas e buscar seus próprios objetivos.

No entanto, a implementação da renda básica como um direito social levanta questões importantes sobre como ela seria financiada e distribuída. Sugerem que a renda básica seja financiada através de impostos progressivos ou de uma taxa sobre o automóvel, enquanto outros propõem a redistribuição de recursos existentes.

No ano de 2020, o senador Eduardo Braga (MDB/AM), apresentou a proposta de emenda à Constituição nº 29/20, que acrescentou um parágrafo ao artigo 6º da Constituição, com o seguinte teor: “Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade de renda terá direito a uma renda básica, garantida pelo poder público, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei.”

Segundo o senador Eduardo Braga, as políticas de transferência de renda têm sido utilizadas como propaganda governamental, valendo-se da grande desigualdade existente para a promoção de determinada pessoa ou partido.

Transformar a renda básica em um direito social, significa que devem ser concretizadas políticas públicas que garantam o mínimo existencial à população vulnerável de forma permanente, independentemente do governo que estiver gerindo o país.

O senador Antônio Anastasia, em sua análise da PEC 29/20, votou pela aprovação no sentido:

A constitucionalização desse direito alça essas transferências sociais ao mesmo patamar de outros benefícios. Seja o Bolsa Família, o Auxílio Brasil, ou outro novo benefício a ser criado, haverá o mesmo status que hoje possuem políticas consagradas como o seguro-desemprego, o Benefício de Prestação Continuada, o abono salarial, as aposentadorias e as pensões.

É um ganho de legitimidade para parcela da população que frequentemente é vista por alguns não como beneficiárias de uma política pública, mas como receptoras de um favor. A constitucionalização da renda básica também permite que essas transferências de renda sejam uma política perene, uma política de Estado, que não poderia ser revogada por qualquer governo.

O poder aquisitivo dos brasileiros mais vulneráveis deve estar imune a conjunturas políticas. Nunca é demais lembrar que este é um tipo de política pública com grande alcance sobre as crianças de nosso País. Espera-se que o estigma seja combatido e a renda básica tenha estabilidade para florescer nos próximos anos.

A proposta da renda básica visa atender às famílias de forma progressiva, iniciando pelos grupos familiares em situação de extrema pobreza, garantindo a estas famílias, condições dignas de sobrevivência, nas palavras de Barcellos (2019), dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado.

Trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica. A dignidade da pessoa humana é um dos Fundamentos da Constituição Federal de 1988.

Assim é, fundamento e deve ser finalidade social, dessa forma só terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles. Assim, é fato que a dignidade da pessoa humana não se esgota em a ter acesso à educação, saúde e moradia.

Entretanto, ter acesso à direitos básicos, possibilita ao indivíduo as mais diversas formas de liberdade, da integridade, do trabalho entre outros, além de como esses valores se relacionam. Garantir uma renda básica aos vulnerabilizados socialmente não é concordar com a falta de iniciativa para o trabalho, e sim a de dar suporte ao indivíduo.

Nas palavras de Pereira da Silva, (2021), a lógica que impulsiona os direitos sociais é a luta contra a lógica do mercado. A renda básica de cidadania pertence a essa categoria de direito. Pois nas atuais circunstâncias de persistente crise de desemprego em massa, incapacidade do mercado de trabalho de absorver as novas gerações de potenciais empregados, além da crescente massa de pessoas liberadas do trabalho pela revolução tecnológica e da chamada reestruturação produtiva, a possibilidade de retorno do pleno emprego parece longe de ser uma possibilidade real.

No Brasil, na cidade de Maricá no Rio de Janeiro, houve a implementação da renda básica cidadã, sendo o único município em todo o país que mantém ativa este programa que visa garantir condições mínimas de sobrevivência e dignidade a todos os moradores, segundo informações fornecidas pelo site da Prefeitura de Maricá/RJ, a renda básica vem melhorando a qualidade de vida das famílias que vivem em situação de pobreza.

Cada beneficiário recebe um cartão de débito referente à sua conta bancária, e o pagamento é feito em Mumbucas, por meio da plataforma digital e-dinheiro, em todos os estabelecimentos cadastrados, como supermercados, hortifrutis e farmácias de Maricá, entre outros. Para ter direito ao benefício, o morador precisa estar inscrito no Cadastro Único da União (CadÚnico) e residir em Maricá, no mínimo, por três anos.

A renda da família deve ser de até três salários mínimos. Criado pela Lei no 2.448, de 26 de junho 2013, que instituiu o “Programa Municipal de Economia Solidária, Combate à Pobreza e Desenvolvimento Econômico e Social de Maricá”, o programa foi expandido após a aprovação da Lei nº 2.652 de 15 de dezembro de 2015. Todos os programas de transferência de renda foram unificados na Renda Básica da Cidadania.

O programa Renda Básica da Cidadania injeta mensalmente na economia de Maricá cerca de R\$ 8,4 milhões, gerando impacto positivo de 25% no PIB do município. Atualmente, 42,5 mil moradores são beneficiados pela transferência de renda. Com a pandemia, o valor distribuído a cada beneficiário chegou até 30 Mumbucas por pessoa. Agora, de acordo com a Lei Municipal nº 3.153, de 4 maio de 2022, o valor passou a ser de 200 Mumbucas (equivalente a R\$ 200) por pessoa.

Assim, os resultados obtidos pelos cidadãos de Maricá, são uma pequena amostra dos benefícios da implementação do programa em todo o país, sendo necessário para o futuro de Estado de bem-estar social e da cidadania social, garantindo sobretudo, condições mínimas de dignidade.

Atualmente a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2020, constante do autógrafo junto, que “Introduz a renda básica como direito social” está na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, a proposição está sujeita a apreciação do plenário, tendo como último ato até a presente data, a designação do relator, o deputado Guilherme Boulos (PSOL-SP).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado neste estudo, a renda básica é uma ideia que tem sido debatida há décadas, mas recentemente tem ganhado mais destaque em todo o mundo. A ideia central da renda básica é fornecer a todos os cidadãos uma quantia mínima de dinheiro suficiente para cobrir suas necessidades básicas de vida.

Esta ideia atraiu a atenção de muitos economistas, políticos e defensores dos direitos humanos, que acreditam que a renda básica pode ser uma solução para muitos problemas sociais. Os defensores da renda básica argumentam que ela pode ajudar a reduzir a pobreza, a desigualdade, o desemprego e a exclusão social.

No entanto, a implementação da renda básica enfrenta muitos desafios, incluindo os custos financeiros, as autoridades fiscais, as preocupações com a desmotivação para o trabalho, entre outros. Além disso, há questões éticas e políticas a serem consideradas, incluindo a quem a renda básica seria fornecida e como ela seria financiada.

Apesar dos desafios, a renda básica continua a ser uma ideia intrigante e inovadora que merece uma discussão mais aprofundada. Com o aumento da automação e da inteligência artificial, a renda básica pode se tornar uma necessidade para garantir a sobrevivência dos cidadãos em um mundo em constante mudança.

Ademais, a natureza jurídica da renda básica é de programa de transferência de renda cujos destinatários são famílias pobres, cuja renda per capita não ultrapasse um patamar a ser estabelecido pela lei, sendo que os demais requisitos para ser beneficiário da renda básica ainda estão sendo definidos.

Aduz-se que o tema da renda básica ganhou visibilidade com a apresentação do projeto de lei elaborado pelo então Senador Eduardo Suplicy PT/SP (2002). Tal projeto visava instituir um programa que atendesse às necessidades básicas de determinados cidadãos brasileiros. Ao ser aprovada pelo senado, a proposta originou a publicação da lei 10.835/2004 que apenas instituiu a renda básica, contudo não trouxe qualquer forma de implementá-la na prática.

Por isso, o senador Eduardo Braga (MDB/AM) apresentou a PEC no 29/20 que originou o parágrafo único do artigo 6º da CF. Ou seja, até hoje os parâmetros para ser beneficiário da renda básica ainda não foram regulamentados.

Cabe explicitar que, a renda básica decorre do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, vez que materializa direitos básicos, como, por exemplo, direito à alimentação, moradia, transporte, lazer, assistência aos desamparados, etc.

Tais direitos foram instituídos pela constituição federal em seu artigo 6º, contudo, a carta magna se limitou a instituí-los, vez que não trouxe qualquer forma de concretizá-los na prática. Tal omissão da constituição faz com que os cidadãos mais pobres não tenham direito ao mínimo existencial, mas mera expectativa de direito.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BARRETO, Simone Rodrigues Costa. Renda. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo,

De Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/295/edicao-1/renda>.

BBC. 4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório. Globo, 07/12/2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/12/07/4-dados-que-mostrar-por-que-brasil-e-um-dos-paises-mais-desiguais-do-mundo-segundo-relatorio.ghtml>.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 2008. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127/>

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62478/direitos-humanos-fundamentais-evolucao-historica-e-visao-da-carta-constitucional-patria>.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da Curso de direito constitucional / Sylvio Motta, Gustavo Barchet. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Disponível em: <https://vdoc.pub/documents/curso-de-direito-constitucional-3eff2vo5pk80>.

MOTTA, Sylvio. Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões. Editora Campus Concursos, 2013, p. 189, 192, 193, 198,199, 201.

PEREIRA DA SILVA, Josué. Renda básica e cidadania. Democracia e mundo do trabalho, 2021. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=como+referenciar+site>.

PEREIRA E LEITE. Distribuição funcional de renda: tendências internacionais e dificuldades de mensuração. 2017.

Prefeitura de Maricá/RJ. Renda básica da cidadania, 2023. Disponível em: <https://www.marica.rj.gov.br/programa/renda-basica-da-cidadania/>.

SILVA, Maria Ozanira da Silva (coord.). O Bolsa Família no enfrentamento à pobreza no Maranhão e Piauí. São Paulo: Cortez: Editora Gráfica da UFPI, 2008.

SUPLICY, E. M. Renda de cidadania: a saída é pela porta. 2ª. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

YAZBEC, Maria Carmelita. Pobreza no Brasil contemporâneo e formas de seu enfrentamento. Revista Serviço Social & Sociedade, São Paulo: Cortez, n. 110, abr./jun., 2012.



# Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética

---

Juliana Almeida Galindo do Nascimento

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.33

## GLOBALIZAÇÃO E PULVERIZAÇÃO ÉTICA DO DIREITO NA ATUALIDADE

Nos últimos anos, o mundo como um todo vive um momento de transição entre diferentes modelos de governo. Com o final da Guerra Fria, a dicotomia capitalismo-socialismo desapareceu, abrindo o espaço global para novas e diferentes oportunidades. Neste mesmo momento, a prática da globalização deixou de ser restrita a apenas alguns blocos econômicos e começou a sua constante e interminável expansão, reorganizando as relações entre os focos tradicionais de poder.

A globalização econômica e social é, inegavelmente, uma realidade. Contudo, a sua decorrência não acarreta o desfalecimento do Estado Moderno ou mesmo a redução da importância dos Estados nas relações internacionais, pois ela trata-se do fruto das decisões políticas, econômicas e sociais dos próprios governos nacionais, que moldam o processo de globalização enquanto modificam e transformam a própria sociedade.<sup>1</sup>

As consequências internas deste processo acarretam uma completa diferenciação dos ideais éticos de uma sociedade, já que agora cada indivíduo possui religião, etiqueta, visão política e moral diferentes devido às influências exteriores, que quebram com os costumes e tradições consuetudinárias previamente enraizadas na sociedade.

No entanto, uma instituição social continua, ou pelo menos aparenta continuar, intacta: o direito, graças ao seu caráter teoricamente neutro e autopoiético, isto é, isolado de qualquer outro tipo âmbito da vida em sociedade. E, também, devido ao seu poder tanto imperativo quanto autorizante<sup>2</sup>, pois, ao mesmo tempo em que impõe um dever a determinada pessoa, também autoriza o indivíduo prejudicado a exigir dela o cumprimento desta norma por meio da coação<sup>3</sup>, o poder público de coerção, tanto psíquico e moral quanto puramente físico, regulado e disciplinado pelas instituições políticas que regem a vida em sociedade.

Logo, o direito ganha cada vez mais destaque e, concomitantemente, torna-se cada vez mais casuístico e menos geral, justamente devido a essa diferenciação não só entre os indivíduos, mas também entre os grupos sociais. Portanto, a prática do direito deixa de guiar-se somente pelos conceitos coletivos da norma jurídica e começa a utilizar-se, então, das decisões jurídicas baseadas nos casos concretos, isto é, das produções jurisprudenciais.

A jurisprudência<sup>4</sup> é o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas e casos semelhantes, constituindo assim uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. Ou seja, é o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

Segundo a ótica de João Maurício Adeodato<sup>5</sup>, a complexidade nas sociedades modernas traz mais distanciamento entre o texto jurídico genérico e a decisão concreta, causando um crescimento de poder daquele que decide, ou seja, há um aumento do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, antes o único poder legítimo para estabelecer regras gerais, ferindo

1 MAGNOLI, Demétrio. *Globalização: Estado nacional e espaço mundial*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2005. p. 51-57.

2 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 406-407.

3 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 134.

4 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 314-315.

5 ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2011. pp. 242-243.

claramente o princípio outrora intocável da separação dos poderes.

A utilização da jurisprudência não é um fato extremamente recente, mas a sua importância como fonte de direito está sendo cada vez mais em destaque nos dias atuais, sendo, em certos casos, mais levada em consideração do que até mesmo as próprias leis sancionadas pelas instituições políticas, como ocorre em certas deliberações do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

No dia 5 de maio de 2011, a corte máxima do Judiciário brasileiro decidiu, em voto unânime, considerar como união estável as relações entre pessoas do mesmo sexo. Com isso, a união homoafetivo deixou de ser considerada uma sociedade e passou a ser oficialmente reconhecida como uma entidade familiar, assim passando a ter os mesmos direitos previdenciários como pensão e herança em caso de morte ou divisão de bens e pensão alimentícia em caso de separação.<sup>6</sup>

Todavia, segundo o Artigo 226 da Constituição Federal de 1988, é somente reconhecida como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher. Portanto, a sentença determinada pelo Supremo Tribunal Federal ganha o poder de modificar uma lei constitucional, papel que, teoricamente, deveria apenas ser exercido pelo Poder Legislativo.

Outro caso de interferência do Judiciário no Legislativo ocorreu em 11 de abril de 2012. O Supremo Tribunal Federal, com 8 votos a favor e 2 contra, declarou inconstitucional qualquer tipo de penalização pela antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos e, conseqüentemente, reconheceu o direito da gestante de antecipar o parto, nos casos de gravidez de feto anencefálico, com diagnóstico feito devidamente por um médico habilitado, sem a necessidade judicial prévia.<sup>7</sup>

Deste modo, a decisão descriminaliza a prática do aborto em um caso específico, o de fetos anencéfalos, ou seja, a ausência parcial ou total do encefálo e do crânio, tratando-se de uma patologia letal que acarreta na morte do feto pouco tempo após o parto. Então, o Estado, por decisão judiciária, pode dar a opção à gestante de antecipar o fim da gravidez para, portanto, evitar qualquer tipo de futura complicação não só para o feto quanto para si própria.

Assim como o caso da união estável entre homossexuais, a legalização do aborto para fetos anencéfalos também encontra uma barreira jurídica, pois, de acordo com o Artigo 121 do Código Penal Brasileiro, matar alguém é um crime com pena de 6 a 20 anos de reclusão.

Logo, muitos setores da sociedade revoltaram-se com a decisão feita pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que se trata de um homicídio, pois, ao antecipar o parto, a gestante está também, conseqüentemente, acabando com a vida de seu feto, o que, para os partidários contra esta decisão, também fere o direito fundamental à vida do ser humano.

Como é possível observar, as produções jurisprudenciais não são bem recebidas pela totalidade da população, sempre encontrando grupos favoráveis ou desfavoráveis às decisões feitas pelo Judiciário.

Um grupo contra partidário são os juspositivistas legalistas, que defendem uma inter-

<sup>6</sup> CRUZ, Cleidiana da Conceição; SILVA, Nayara Maria Pereira da. A legitimidade da decisão do STF a favor da união homoafetiva frente aos anseios de uma sociedade plural. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011.

<sup>7</sup> GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Mariantonieta Pailo. Aborto de anencéfalos: direito a vida e impacto sucessório. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012.

pretação literal da lei pelos juristas, que, portanto, devem possuir apenas o papel de aplicação, enquanto o monopólio da criação e da determinação da lei é exercido pelo Poder Legislativo.<sup>8</sup> Ou seja, afirmam ser necessária uma clara distinção entre os poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, não uma completa separação, mas uma constante interdependência, para, assim, evitar uma concentração autoritária ou a preponderância de um poder. No entanto, isto apenas se mantém na teoria, já que, na atualidade, o Judiciário acaba sobrepondo-se aos demais.

Sendo assim, do mesmo modo como as leis foram modificadas a partir dela, a jurisprudência também pode ser substituída a partir da interferência da sociedade. Logo, o direito afasta-se cada vez mais da autopoiese, que ele pretendia ter como ideal pressuposto, devido à crescente influência dos demais grupos, favoráveis ou não a alguma lei ou sentença jurídica, que se formam através da extrema diferenciação entre os indivíduos.

A partir da o aumento da importância da jurisprudência na prática do direito, o jurista brasileiro João Maurício Adeodato<sup>9</sup> conceitua o presente estado do Poder Judiciário na realidade brasileira:

No Brasil, o problema da sobrecarga da decisão do Poder Judiciário aparece muito mais claramente, sobretudo diante de um Poder Legislativo inoperante e de uma legislação inadequada sobre os processos de escolha política.

Portanto, juízes singulares, e não apenas tribunais superiores, criam literalmente comandos gerais, que só purismo da técnica dogmática impede de chamar de leis. Portanto, justamente por este motivo, Matis defende que o Judiciário se trata do “superego da sociedade órfã.

Na atualidade, os membros da sociedade buscam como finalidade a igualação dos não-iguais, já que o direito dogmático e os tradicionais ideais democráticos não exercem o papel que lhes deveria ser feito, pois a gigantesca complexidade social impossibilita uma vontade popular única e coletiva.

## DIREITOS HUMANOS E DIREITOS NATURAIS

*One love, one life  
When it's one need in the night  
One love  
We get to share  
We're one  
But we're not the same  
We get to carry each other  
Carry each other  
One love, one blood  
One life you got to do what you should.  
One life with each other: sisters, brothers.  
One life, but we're not the same.<sup>10</sup>*

<sup>8</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 86-87.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 243.

<sup>10</sup> BONO. *One*. In: *U2. Achtung Baby*. Dublin: Island Records, 1992.

A canção do grupo musical irlandês U2 trata-se de uma reflexão sobre este processo de igualação entre os desiguais, extremamente necessário na atualidade para uma melhor vida social. Portanto, para o melhor funcionamento deste processo, são essenciais direitos humanos, isto é, direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos que garantam a vida, alimentação, afeto, moradia, educação e saúde, e que sejam considerados indispensáveis e inalienáveis para o ser humano.

Em 10 de dezembro de 1948, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, um código de leis que tanto institucionalizou quanto internacionalizou os direitos humanos, ganhando grande destaque não só na esfera universal, mas também nos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado.<sup>11</sup>

No entanto, o ideal de direitos indispensáveis e universais para todos os seres humanos não surgiu a partir deste momento histórico, mas sempre esteve presente no pensamento jurídico ao longo da existência humana, seja como direito natural ou direito fundamental, mas somente após as violações sofridas pelas vítimas do Holocausto a comunidade mundial percebeu a necessidade de sistematizar e decretar leis essenciais para todos os indivíduos.

O direito natural, também denominado *jusnaturalismo*, defende a existência de uma imutável ordem jurídica além da efetiva, aquela observável pelos órgãos dos sentidos, que é metaforicamente designada como natural por não ser produzido pelo ser humano, e que prevalece sobre a ordem positiva, artificial e posta pelo ser humano.<sup>12</sup>

Logo, o jusnaturalismo é igual para todos os indivíduos, como os direitos à vida, igualdade e autodeterminação, mas de modo não-empírico, pois não é aferível sensorialmente. Devido a esta diferença, ele é considerado pelos defensores do direito positivo como uma ideologia ilegítima, ultrapassada e fracassada.

Ao longo dos séculos, o próprio jusnaturalismo modificou-se através das mudanças políticas e ideológicas presentes na sociedade, de um modo que partiu do divino e, gradativamente, aproximou-se do mundano. Portanto, o seu caráter dito imutável não representa a realidade do direito natural, pois iniciou-se na defesa de leis essenciais e fundamentais acima ou apenas pertencente à própria divindade, o direito eterno, e, logo antes da Revolução Francesa, afirmava se tratar da própria vontade do povo.

Conquanto, assim como é o caso dos direitos humanos após o ano de 1948, um direito natural pode tornar-se direito positivo caso seja amplamente aceito pela instituição política responsável pela legislação das normas jurídicas. Desta maneira, é aparente o caráter mutável e momentâneo destes dois estados devido às constantes transformações que ocorrem dentro de uma sociedade.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>13</sup>, atualmente, a dicotomia entre direito natural e direito positivo encontra-se cada vez mais enfraquecida devido à promulgação constitucional dos direitos fundamentais, pois ao estabelecer-se na forma de norma posta empiricamente em leis, o direito natural acaba transformando-se em direito positivo.

<sup>11</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009.

<sup>12</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo, Saraiva: 2009. p. 124.

<sup>13</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 171.

Todavia, uma questão ainda é bastante discutida no estudo do direito até os dias atuais: a dicotomia entre os direitos objetivo e subjetivo, que pode ser representada pelas duas visões antagônicas dos grandes teóricos contratualistas sobre a criação do Estado: Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes.

Na obra *O Contrato Social*, Rousseau defende um acordo sinalagmático entre os indivíduos e o próprio Estado, dando-lhes direitos e deveres em troca de harmonia e legitimidade, respectivamente. Enquanto Hobbes, afirma na obra *O Leviatã* que os indivíduos unem-se e entregam seus próprios direitos em troca de proteção do Estado para fugir do estágio inicial da humanidade, uma constante guerra devido aos choques de liberdades e autoridades, onde o homem é o lobo, ou seja, o inimigo, do homem.<sup>14</sup>

Contudo, ao mesmo tempo em que procuram estabelecer a verdadeira origem do Estado segundo pontos de vista contrários, os dois pontos pensadores conseguem chegar a conclusões similares sobre a verdadeira função deste objeto de estudo: buscar a harmonia e a segurança na vida coletiva, através da retirada de boa parte de sua liberdade e, concomitantemente, entrega de obrigações em forma de leis e regras desenvolvidas racionalmente, ou seja, a formação do direito positivo.

O direito subjetivo consiste na faculdade de agir, fazer, omitir ou impedir outros de elaborar estas mesmas ações, desde que garantida pelo direito objetivo, que, para Maria Helena Diniz<sup>15</sup>, representa um complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação.

A grande complicação encontra-se na dúvida fundamental de se há ou não direitos subjetivos válidos por si mesmos, prévios e superiores ao direito positivo, seja por uma vontade geral e inconsciente, seja por interesses abstratos com alguma finalidade prática, ou se os direitos subjetivos somente existem porque são concedidos pelo direito objetivo posto pela sociedade.<sup>16</sup>

Na ótica de Rousseau, os seres humanos já possuíam direitos subjetivos em seu estado de natureza, portanto é obrigação do Estado manter a sua parte contrato, respeitando-os e protegendo os indivíduos das ameaças exteriores. Já, segundo Hobbes, deve ocorrer uma preponderância do direito objetivo, já que o ser humano entrega todos os seus direitos para o Estado em busca de segurança, não podendo cobrar nenhum tipo de direito em troca.

Sendo assim, atualmente, a principal dificuldade do ser humano na não é mais possuir ou não as leis essenciais, universais e fundamentais, que muitos buscaram ao longo da História, pois eles já estão estabelecidos de forma geral e abstrata como um dado cultural pelo direito objetivo, mas, na verdade, ter ou não o direito subjetivo, isto é, a capacidade de praticar as leis, para usufruir de uma vida igualitária, livre e autodeterminada a partir dos direitos humanos.

14 CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. *Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 254.

15 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 314-315.

16 ADEODATO, João Mauricio. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 88-89.

## DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Através de seu caráter internacional, os direitos humanos são amplamente utilizados e aplicados nas constituições ao redor do mundo. Entretanto, no momento em que são reconhecidos e positivados em códigos de leis e normas jurídicas específicos a cada Estado, os direitos humanos, considerados inerentes ao homem, tornam-se direitos fundamentais do homem.

Conforme o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho<sup>17</sup>, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são frequentemente utilizada como sinônimas, mas é possível distingui-las segundo a sua origem e significado. Enquanto os direitos humanos são válidos para todos os povos e em todos os tempos, os direitos fundamentais são os próprios direitos do homem, porém garantidos jurídico-institucionalmente e limitados espaço-temporalmente numa ordem jurídica concreta.

O direito do homem à saúde, portanto, torna-se um direito fundamental no Brasil a partir da promulgação, na Constituição Federal Brasileira de 1988, do Artigo 196, que define a saúde como um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação dos indivíduos. Desta forma, a saúde passa a ser um direito público subjetivo, um bem jurídico constitucionalmente tutelado.<sup>18</sup>

Portanto, é responsabilidade estatal promover a saúde, que a Organização Mundial da Saúde diz não se tratar apenas da ausência de doenças, mas do completo bem-estar físico e psicológico da sociedade. Sendo assim, são obrigatórias ao próprio Estado as funções de, por exemplo, disponibilizar hospitais públicos de boa qualidade, distribuir medicamentos e ensinar dicas de alimentação saudável à população.

Ao analisar a proposta da Constituição de 1988, o jurista brasileiro José Cretella Júnior<sup>19</sup> defende o ideal do direito à saúde:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social como o da saúde, ou seja, o bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento.

Para o indivíduo, saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte.

Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Todavia, os compromissos estabelecidos por lei não são sempre postos em prática pelo governo, como é o caso do SUS, o Sistema Único de Saúde. Criado na mesma constituição que o direito fundamental à saúde, a de 1988, com o intuito de alterar a situação desigual em que

<sup>17</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009.

<sup>18</sup> RIBEIRO, Patrícia Gomes. *O Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível*. *Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*, Natal, v. 2, n. 2, mai. /Jun. 2011.

<sup>19</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988 – Volume III*. São Paulo: Forense Universitária, 1997. p. 4331.

se encontrada a saúde da população, ele tornou obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sem nenhum tipo de cobrança em dinheiro sob qualquer pretexto.

A realidade contraria por completo a tese defendida pelo SUS, já que a situação dos hospitais públicos brasileiros continua precária pela falta de investimentos na infraestrutura hospitalar, portanto forçando grande parte da população a, cada vez mais, pagar preços exorbitantes por planos de saúde privados, casos contrários terão que enfrentar hospitais sucateados com gigantescas filas de espera, além ausência tanto de médicos quanto de medicamentos e utensílios hospitalares.

Sendo assim, ao não fornecer um bom sistema de saúde público para a população, o Estado não está só violando o direito humano à saúde, mas também o próprio direito à vida, que estão intrinsecamente interligados, já que o primeiro representa uma consequência constitucional indissociável do outro, sendo ambos necessários para a existência de uma vida digna em sociedade.<sup>20</sup>

De outro ponto de vista, o Sistema Único de Saúde brasileiro representa um avanço estatal em busca da implementação universal do direito à saúde defendido pelos direitos humanos, pois este sistema trata-se de uma situação completamente inimaginável para muitos países, como, por exemplo, os Estados Unidos da América.

Nos Estados Unidos, o programa governamental Obamacare, um plano socioeconômico de cuidado para a saúde acessível e de proteção aos pacientes, está em processo de implementação, mesmo recebendo duras críticas da bancada conservadora republicana no Congresso.<sup>21</sup>

Para o partido republicano, o Estado não deve tomar esse papel paternalista, isto é, como uma própria babá dos membros da sociedade, mas respeitar a individualidade de cada um, principalmente quando interfere economicamente na vida deles através do aumento de tributos fiscais, pois infringe o direito de autodeterminação do sujeito, uma das bases dos direitos humanos.

Na atualidade, a contradição entre o direito à vida ou à saúde e o direito à autodeterminação está cada vez mais presente nas ações estatais, que, dirigindo-se ao bem maior, interferem e até mesmo prejudicam o bem individual de cada membro da sociedade, devido ao fato de cada vez mais marcante diferenciação entre eles. Portanto, é essencial por parte do Estado procurar desenvolver um método de governo que consiga estabelecer um equilíbrio entre a determinação estatal e a liberdade, tanto de expressão quanto de pensamento, de seus indivíduos.

## O ESTADO PATERNALISTA

O equilíbrio entre a determinação estatal e a liberdade individual em sociedade ainda não conseguiu ser alcançado em sua totalidade pelo ser humano, portanto o Estado ainda se utiliza do seu poder coercitivo sobre os indivíduos para conseguir estabelecer um bem-estar social coletivo, através de práticas de certo caráter autoritário, como uma espécie de figura paterna para a sociedade, por isso, dá-se o nome de Estado paternalista para este modelo de governo.

<sup>20</sup> ORDACGY, André da Silva. *A Tutela de Saúde como um Direito Fundamental do Cidadão*. Escola Superior da Defensoria Pública da União, 2006.

<sup>21</sup> FELDSTEIN, Martin. *O Erro Fatal do Obamacare*. Tradução: Diogo Cavaleiro. *Jornal de Negócios Online*, 19 nov. 2013.

Com este pensamento em mente, Ramiro Avilés<sup>22</sup> conceitua o paternalismo jurídico presente na atualidade:

O paternalismo jurídico trata-se da intromissão por parte do Estado na vida das pessoas através de certas políticas públicas ou de normas jurídicas que, em sua visão negativa, proíbem a realização de uma série de comportamentos, obstaculizam certas ações, desestimulam determinadas opções ou desaconselham algumas escolhas que diretamente não causam danos a terceiras pessoas, mas que podem provocar danos ou não beneficiar as pessoas que os realizam.

Portanto, o Estado paternalista, ao mesmo tempo em que tenta cumprir as suas responsabilidades de proteção e segurança para os indivíduos, pode acabar tornando-se um dos principais patrocinadores da violência, devido ao seu caráter tanto organizador quanto sancionador, pois, ao procurar a perfeita e harmônica ordem social, utiliza-se do seu monopólio organizado, disciplinado e legitimado de uma violência que pode ser tanto puramente força física bruta, como ocorrem em certos casos de abuso de poder policial, quanto psíquica ou moral, através de códigos de conduta estabelecidos para moldar a ação e o pensamento humano.

Em casos extremos, o paternalismo pode transformar-se um governo autoritário ou até mesmo totalitário, como, no Brasil, foi o caso da Ditadura Militar que se estendeu durante o período de 1964 a 1985 através de uma forte repressão no âmbito social. Marcados por censuras de expressão ou pensamento e arbitrariedades políticas, os órgãos policiais e jurídicos atuavam de maneira opressora para suplantar possíveis distúrbios sociais que afetassem a estrutura do poder.<sup>23</sup>

Sendo assim, neste período da história brasileira, não havia percepção ou prática dos ideais de igualdade, liberdade e autodeterminação, direitos fundamentais que, por estarem positivados constitucionalmente, deveriam ser exercidos por todos. Deste modo, o paternalismo extremamente autoritário na sociedade acaba aniquilando os direitos do homem que deveriam ser inalienáveis e indispensáveis, portanto, acima das leis específicas de cada Estado, e substituindo-os pelas determinações do próprio governo.

Atualmente, o Estado não se encontra nesta mesma situação, mas também não abandonou por completo as práticas paternalistas, que ainda são essenciais para a manutenção do poder do governo e mantêm a contradição entre o controle social e a liberdade pessoal de cada indivíduo.

As práticas paternalistas podem ser verificadas, por exemplo, na área da saúde, que, segundo a Constituição Federal, é uma das mais importantes responsabilidades estatais, que deve garantir tanto a vida quanto a igualdade e a liberdade de escolha em todo e qualquer procedimento médico.

No entanto, a medicina de hoje busca superar o paternalismo médico ao considerar o paciente como sujeito e interlocutor capaz de decidir sobre seu próprio corpo, isto é, encontrando com os sujeitos em sua própria autonomia. Logo, ela deixa para trás uma medicina simplesmente curativa em vista de uma preventiva, que segue a direção de uma melhor qualidade de vida.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo na Lei de Drogas*. Revista *Liberdades*, São Paulo, n. 2, p. 14, set./dez. 2009.

<sup>23</sup> PRIORI, Angelo. *A Doutrina de Segurança Nacional e o Manto dos Atos Institucionais durante a Ditadura Militar Brasileira*. Espaço Acadêmico, Maringá, n. 35, abr. 2004.

<sup>24</sup> DE BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. (Org.) *Bioética: alguns desafios*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 66.

Um dos casos mais polêmicos envolvendo uma luta entre estes dois ideais, o de liberdade do sujeito e o de controle estatal, presentes no paternalismo contemporâneo é a eutanásia, isto é, o ato de proporcionar a morte sem sofrimento a um doente incurável vítima de dores insuportáveis.

A eutanásia, à vista disso, trata-se de uma maneira alternativa de acabar com a própria vida ou a vida de terceiros em nome de uma suposta dignidade humana, ou seja, uma morte que acabe com o prolongamento da dor e do sofrimento incurável do próprio indivíduo, o que o ordenamento jurídico brasileiro atual vê como um suicídio ou um homicídio.

Entretanto, alguns países do mundo, como a Bélgica e a Holanda, legalizaram esta prática em casos extremos e irrecuperáveis de prognóstico seguramente fatal e próximo, onde qualquer tentativa de continuação de tratamento terapêutico não resulte em benefício algum para o doente, apenas na continuação de sua vida.

O filme biográfico *Mar Adentro*<sup>25</sup>, do diretor chileno Alejandro Amenábar, retrata esta mesma situação de busca por uma morte digna e antecipada através da eutanásia. Na obra cinematográfica, o espanhol Ramón Sanpiedro, interpretado pelo ator Javier Bardem, torna-se tetraplégico após um acidente de carro e descobre que nunca mais terá mobilidade tanto nas quatro extremidades de seu corpo quanto na musculatura do tronco, ficando preso numa cama de hospital pelo resto de sua vida.

Após 28 anos malsucedidos de batalha judicial pela legalização da prática eutanásia, Ramón decide fazê-la de maneira ilícita, pois considera muito mais digno acabar com o seu eterno sofrimento do que esperar deitado por sua eventual morte. Portanto, o filme traz a questão ética e moral da subjetividade da dignidade humana e a capacidade de autodeterminação do indivíduo, um direito fundamentado por leis estabelecidas pelo próprio Estado.

A contradição encontra-se nessa interseção entre o direito à vida e o direito à liberdade de escolha. Se por um lado o Estado é obrigado pela lei a defender a vida do indivíduo, o grande problema se encontra na possibilidade ou não do próprio sujeito de decidir se deseja viver, prologando um sofrimento inevitável e duradouro, ou morrer, negando o seu próprio direito humano inalienável.

O Estado paternalista, por consequência, precisa tomar esta determinação sobre quem possui a preponderância entre os dois direitos fundamentais: a vida ou a escolha. Devido a criminalização da prática da eutanásia, há a prevalência do direito à vida, ou melhor, ao prolongamento da existência sofredora do indivíduo, limitando a autonomia de sua vontade através de normas.

Contanto, é necessário perceber que esta decisão jurídica não está baseada no direito como uma instituição completamente isolada de modo autopoiético, mas guiada pelos outros planos sociais, como a ética e a religião, que defendem a manutenção da eutanásia como um crime, cobrando uma punição para aqueles que pratiquem esta ação, vista como inadequada perante a lei.

Desta maneira, o governo coloca o bem-estar social coletivo em frente ao bem-estar individual, isto é, justifica os malefícios causados a uma pessoa ou a um determinado grupo social

<sup>25</sup> *MAR Adentro*. Direção: Alejandro Amenábar. Produção: Alejandro Amenábar; Fernando Boiava. Roteiro: Alejandro Amenábar; Mateo Gil. Música: Alejandro Amenábar. Espanha: Fine Line Features, 2004.

em nome dos benefícios feitos para a comunidade como um todo, assim desenvolvendo uma relação de superioridade sobre o indivíduo através de seus instrumentos jurídicos coercitivos.

Portanto, para o melhor funcionamento tanto do direito quanto da sociedade como um todo, é essencial a substituição destas práticas paternalistas por um equilíbrio entre o individual e o coletivo, o pessoal e o geral, que foque na possibilidade de tolerância às divergências religiosas, morais, sexuais ou políticas, isto é, a abertura para novas perspectivas e interpretações, e não apenas no caráter coercitivo da lei, assim tentando igualar os não-iguais através da prática do direito humano, universal e fundamental para todos.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Direito à Saúde e o Problema Filosófico do Paternalismo na Bioética. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 149-170, jan./jun. 2012.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo, Saraiva: 2009.

ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONO. One. In: U2. *Achtung Baby*. Dublin: Island Records, 1992. Disponível em: < <http://letras.mus.br/u2/4/>> Acesso: 25 nov. 2013.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. *Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988 – Volume III*. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

CRUZ, Cleidiana da Conceição; SILVA, Nayara Maria Pereira da. A legitimidade da decisão do STF a favor da união homoafetiva frente aos anseios de uma sociedade plural. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10012&revista\\_caderno=14](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10012&revista_caderno=14)> Acesso: 25 nov. 2013.

DE BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. (Org.) *Bioética: alguns desafios*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FELDSTEIN, Martin. O Erro Fatal do Obamacare. Tradução: Diogo Cavaleiro. *Jornal de Negócios Online*, 19 nov. 2013. Disponível em: < [http://www.jornaldenegocios.pt/opinião/detalhe/o\\_erro\\_fatal\\_do\\_obamacare.html](http://www.jornaldenegocios.pt/opinião/detalhe/o_erro_fatal_do_obamacare.html)> Acesso: 26 nov. 2013.

GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Mariantonieta Pailo. Aborto de anencéfalos: direito a vida e impacto sucessório. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?m link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11924](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?m link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11924)> Acesso: 25 nov. 2013.

MAGNOLI, Demétrio. *Globalização: Estado nacional e espaço mundial*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2005.

MAR Adentro. Direção: Alejandro Amenábar. Produção: Alejandro Amenábar; Fernando Boiava. Roteiro: Alejandro Amenábar; Mateo Gil. Música: Alejandro Amenábar. Espanha: Fine Line Features, 2004. Disponível: <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-53097/>> Acesso: 25 nov. 2013.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na Lei de Drogas. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, p. 14, set./dez. 2009. Disponível em: <[http://revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/2/2009\\_02\\_artigo1.pdf](http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/2/2009_02_artigo1.pdf)> Acesso: 26 nov. 2013.

PRIORI, Angelo. A Doutrina de Segurança Nacional e o Manto dos Atos Institucionais durante a Ditadura Militar Brasileira. *Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 35, abr. 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/035/35priori.htm>> Acesso: 10 nov. 2013.

RIBEIRO, Patrícia Gomes. O Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível. *Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*, Natal, v. 2, n. 2, mai./jun. 2011. Disponível em: <[http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampmn/gerenciador/revistafiles/Patricia\\_Gomes.pdf](http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampmn/gerenciador/revistafiles/Patricia_Gomes.pdf)> Acesso: 26 nov. 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=5414&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5414&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso: 25 nov. 2013.

ORDACGY, André da Silva. *A Tutela de Saúde como um Direito Fundamental do Cidadão*. Escola Superior da Defensoria Pública da União, 2006. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_saude\\_andre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf)> Acesso: 26 nov. 2013.



# Fontes do direito no sistema do "Common Law"

---

Juliana Almeida Galindo do Nascimento

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.191.34

## AS FONTES DO DIREITO

Desde os primórdios de sua existência, o ser humano busca organizar e harmonizar a sociedade através de regras de conduta, que podem ser impostas ao indivíduo tanto pela própria sociedade como um todo quanto por um membro com autoridade dentro do grupo social. Com o desenvolvimento das instituições sociais ao longo do tempo, estas regras de conduta passaram a ser transmitidas como tradições consuetudinárias e enraizadas dentro das sociedades.

Contudo, com a Revolução Francesa e a criação do Estado Moderno, esses hábitos e costumes tradicionais de cada sociedade foram substituídos por um método aferível e empírico de sistematizar a vida social, as normas jurídicas, que deveriam, ao serem positivadas e regulamentadas pelas instituições jurídicas competentes, representar a vontade geral do povo, assim, portanto, protegendo-os das arbitrariedades das antigas autoridades e assegurando-os a liberdade e a igualdade entre si perante a lei.

Em vista disso, o Direito deixou de ser um sistema difuso e até mesmo confundido com a religião e a moral e tornou-se um âmbito distinto, regido por leis próprias, devido ao seu caráter teoricamente neutro e autopoietico, isto é, isolado da influência ou dominação de qualquer outro âmbito da sociedade, como acontecia anteriormente.

Assim como uma fonte de água é a nascente de onde brota uma corrente de água, as fontes jurídicas são a origem primária do direito, isto é, tratam-se das fontes reais, tanto formais quanto materiais, como, por exemplo, fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos e culturais de uma sociedade, que condicionam o desenvolvimento e o conteúdo da norma jurídica.<sup>1</sup>

As fontes do direito são os significados ou o meio pelo qual o significado da norma jurídica, que se trata de uma ideia racional, é expresso dentro de uma sociedade dogmaticamente organizada. Segundo a divisão aristotélica entre o mundo real, referente às emoções e as sensações, e o mundo das ideias, baseado na razão, elas podem ser divididas de acordo com uma dicotomia lógica: as fontes formais e as fontes materiais.

Enquanto as fontes materiais são provenientes de conteúdos biológicos, emocionais, culturais e econômicos, isto é, temas que não são considerados como parte do âmbito jurídico, as fontes formais são, conforme R. Limongi França<sup>2</sup>, as diversas formas de expressão do direito positivo. Sendo assim, as fontes formais podem ser entendidas como os meios que traduzem as normas, as ideias racionais que regem a vida social, para a realidade para facilitar o seu conhecimento e sua aplicação tanto para a ordenação de indivíduos quanto para a resolução de conflitos.

No entanto, é de extrema importância ressaltar que esta dicotomia, na realidade, não é entre fontes formais e materiais, mas entre fontes materiais e formais-materiais, porque não há nenhuma fonte do direito que não seja desenvolvida a partir de um conteúdo ou material ético, seja ele positivado e regulado ou não pela legislação da nação.

Uma das mais importantes e poderosas fontes materiais do direito é a doutrina, que se trata da opinião dos doutos, isto é, um jurista intelectual de grande prestígio, sobre o direito po-

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 301-302.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 304.

sitivo a partir do fato juridicamente relevante, que é vulgarmente chamada de parecer. Ela pode ser considerada uma fonte material do direito, mas não uma fonte formal do direito, pois pode ser comprada e vendida para defender um caso concreto. Além disso, ela não possui nenhum tipo de coercitividade e sua força depende do grau de cultura de cada sociedade.

Para o direito romano, a doutrina era o elemento principal e decisivo na resolução dos casos concretos. Com a morte dos grandes doutrinadores, como Gaio, Ulpiano, Paulo e Modestino, as doutrinas destes grandes pensamentos foram cristalizadas no Tribunal dos Mortos, uma das mais poderosas e respeitadas instituições jurídicas do Império Romano.

No entanto, com o processo de sistematização e positivação do direito na Idade Moderna, tanto as teorias biológicas e psicológicas quanto a própria doutrina, que antes era considerada incontestável, foram relegadas à posição de apenas fontes materiais do direito, perdendo a coercitividade que existia no direito romano, devido à tentativa de separação do direito da religião e da moral e o monopólio estatal sobre as fontes formais do direito. Mesmo assim, atualmente, a doutrina continua sendo uma das principais fontes materiais.

Miguel Reale<sup>3</sup> afirma que, por maior que seja a dignidade de um mestre e por mais alto que seja o prestígio intelectual do jurista, os seus ensinamentos e sua doutrina jamais terão força bastante para revelar a norma jurídica positiva que deva ser cumprida pelos juizes e pela dogmática jurídica, principalmente porque ela não se desenvolve numa estrutura de poder, uma dos requisitos essenciais ao conceito de fonte. Todavia, isto não a priva de ter um papel de extrema relevância no desenrolar da experiência do direito, pois trata-se da mais racional das molas propulsoras do ordenamento jurídico.

Logo, a coercitividade das fontes do direito está presente apenas nas fontes formais, devido ao fato de serem dogmatizadas e regulamentadas dentro da sociedade por instituições legislativas competentes, servindo como pontos de partida inegáveis para o processo de resolução de conflitos.

As fontes jurídicas formais são, na maioria das vezes, expressas através de um conjunto de signos, isto é, representações simbólicas de ideias abstratas, principalmente a linguagem. De acordo com Ferdinand de Saussure<sup>4</sup>, todo signo possui uma dupla face: o significante e o significado, que são aspectos constitutivos de uma mesma unidade, formando, assim, o processo de significação, que, ao interligar os signos, forma um produto final, o sentido. O significante é o aspecto concreto do signo, é a sua realidade material. Já o significado é o aspecto imaterial e conceitual do signo, que remete o indivíduo a determinada representação mental evocada pelo significante.

Tendo isso em vista, as fontes materiais tornam-se formais a partir da dogmática jurídica, que determina qual conteúdo ético ou ideologia deve ser validada e positivada através das normas jurídicas. Portanto, o direito é responsável por escolher quais deles, que possuem aspectos de difícil detecção, se tornarão fontes formais, assim desenvolvendo uma melhor aferição após ganhar uma forma e estrutura reais pelas instituições juridicamente competentes de uma sociedade.

3 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 176-178.

4 CITELLI, Adilson. *Linguagem e Persuasão*. 11. ed. São Paulo: Ática, 1997. pp. 23-24.

Portanto, é perceptível que acontece o que o sociólogo alemão Niklas Luhmann<sup>5</sup> denomina de legitimação pelo procedimento, que caracteriza-se como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância. Sendo assim, é o próprio direito que determina o que é ou não é direito.

A partir da discussão sobre o desenvolvimento das fontes do direito desde a Idade Moderna até a atualidade, Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>6</sup> conceitua:

As fontes do Direito, em suas origens modernas, reportam-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado cultural da sociedade, mas uma construção elaborada no interior da cultural humana. Ela desenvolve-se, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe o seu objeto como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado.

Com isto se cria, porém, um problema, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como um dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é uma obra humana.

Além da simples divisão entre fontes formais e materiais, também é possível distinguir as fontes formais entre fontes primárias e secundárias não a partir de um critério temporal, mas com base na sua importância e sua dependência em relação às outras fontes jurídicas.

As fontes primárias, a lei, a sentença jurisprudencial e o costume segundo a dogmática jurídica, são denominados independentes porque não necessitam de outras normas jurídicas para se sustentarem devido ao fato de serem fundamentais para o sistema jurídico, o que não ocorre com as fontes secundárias ou dependentes, que obrigatoriamente demandam a validação de outras fontes do direito.

A lei, em seu sentido estrito e técnico, é a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo por meio de um processo adequado.<sup>7</sup> Portanto, para torna-se uma lei, a norma jurídica<sup>8</sup>, uma prescrição ou um mandamento que ordena uma conduta humana que é expressada linguisticamente através de um imperativo ou uma preposição de dever ser, isto é, um desejo dirigido a um determinado comportamento, precisa ser regulamentada a norma jurídica por uma autoridade competente a partir de um ritual sobre um conteúdo juridicamente relevante.

Por exemplo, segundo o artigo 157º do Código Penal Brasileiro<sup>9</sup>, roubo consiste na subtração de algo móvel alheio, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência, sob uma pena de reclusão de quatro a anos, além de multa.

Esta norma, em forma de lei, é dada para a sociedade como uma espécie de dado cultural positivado pelas instituições políticas da nação, assim como o direito objetivo, mas o ser humano possui a faculdade de escolha entre roubar e contrariar a norma estabelecida ou não. Contudo, mesmo que ele pratique essa ação, a norma não será extinta, mas, ao invés disso, determinará uma sanção ou uma pena para garantir o cumprimento e a obediência da norma, que pode variar do pagamento de uma multa até reclusão.

5 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 30.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ática, 2013. p. 190.

7 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 308.

8 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução: José Florentino Duarte. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1986. pp. 2-3.

9 Código Penal, art. 157.

A jurisprudência é um conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas.<sup>10</sup> Isto é, é um conjunto geral de sentenças judiciais baseadas em fatos concretos que, ao serem uniformizadas a partir da constante repetição destas mesmas decisões, formam uma norma jurídica geral, similar à lei, que poderá ser aplicada em casos futuros caso eles tenham semelhanças em comum.

Por exemplo, conforme o artigo 139º do Código Penal do Brasil<sup>11</sup>, difamar alguém é imputar-lhe um fato ofensivo à sua reputação, sob uma pena de detenção de três meses a um ano, além de multa.

Após um julgamento, um réu, após ofender os membros de uma família ao chamá-los de delinquentes, recebe a sanção de seis meses de detenção e o pagamento de uma multa de vinte e cinco cestas básicas. Portanto, o juiz estará criando uma sentença para um caso concreto único e irrepetível.

Caso inúmeros fatos semelhantes ocorram e os juízes utilizarem esta mesma punição para os réus, a decisão acabará tornando-se cada vez mais geral e, assim, a partir deste conjunto de decisões judiciais, forma-se a jurisprudência, que pode ter uma força tão grande ou até mesmo maior do que a própria lei, dependendo do caso, mesmo não sendo regulamentada pelas instituições legislativas.

O costume diferencia-se tanto da lei quanto da própria jurisprudência por não ser genérico ou universal como os outros dois pretendem ser na teoria, pois reflete as características de uma subconsciência social através de seus hábitos e tradições que, em alguns casos, podem ser utilizados pelo direito para resolver conflitos e organizar a vida em sociedade, contanto que ele não vá contra a própria lei, isto é, não seja um costume *contra legem*.

O costume baseia-se no uso continuado de uma prática social em que haja uma convicção de obrigatoriedade para todos os membros de um grupo social. Em vista disso, a autoridade de um costume repousa na força de dominação tradicional conferida ao tempo e ao uso contínuo como reveladores das normas consuetudinárias.<sup>12</sup>

Por exemplo, o simples uso de uma determinada vestimenta pode tratar-se de um costume caso seja um hábito constantemente reiterado pelos membros da sociedade, podendo até mesmo ocorrer uma coerção para aqueles que não o respeitem, como uma repressão social, mas não uma sanção que autoriza e legitima o uso da força física, a coação, como é o caso da lei.

Contudo, o costume não é criado e promulgado por instituições jurídicas autopoiéticas, mas desenvolve-se dentro dos específicos grupos de indivíduos, portanto acaba sendo tratado como uma fonte inferior às demais por não produzido através de um rito de procedimento por uma autoridade competente, como a lei e a jurisprudência.

No entanto, não há uma plena concordância dos juristas sobre esta divisão das fontes formais primárias, já que, dependendo de seu ponto de vista sobre o âmbito jurídico, ele poderá considerar apenas uma ou duas destas fontes como fundamentais e independentes de qualquer outra norma jurídica.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 314-315.

<sup>11</sup> Código Penal, art. 139.

<sup>12</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ática, 2013. pp. 206-207.

Por exemplo, de acordo com o legalismo, a única fonte do direito aceita é a própria lei. Enquanto isso, para o normativismo, a dogmática deve aceitar tanto a lei quanto a sentença. No entanto, o realismo defende a existência não só destas duas fontes, mas também do próprio costume, que, para os outros, é apenas uma fonte formal secundária utilizada em casos de lacuna e que não pode ir contra as fontes formais primárias.

Sendo assim, a decisão sobre qual fonte primária da lei irá prevalecer entre a lei, a jurisprudência e o costume sempre dependerá e, portanto, deve ser feita através do próprio caso concreto, que é único e irrepetível. Contudo, esta decisão poderá variar não só conforme a interpretação dos juristas, mas também pelo tipo de sistema do ordenamento jurídico.

## **CIVIL LAW E COMMON LAW**

A prevalência desta ou daquela outra fonte formal primária do direito entre a lei, a jurisprudência e o costume depende primordialmente das circunstâncias sociais e históricas de cada nação, pois não uniformidade entre os diversos países e nas diferentes épocas quanto às formas de elaboração do direito, muito menos sobre o seu conteúdo.

No entanto, podemos destacar dois diferentes sistemas jurídicos que são amplamente utilizados no mundo inteiro: o romanístico e o anglo-saxão. Os dois correspondem à mesma civilização em relação tanto temporal quanto de sistema socioeconômico, mas diferenciam-se entre si a partir do tratamento técnico do dado jurídico, pois dão maior importância para uma fonte do direito em relação às outras.

Baseado na tradição latina e continental de compilação e codificação do Direito Romano e acentuado principalmente após a Revolução Francesa, o direito romanístico<sup>13</sup>, também conhecido como *civil law*, caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. Portanto, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios, pois consideram que unicamente eles representam a expressão autêntica da Nação e da vontade geral do povo.

A partir do respeito e da obediência a um conjunto de leis, o direito romanístico busca uma ordem racional da sociedade na forma de um sistema de preceitos que devem ser agrupados, assim como um próprio organismo vivo, e expressos através da linguagem para sistematizar harmonicamente os princípios gerais e abstratos do ordenamento jurídico e, assim, evitar as arbitrariedades que possam ser causadas pelo particularismo do direito.

De acordo com Guido Fernandes Silva Soares<sup>14</sup>, o direito romanístico foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, a estrutura basilar de uma sociedade ideal, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida através da fixação destes ideias na forma de preceitos escritos, afirmando a certeza da existência e conteúdo da norma jurídica positivada.

Este sistema jurídico procura respeitar as ideias da separação dos poderes, desenvolvido por Montesquieu, em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Portanto, para o direito romanístico, o Judiciário tinha a função de aplicar as leis desenvolvidas pelo Poder

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 141-142.

<sup>14</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 27-28.

Legislativo para os casos concretos, representando uma submissão da autonomia dos juízes às normas cristalizadas, o que fez com que a jurisprudência e os costumes fossem marginalizados dentro do ordenamento jurídico, sendo utilizados primordialmente em casos de lacunas, isto é, ausência de lei.

Em contrapartida, existe o *common law*, que, devido à dominação dos bárbaros anglo-saxões no período feudal, abandonou a tradição legislativa do direito romano e o substituiu por uma extrema repugnância à lei e a aplicação do direito baseado tanto nas sentenças jurisprudenciais ou precedentes judiciais quanto nos costumes e tradições da própria sociedade, e não em normas escritas extremamente generalizantes.

A partir disso, Miguel Reale<sup>15</sup> afirma que direito comum anglo-saxão revela-se muito mais pelos hábitos e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Portanto, o sistema jurídico é coordenador e consolidado através de precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios de uma sociedade.

Vicente Ráo<sup>16</sup> conceitua o funcionamento e a organização das fontes do direito no direito anglo-saxão comum:

A *common law* corresponde a um sistema de princípios e de costumes observados desde tempos imemoriais e aceitos, tacitamente, ou expressamente, pelo poder legislativo, revestido ora caráter geral, quando vigoram em todas as jurisdições, ora caráter especial, quando imperam em certas regiões, tão-somente.

Sua prova resulta da jurisprudência, pois, ao julgarem os casos concretos, os juízes declaram o direito comum, que lhes é aplicável. Os julgados assim proferidos, registrados nos arquivos das Cortes e publicados em coletâneas, adquirem a força obrigatória de regras de precedente, para regerem os casos futuros; ademais, juízes e juristas deles extraem princípios e regras, que, subseqüentemente, ampliam os limites da *common law* e, assim, generalizados, ampliam a sua evolução.

Tendo isso em vista, é notório que a jurisprudência no direito comum se revela, no caso concreto, como o próprio direito normativo, em vez de tratar-se exclusivamente de um elemento facilitador da interpretação da norma jurídica escrita geral e abstrata, como acontece no direito romanístico. Isso ocorre porque os precedentes são extraídos de um ordenamento muito mais conjectural do que conhecido, pois é baseado nos tradicionais costumes da sociedade, que, ao serem aplicados à resolução de conflitos sucessivamente, formam regras judiciais.

No entanto, o ordenamento jurídico anglo-saxão não se restringe ao sistema de costume jurisprudencial do *common law*, mas também se constitui de estatutos, isto é, leis positivadas e votadas pelo Poder Legislativo. Contudo, ao contrário do direito romanístico, onde há uma submissão dos precedentes em relação à lei, na Inglaterra e nos Estados Unidos, as normas escritas, denominadas de *statute law*<sup>17</sup>, são restritamente designadas para os casos lacunosos, onde não nenhum tipo de precedente que possa ser utilizado, o que reflete o pensamento que as leis são um direito de exceção, apenas com função integrativa, enquanto o *common law* representa o direito geral.

15 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 141-142.

16 RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6.ed. anotada e atual. Por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

17 SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

Assim como Norberto Bobbio<sup>18</sup> expõe, é possível relacionar a divisão entre o *common law* e o *statute law* com as duas visões antagônicas sobre a criação do Estado dos dois grandes filósofos contratualistas: Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes, que defendem a prevalência dos direitos, respectivamente, subjetivo e objetivo.

Na obra *O Contrato Social*, Rousseau defende um acordo sinalagmático entre os indivíduos e o próprio Estado, dando-lhes direitos e deveres em troca de harmonia e legitimidade, respectivamente. Enquanto Hobbes, afirma na obra *O Leviatã* que os indivíduos unem-se e entregam seus próprios direitos em troca de proteção do Estado para fugir do estágio inicial da humanidade, uma constante guerra devido aos choques de liberdades e autoridades, onde o homem é o lobo, ou seja, o inimigo, do homem.<sup>19</sup>

Logo, de acordo com Rousseau, os seres humanos já possuíam direitos subjetivos em seu estado de natureza, portanto é obrigação do Estado manter a sua parte do contrato, respeitando-os e protegendo os indivíduos das ameaças exteriores. Já, segundo Hobbes, deve ocorrer uma preponderância do direito objetivo, já que o ser humano entrega todos os seus direitos para o Estado em busca de segurança, não podendo cobrar nenhum tipo de direito de seu estado de natureza em troca.

O *statute law* é representado por Thomas Hobbes, o *common law* baseia-se no pensamento de Jean-Jacques Rousseau. Logo, no direito anglo-saxão, é possível destacar a prevalência do direito subjetivo em relação ao objetivo, pois os direitos existentes antes da organização política e jurídica da sociedade, representadas pelos usos e costumes, possuem um destaque muito maior para as sentenças judiciais neste sistema, enquanto os estatutos, representado por um limitado número de leis escritas, são relegados a apenas casos especiais onde não há nenhum precedente disponível para a resolução de um conflito intersubjetivo. Todavia, o mesmo não ocorre no sistema romanístico, onde há uma clara prevalência pelo direito objetivo.

No sistema judiciário norte-americano, por exemplo, a Constituição Federal, que é foi aprovada e regulamentada pela autoridade legislativa competente, o Congresso, determina a criação de tantos tribunais federais quanto estaduais e, também, os limites da atuação de cada um e as suas próprias hierarquias a partir de estatutos, evitando assim lacunas a respeito da jurisdição de cada.

Entretanto, é possível achar uma grande semelhança entre os dois principais sistemas jurídicos: a noção de equidade, que pode ser encontrada tanto no *civil law* quanto o *common law* mantendo o mesmo ideal, mas diferenciando-se a partir de como é aplicado na resolução de casos concretos.

No sistema romanístico, a equidade representa a virtude de temperar o rigor da lei, que força tanto o legislador quanto o juiz a lembrar que o direito é uma construção que tem sua validade, na medida em que realiza os valores transcendentais da justiça, frontalmente proíbe que se satisfaça o disposto na lei, se houver ofensa à ideia magna da realização da justiça.<sup>20</sup>

Para o sistema anglo-saxão, a equidade, ou *equity*, caracteriza-se não só como meio de

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra. Tradução: Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 33-37.

<sup>19</sup> CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. *Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 254.

<sup>20</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30.

atenuar a rigidez das regras tanto do direito comum quanto do direito estatutário, mas também como modo de evitar a sua imobilidade causada pela rigidez e cristalização dos precedentes. Portanto, ele exerce a fundamental função de ajudar no processo evolutivo do direito.<sup>21</sup>

Sendo assim, a atuação da equidade no sistema jurídico é a de tentar aliviar ou suavizar as consequências da aplicação de uma lei, no caso do *civil law*, ou de um precedente, no caso do *common law*, para integrar as lacunas axiológicas do ordenamento e evitar algum tipo de injustiça que possa ser causada através do total rigor da norma. Portanto, a equidade tem como finalidade a igualação dos não-iguais, com o intuito de propagar o tão defendido ideal de justiça no âmbito jurídico.

De acordo com Miguel Reale<sup>22</sup>, seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo.

Enquanto os seguidores do direito romanístico afirmam as vantagens da certeza legal, os adeptos do *common law* invocam a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, os dois são expressões culturais resultantes de múltiplos fatores distintos que são de ordem social, não de razões lógicas abstratas.

## AS MUDANÇAS DOS SISTEMAS JURÍDICOS NA ATUALIDADE

Nos últimos anos, os sistemas jurídicos têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de tradição romanística.

Para o direito romanístico, segundo a ótica de João Maurício Adeodato<sup>23</sup>, a complexidade nas sociedades modernas traz mais distanciamento entre o texto jurídico genérico e a decisão concreta, causando um crescimento de poder daquele que decide, ou seja, há um aumento do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, antes o único poder legítimo para estabelecer regras gerais, ferindo claramente o princípio outrora intocável da separação dos poderes.

A utilização da jurisprudência não é um fato extremamente recente, mas a sua importância como fonte de direito está sendo cada vez mais em destaque nos dias atuais, sendo, em certos casos, mais levada em consideração do que até mesmo as próprias leis sancionadas pelas instituições políticas, como ocorre em certas deliberações do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

No dia 5 de maio de 2011, a corte máxima do Judiciário brasileiro decidiu, em voto unânime, considerar como união estável as relações entre pessoas do mesmo sexo. Com isso, a união homoafetiva deixou de ser considerada uma sociedade e passou a ser oficialmente reconhecida como uma entidade familiar, assim passando a ter os mesmos direitos previdenciários como pensão e herança em caso de morte ou divisão de bens e pensão alimentícia em caso de

21 RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6.ed. anotada e atual. Por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 148.

22 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 142-143.

23 ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2011. pp. 242-243.

separação.<sup>24</sup>

Todavia, segundo o Artigo 226 da Constituição Federal de 1988<sup>25</sup>, é somente reconhecida como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher. Portanto, a sentença determinada pelo Supremo Tribunal Federal ganha o poder de modificar uma lei constitucional, papel que, teoricamente, deveria apenas ser exercido pelo Poder Legislativo.

Outro caso de interferência do Judiciário no Legislativo ocorreu em 11 de abril de 2012. O Supremo Tribunal Federal, com 8 votos a favor e 2 contra, declarou inconstitucional qualquer tipo de penalização pela antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos e, consequentemente, reconheceu o direito da gestante de antecipar o parto, nos casos de gravidez de feto anencefálico, com diagnóstico feito devidamente por um médico habilitado, sem a necessidade judicial prévia.<sup>26</sup>

Deste modo, a decisão descriminaliza a prática do aborto em um caso específico, o de fetos anencéfalos, ou seja, a ausência parcial ou total do encefálo e do crânio, tratando-se de uma patologia letal que acarreta na morte do feto pouco tempo após o parto. Então, o Estado, por decisão judiciária, pode dar a opção à gestante de antecipar o fim da gravidez para, portanto, evitar qualquer tipo de futura complicação não só para o feto quanto para si própria.

Assim como o caso da união estável entre homossexuais, a legalização do aborto para fetos anencéfalos também encontra uma barreira jurídica e social, pois, de acordo com alguns setores da sociedade, revoltados com a decisão feita pelo Supremo Tribunal Federal, ela trata-se de um homicídio, pois, ao antecipar o parto, a gestante está também, consequentemente, acabando com a vida de seu feto, o que, para os partidários contra esta decisão, também fere o direito fundamental à vida do ser humano.

Como é possível observar, as produções jurisprudenciais não são bem recebidas pela totalidade da população, sempre encontrando grupos favoráveis ou desfavoráveis às decisões feitas pelo Judiciário.

Um grupo contra partidário são os juspositivistas legalistas, que defendem uma interpretação literal da lei pelos juristas, que, portanto, devem possuir apenas o papel de aplicação, enquanto o monopólio da criação e da determinação da lei é exercido pelo Poder Legislativo.<sup>27</sup> Ou seja, afirmam ser necessária uma clara distinção entre os poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, não uma completa separação, mas uma constante interdependência, para, assim, evitar uma concentração autoritária ou a preponderância de um poder. No entanto, isto apenas se mantém na teoria, já que, na atualidade, o Judiciário acaba sobrepondo-se aos demais.

Sendo assim, do mesmo modo como as leis foram modificadas a partir dela, a jurisprudência também pode ser substituída a partir da interferência da sociedade. Logo, o direito afasta-se cada vez mais da autopoiese, que ele pretendia ter como ideal pressuposto, devido à crescente influência dos demais grupos, favoráveis ou não a alguma lei ou sentença jurídica, que se formam através da extrema diferenciação entre os indivíduos.

<sup>24</sup> CRUZ, Cleidiana da Conceição; SILVA, Nayara Maria Pereira da. *A legitimidade da decisão do STF a favor da união homoafetiva frente aos anseios de uma sociedade plural*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011.

<sup>25</sup> Constituição Federal, art. 226.

<sup>26</sup> GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Mariantonieta Pailo. *Aborto de anencéfalos: direito a vida e impacto sucessório*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012.

<sup>27</sup> ADEODATO, João Mauricio. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 86-87.

A partir da o aumento da importância da jurisprudência na prática do direito, o jurista brasileiro João Maurício Adeodato<sup>28</sup> conceitua o presente estado do Poder Judiciário na realidade brasileira:

No Brasil, o problema da sobrecarga da decisão do Poder Judiciário aparece muito mais claramente, sobretudo diante de um Poder Legislativo inoperante e de uma legislação inadequada sobre os processos de escolha política.

Portanto, juízes singulares, e não apenas tribunais superiores, criam literalmente comandos gerais, que só purismo da técnica dogmática impede de chamar de leis. Portanto, justamente por este motivo, Matis defende que o Judiciário se trata do “superego da sociedade órfã.

Concomitantemente, no *common law*, há uma tendência cada vez mais forte para a rigidez do sistema normativo a partir da constante reiteração dos precedentes judiciais para a resolução de conflitos intersubjetivos, o que provoca até mesmo uma cristalização desta fonte do direito, o que pode ser comparado com o processo de dogmatização da lei no sistema romanístico.

Isto pode ser visto a partir dos processos de vinculação dos tribunais que ocorrem, por exemplo, nos tribunais da Inglaterra. Enquanto precedentes de tribunais inferiores não possuem nenhum tipo de obrigatoriedade nos tribunais superior, os precedentes superiores possuem um vínculo jurídico em tribunais de menor grau. E, nos tribunais de mesmo nível ou em si mesmo, não há uma vinculação absoluta. Contudo, no caso da Câmara dos Lordes inglesa, a autovinculação torna-se obrigatória para todos os próximos casos concretos que sejam julgados neste tribunal. A partir deste procedimento de vinculação jurídica, o próprio precedente ganha uma força normativa de obrigatoriedade que se aproxima da própria lei, já que se torna obrigatória de ser seguida, assim como a lei incide dentro dos ordenamentos mais legalistas do direito.

Além disso, tentando evitar esta cristalização dos precedentes judiciais, o *common law* está cada vez mais se utilizando dos estatutos, que teoricamente apenas deveriam ser usados para integrar as situações lacunosas do ordenamento, para tornar algumas normas jurídicas mais gerais e menos casuístas, como acontece no Direito Comercial dos Estados Unidos, por exemplo, que regulamentou o Uniforme Commercial Code para facilitar e organizar as práticas jurídicas nesta área.

Portanto, é notório na atualidade que os sistemas jurídicos se apresentam numa constante transformação, tanto em direção para a generalização quanto para a particularização das fontes do direito, dependendo de cada um. No entanto, não é possível fazer previsões escatológicas sobre a evolução do direito com qualquer tipo de certeza, pois ao mesmo tempo em que ele pode encontrar um meio-termo entre os sistemas, o processo também pode ser cíclico e apenas acabar por fortalecer os modelos tradicionais de *civil law* e *common law*.

---

<sup>28</sup> *Idem.* p. 243.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Fontes do direito no sistema da “common law”. Revista do Direito Público: São Paulo, 7 (35-36) n. 25-26, p. 05-24, jul./dez. 1975. pp. 5-24.

ADEODATO, João Maurício. Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Compilação: Nello Morra. Tradução: Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 33-37.

BRASIL. Código Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 254.

CITELLI, Adilson. Linguagem e Persuasão. 11. ed. São Paulo: Ática, 1997.

CRUZ, Cleidiana da Conceição; SILVA, Nayara Maria Pereira da. A legitimidade da decisão do STF a favor da união homoafetiva frente aos anseios de uma sociedade plural. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10012](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10012)> Acesso: 4 fev. 2014.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ática, 2013.

GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Mariantonieta Pailo. Aborto de anencéfalos: direito a vida e impacto sucessório. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11924](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11924)> Acesso: 4 nov. 2014.

KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Tradução: José Florentino Duarte. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo Procedimento. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

RÃO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 6.ed. anotada e atual. Por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

# Organizadora

## Kamila Soares Leal

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté - UNITAU (2020); Especialista em Prática Avançada Previdenciária pelo Damásio (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016); Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Rio Sono (2015); Bacharel em Direito pela Faculdade do Bico do Papagaio - FABIC (2013); Membro do NDE, CPA e PDI - Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS; Aprovada no IX Exame da Ordem dos Advogados do Brasil e Inscrita na OAB/TO sob o nº 6.116. Possui experiência em aulas no formato EAD. Tem experiência na área de Direito, na qual exerce a função de Advogada no Escritório ADVOCACIA e CONSULTORIA Dra. Kamila Soares Leal em Praia Norte - TO e Exerce a Docência no Ensino Superior desde 2015.

# Índice Remissivo

## A

*abandono* 331, 332, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345  
*abandono afetivo* 331, 332, 339, 340, 341, 342, 344, 345  
*aborto* 8, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134  
*abuso* 181, 182, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193  
*acordo extrajudicial* 213, 218, 220, 222, 224, 225  
*adequação* 124, 127  
*administração* 291, 292, 293, 294, 295, 297, 299, 300, 301, 303  
*administração consensual* 291  
*adoção* 6, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56  
*adolescente* 12, 47, 48, 49, 51, 53, 181, 184, 186, 187, 189, 191, 193, 194, 228, 232, 235, 237, 238, 358, 360, 363, 365  
*adolescentes* 5, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 337, 344  
*afeto* 11, 330, 331, 332, 337, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346  
*alienação parental* 74, 75, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89  
*alimentação* 92, 96, 102  
*ambiente* 12, 17, 19, 21, 22, 24, 28  
*anos iniciais* 376, 389  
*aposentadoria* 21  
*atos discriminatórios* 11, 347, 348, 349, 352, 353, 354, 355, 357  
*audiência* 169, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177

## B

*boa-fé* 405, 409

## C

*cidadania* 6, 46, 47, 53  
*cidadãos* 367, 370  
*CLT* 18, 22, 23, 24, 213, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 225  
*código penal* 181  
*coerção pessoal* 391, 397, 398, 399, 400  
*competência* 10, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 265, 266, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275

*competências* 266, 268, 270, 272, 275  
*comunidade* 306, 317  
*concessão* 291, 293, 294, 295, 298, 301, 303  
*conflito* 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 139, 265, 266, 275  
*conflitos* 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 215, 216, 224, 266, 267  
*constitucional* 214, 224  
*constelação familiar* 32, 38, 40, 41, 43, 44  
*consumidores* 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328  
*consumo* 11, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329  
*contrato* 18, 19, 22, 23, 24, 26  
*contemporaneidade* 38  
*Corpus Iuris Civilis* 405, 407, 410, 414, 416  
*COVID-19* 321, 326, 328  
*criança* 6, 12, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 181, 184, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 228, 231, 233, 234, 236, 237, 238, 331, 333, 336, 337, 339, 340, 342, 343, 358, 360, 362, 363, 364  
*crianças* 5, 12, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 337, 341, 343, 344  
*crime* 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133  
*crimes* 181, 184, 185, 267  
*crises* 265  
*cristianismo* 13, 404, 405, 410, 411  
*custódia* 169, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 179

## D

*dano moral* 11, 330, 332, 340, 342, 343, 346  
*danos morais* 331, 332, 340, 343, 344  
*defesa* 6, 170, 173, 174, 177  
*deficiência* 13, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 436, 437, 438  
*deficiência física* 13, 426, 429, 430, 431, 436, 437, 438  
*desemprego* 448, 449, 450  
*desigualdades* 430  
*desportiva* 348, 349, 352, 353, 354, 355  
*devedor* 12, 390, 391, 392, 394, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402  
*dignidade* 13, 170, 173, 177, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 448, 449, 450  
*direito* 7, 8, 12, 13, 14, 47, 48, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 102, 103, 104, 181, 184, 185, 196, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 224, 225,

226, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 359, 360, 361, 363, 364, 417, 418, 419, 420, 421, 424, 426, 429, 430, 432, 435, 436, 438, 441, 442, 443, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451

*direito do trabalho* 213, 214, 215, 216, 224, 225, 226, 240, 242, 247

*direito penal* 8, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 169

*direitos* 6, 12, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176, 177, 179, 213, 214, 216, 217, 218, 221, 223, 224, 268, 269, 274, 275, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 386, 387

*direitos humanos* 12, 358, 360, 363, 364, 366, 367, 368, 373, 441, 443, 444, 450

*direitos trabalhistas* 213, 214, 216, 223, 224

*direito* 32, 33, 34, 36, 37, 38, 42, 45

*discriminação* 6, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30

*doméstica* 7, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 167

## E

*ECA* 231, 232, 233, 234, 236, 359, 360, 361, 363, 364, 365, 367, 368, 369, 370, 371, 372

*e-commerce* 321, 324, 325, 326, 327, 328

*econômica* 265

*educação* 10, 12, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 391, 392, 393, 395

*educação básica* 10, 248, 249, 250, 251, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261

*eficácia* 12, 390, 391, 392, 399, 401

*eleições* 278, 283, 284, 285

*empregado* 17, 18, 19, 23, 28, 242, 243, 245

*empregador* 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 27, 28

*emprego* 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246

*entidades desportivas* 11, 347, 348, 349, 354

*escolar* 12, 375, 376, 377, 378, 379, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389

*estatuto* 12, 358, 359, 365

*estupro* 9, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 193, 194, 195, 196

*exploração infantil* 228, 231, 232, 233, 234  
*exploração trabalhista* 229, 230

## F

*fake news* 278, 279, 282, 284, 285, 289  
*falsas memórias* 9, 180, 181, 182, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 306, 307, 313, 314, 315, 317  
*família* 6, 31, 32, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 74, 76, 77, 78, 80, 83, 88, 89, 331, 332, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345  
*familiares* 74, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88  
*famílias* 12, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 375, 376, 379, 380, 382, 384, 385, 387  
*feminino* 17, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 28, 29  
*formação* 47, 48, 52, 55  
*fraude* 124, 125, 126, 127, 131  
*fraudes* 221, 222, 226  
*família* 33, 34, 35, 38, 40, 42  
*familiar* 32, 33, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45

## G

*governo* 453, 458, 459, 460, 461  
*gravidez* 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134

## H

*herança* 92, 96, 97, 102, 103  
*história* 12, 358, 360  
*homoafetiva* 6, 46, 47, 48, 53, 55, 65, 67  
*homoafetividade* 48, 56  
*homoafetivos* 47, 48, 50, 55, 56  
*humanidade* 47, 51

## I

*igualdade* 2, 13, 20, 21, 24, 331, 336, 337, 338, 339, 341, 360, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424

*igualdade* 35  
*inaplicabilidade* 136  
*inclusão* 427, 428, 429, 430, 432, 434, 435, 436, 437  
*inconstitucionalidade* 10, 264, 268, 271, 275  
*indenização* 6, 16, 17, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29  
*inelegibilidade* 10, 277, 278, 279, 283, 287  
*infantil* 9, 12, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234,  
235, 236, 237, 238  
*infratores* 12, 366, 367, 368, 372  
*inimigo* 8, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 144, 145,  
146, 148, 149, 150, 151

## J

*jovens* 12, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372  
*judiciário* 6, 31, 32, 33, 35, 36, 38, 40, 213, 218, 219,  
220, 221, 223  
*Juiz* 9, 197, 198, 202, 205, 206, 209, 210, 211  
*juiz das garantias* 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204,  
205, 206, 207, 210, 211  
*juízo* 9, 180, 181  
*jurídica* 12, 49, 51, 53, 56, 293, 296, 306, 310, 311, 315,  
317, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 343, 344, 358,  
359, 360, 363, 364  
*jurídicas* 7, 8, 13, 91, 92, 417, 418, 419, 420, 421, 422  
*jurídico* 8, 47, 49, 50, 52, 53, 135, 136, 137, 139, 142,  
143, 144, 146, 148, 149, 169, 172, 177, 182, 185,  
191, 367, 370, 427, 428, 430, 433, 438, 465, 466,  
467, 468, 469, 470, 472, 474  
*jurídicos* 62, 67, 68  
*jurisprudência* 11, 305, 306, 307, 311, 315, 316, 332  
*jurisprudências* 17  
*justiça* 2, 10, 13, 154, 162, 164, 239, 245, 246, 417, 418,  
419, 420, 421, 422, 423, 424  
*justiça igualitária* 13, 417

## L

*legal* 8, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131,  
132, 133, 134  
*legalidade* 136, 149, 150  
*legislação* 74, 76, 84, 86, 92, 95, 98, 99  
*legislações* 153  
*lei* 7, 74, 75, 79, 80, 82, 83, 85, 87, 88, 89, 465, 467,  
468, 469, 470, 471, 472, 473, 474

*lei de cotas* 427

*Lei Maria da Penha* 8, 152, 153, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167

*leis* 418, 420, 421

*liberdade* 7, 57, 58, 59, 60, 61, 65, 67, 68, 69, 70, 359, 360, 361

*liberdade pessoal* 170

*licitação* 291, 292, 293, 294, 295, 298, 300, 301, 302, 303

## M

*mandato* 278, 283, 284, 287

*mão-de-obra* 228, 230, 235, 240, 241

*medida provisória* 265, 266, 269, 270, 272, 274

*mercado de trabalho* 6, 427, 428, 433

*misoginia* 153

*monogamia* 58, 62, 66, 67, 68, 69

*moralidade* 278, 283, 284, 287

*mudanças* 10, 248, 249, 250, 251, 253, 259, 260, 261

*mulher* 6, 7, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28

*mulheres* 5, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 181, 182, 183, 184, 195

*multiparentalidade* 7, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104

## N

*nulidade* 306, 310, 315, 316, 317

## O

*obrigação alimentar* 391, 392, 393, 394, 395, 397, 399, 400, 401

## P

*pacote anticrime* 198, 204

*pai biológico* 92, 95, 97, 98, 100, 101, 102

*pandemia* 10, 11, 264, 265, 266, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 320, 321, 322, 326, 327, 328, 329

*paternalismo* 14, 452, 460, 461  
*paternalista* 459, 460, 461  
*paternidade* 92, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 104  
*pedagogia* 359, 360, 364  
*pedagogo* 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365  
*pessoa humana* 13, 136, 150, 440, 441, 442, 444, 445, 448, 450  
*personalidade* 19  
*pessoas* 11, 305, 306, 307, 309, 310, 311, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438  
*plataformas digitais* 240, 242, 243, 245, 247  
*PMI* 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304  
*poderes* 10, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 273, 274, 275  
*poder familiar* 391  
*poliafetivas* 58, 59, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72  
*poliafetividade* 7, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 68, 70  
*poliafetivos* 58, 60, 61, 62, 63, 70  
*politica* 10, 277, 289  
*práticas* 2, 13, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423  
*prisão* 12, 390, 391, 392, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402  
*processo* 6, 46, 47, 49, 50, 52, 54, 55, 127, 129, 153, 155, 158, 161, 165, 181, 182, 188, 189, 191, 193  
*processo penal* 306, 313, 316  
*processos* 32, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 41  
*proteção* 9, 17, 21, 22, 23, 24, 29, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 223, 224  
*público* 352  
*punição* 12, 183, 186, 189, 366, 367, 370, 371, 372

## R

*reabilitação* 427  
*reconhecimento* 7, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318  
*reforma trabalhista* 213, 217, 225  
*renda* 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451  
*responsabilidade* 5  
*responsabilidade civil* 331, 332, 333, 334, 335, 340, 344, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 356, 357

## S

*saúde* 14, 452, 456, 458, 459, 460  
*segurança* 231, 236  
*serviço público* 294  
*sexual* 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 124, 125, 126, 127, 131, 132, 133, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193  
*sistema* 5  
*sistema criminal* 153  
*sociais* 13, 50, 54  
*social* 360, 362, 364  
*socialização* 6, 46, 47  
*sociedade* 47, 48, 49, 50, 55, 181, 182, 183, 184, 228, 233, 234, 236  
*socioafetiva* 92, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 104  
*stealthing* 8, 123, 124, 125, 126, 132, 133, 134  
*Stealthing* 124, 125, 126, 131, 133, 134  
*STF* 10, 92, 94, 97, 98, 99, 101, 102, 199, 203, 204, 206, 210, 264, 265, 266, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 284, 289, 445  
*STJ* 11, 305, 307, 312, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 393, 394, 398, 400

## T

*trabalhador* 215, 216, 217, 218, 221, 222  
*trabalhadores* 213, 214, 215, 216, 217, 221, 222, 223  
*trabalhista* 9, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 229, 230, 233  
*trabalhistas* 19, 22, 23, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 221, 222, 223, 224, 226  
*trabalho* 5, 6, 9, 10, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247  
*trabalho infantil* 9, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 236, 238  
*trabalhos* 20  
*tramitação* 441  
*tutela* 92, 94, 97

# V

*viabilidade econômica* 198

*vida* 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134,

*videoconferência* 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176,  
177, 178

*violência* 7, 124, 125, 126, 127, 128, 131, 132, 133, 153,  
154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163,  
164, 165

*vítima* 124, 125, 126, 127, 128, 131, 132, 133



