



**ANAIS DO VI**  
**EGRUPE**

VI ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL  
DE GRUPOS DE PESQUISA

## CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia  
André Luís Vieira Elói  
Antonino Manuel de Almeida Pereira  
Antônio Miguel Simões Caceiro  
Bruno Camilloto Arantes  
Bruno de Almeida Oliveira  
Bruno Valverde Chahaira  
Catarina Raposo Dias Carneiro  
Christiane Costa Assis  
Cíntia Borges Ferreira Leal  
Eduardo Siqueira Costa Neto  
Elias Rocha Gonçalves  
Evandro Marcelo dos Santos  
Everaldo dos Santos Mendes  
Fabiani Gai Frantz  
Flávia Siqueira Cambraia  
Frederico Menezes Breyner  
Frederico Perini Muniz  
Giuliano Carlo Rainatto  
Helena Maria Ferreira  
Izabel Rigo Portocarrero  
Jamil Alexandre Ayach Anache  
Jean George Farias do Nascimento  
Jorge Douglas Price  
José Carlos Trinca Zanetti  
Jose Luiz Quadros de Magalhaes  
Josiel de Alencar Guedes  
Juvencio Borges Silva  
Konradin Metze  
Laura Dutra de Abreu  
Leonardo Avelar Guimarães  
Lidiane Mauricio dos Reis  
Ligia Barroso Fabri

Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem  
Luciana Molina Queiroz  
Luiz Carlos de Souza Auricchio  
Marcelo Campos Galuppo  
Marco Aurélio Nascimento Amado  
Marcos André Moura Dias  
Marcos Antonio Tedeschi  
Marcos Pereira dos Santos  
Marcos Vinício Chein Feres  
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral  
Marilene Gomes Durães  
Mateus de Moura Ferreira  
Milena de Cássia Rocha  
Mortimer N. S. Sellers  
Nígela Rodrigues Carvalho  
Paula Ferreira Franco  
Pilar Coutinho  
Rafael Alem Mello Ferreira  
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia  
Rayane Araújo  
Regilson Maciel Borges  
Régis Willyan da Silva Andrade  
Renata Furtado de Barros  
Renildo Rossi Junior  
Rita de Cássia Padula Alves Vieira  
Robson Jorge de Araújo  
Rogério Luiz Nery da Silva  
Romeu Paulo Martins Silva  
Ronaldo de Oliveira Batista  
Sylvana Lima Teixeira  
Vanessa Pelerigo  
Vitor Amaral Medrado  
Wagner de Jesus Pinto

# VI ANAIS DO EGRUPE

VI ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL  
DE GRUPOS DE PESQUISA

ANDRÉ MACHADO MAYA  
- ORGANIZADOR



*Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.*

Copyright © 2023 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2023 by André Machado Maya (Org.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

[www.editoradialetica.com](http://www.editoradialetica.com)

## **EQUIPE EDITORIAL**

### **Editores**

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha  
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira  
Prof. Dr. Tiago Aroeira  
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

### **Designer Responsável**

Daniela Malacco

### **Produtora Editorial**

Kariny Martins

### **Controle de Qualidade**

Marina Itano

### **Capa**

Mariana Silva de Oliveira

### **Diagramação**

Mariana Silva de Oliveira

### **Preparação de Texto**

Nathália Sôster

### **Revisão**

Responsabilidade do autor

### **Assistentes Editoriais**

Jean Farias  
Rafael Andrade  
Ludmila Azevedo Pena  
Thaynara Rezende

### **Estagiários**

Diego Sales  
Laís Silva Cordeiro  
Maria Cristiny Ruiz



## **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

A532v Anais do VI EGRUPE : VI Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa / organização André Machado Maya. – São Paulo : Editora Dialética, 2023.  
808 p.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-252-8518-4

1. Direito. 2. Legislação. 3. Pesquisas em Direito. I. Maya, André Machado (org.). II. Título.

CDD-340

# APRESENTAÇÃO

O diálogo acadêmico entre diferentes instituições de ensino superior, notadamente no âmbito dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, é uma prática imprescindível para o desenvolvimento da pesquisa em nível superior. Não obstante ainda tímida, em linhas gerais, essa prática tem sido fomentada e concretizada pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FM-P-RS), em parceria com os PPGDs da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), por intermédio de um projeto denominado *Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa*.

Trata-se de um projeto acadêmico cujo objetivo é fomentar o diálogo e a produção acadêmica conjunta entre os diferentes grupos de pesquisa vinculados aos projetos de pesquisa das três Instituições. Nesta sexta edição, o Encontro foi novamente aberto a outras Instituições de Ensino Superior, de modo a ampliar ainda mais o diálogo e propiciar mais pontos de contato entre as pesquisas acadêmicas.

Nessa perspectiva, o Encontro é organizado no formato de grupos de trabalho, divididos a partir de cinco eixos temáticos, todos representativos das áreas de concentração dos PPGDs participantes: (GT01) políticas públicas em direitos fundamentais e jurisdição: interconexões cambiantes; (GT02) Estado, mercado e sociedade: equações de equilíbrios; (GT03) segurança pública e política criminal: a expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea; (GT04) Direitos humanos, cidadania e novos direitos; e (GT05) políticas públicas, família e direitos geracionais. O Encontro seguiu o modelo dos anteriores e foi realizado virtualmente. Foram aprovados para apresentação oitenta e oito trabalhos. Os números, superiores aos da edição anterior, confirmam a adesão dos alunos e professores, e o êxito da metodologia de trabalho, apta a fomentar o relacionamento acadêmico entre os Programas de Pós-Graduação cujas linhas temáticas são afins, e assim também o diálogo interno entre docentes e discentes dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da FMP, UNISC e UNESC.

A presente compilação, publicada no formato de anais, reúne setenta e quatro resumos expandidos apresentados por discentes e/ou docentes dos Programas de Pós-Graduação participantes, selecionados a partir de critérios objetivos de conteúdo, forma, adequação temática e apresentação oral nos grupos de trabalho. Os resumos representam as pesquisas realizadas no âmbito das disciplinas dos PPGDs e dos seus grupos de pesquisa. A estruturação dos anais que ora se apresenta ao público segue a mesma estrutura do Encontro de Grupos de Pesquisa, com as divisões temáticas identificadas pelos respectivos grupos de trabalho. A conexão entre os temas de pesquisa evidencia a identidade acadêmica entre os PPGDs parceiros e, assim, o mérito acadêmico do projeto e da parceria.

Boa leitura a todos!

Primavera de 2022,

**Prof. Dr. André Machado Maya** (FMP/RS)

Coordenador do Encontro de Grupos de Pesquisa

# SUMÁRIO

## GRUPO DE TRABALHO 01 POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO: INTERCONEXÕES CAMBIANTES

PRESTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA ASSISTENCIAL:  
ANÁLISE DO AUXÍLIO RENDA BÁSICA DA CIDADANIA ..... 23

*Janriê Rodrigues Reck*  
*Jeanine Lykawka Medeiros*  
*Joice Schroer*

---

A BUSCA POR UMA DURAÇÃO RACIONAL CONDUZIDA  
PELA TEMPERANÇA..... 33

*Victor Saldanha Priebe*  
*Helena Schwantes*  
*Fabiana Marion Spengler*

---

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA  
E CONTROLE FRACO A PARTIR DA APDF 709..... 45

*Fernando Roberto Schnorr Alves*  
*Lucas Moreschi Paulo*  
*Mateus Henrique Schoenherr*

---

OS IMPACTOS DA PANDEMIA NO ACESSO AO SERVIÇO  
PÚBLICO DE EDUCAÇÃO ..... 59

*Denise Bittencourt Friedrich*  
*Gabriela de Souza Graeff*

---

O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A IDEIA DE  
UM FEDERALISMO COOPERATIVO ECOLÓGICO  
COMO PRESSUPOSTO PARA O DESENVOLVIMENTO  
SUSTENTÁVEL NOS MUNICÍPIOS..... 67

*Alice Wisniewski*  
*Ricardo Hermany*

AS POLÍTICAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NO BRASIL,  
OBJETIVOS, IMPLEMENTAÇÃO E RESULTADOS: UMA  
ANÁLISE SOBRE O AUXÍLIO BRASIL E BOLSA FAMÍLIA..... 75

*Arthur Votto Cruz  
Ricardo Hermany*

---

INTERVENÇÃO POPULAR EM POLÍTICAS PÚBLICAS: É  
POSSÍVEL DEMOCRATIZAR O FIES?..... 85

*Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos  
Reginaldo de Souza Vieira*

---

O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO PROTEÇÃO DA  
PESSOA POBRE NO BRASIL..... 95

*Elias Guilherme Trevisol*

---

CONTRATOS EDUCACIONAIS: UMA ANÁLISE DO  
DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DE ACESSO  
À EDUCAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA  
IMPREVISÃO E SUPERVENIÊNCIA.....103

*João Paulo Santiago Gregorine  
Lisandra Inês Metz*

---

A DESTRUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POR DENTRO:  
CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, PRÁTICAS  
DESCONSTITUINTES E A ADPF 622..... 113

*Tiago de Sousa Moraes*

---

**GRUPO DE TRABALHO 02  
ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE:  
EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIO**

---

HARDBALL CONSTITUCIONAL: DA POLARIDADE POLÍTICA  
À INSEGURANÇA JURÍDICA ..... 125

*Nicolas da Rocha Machado*

AS MUDANÇAS NOS PADRÕES DE CONSUMO E A  
NECESSIDADE DE REVISÃO TEMPORAL DA SELETIVIDADE  
TRIBUTÁRIA COMO MECANISMO DE INCLUSÃO SOCIAL..... 139

*Andrei de Oliveira*  
*Yduan de Oliveira May*  
*Guilherme Delfino Gueiral*

---

VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE COMO MECANISMO  
FACILITADOR NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS..... 151

*Marco Silva Rieth*  
*Yduan de Oliveira May*

---

A UNIFORMIZAÇÃO DE ARRANJOS INSTITUCIONAIS  
COMO INSTRUMENTO PARA A REGULAR CONSERVAÇÃO  
DA EMPRESA NO ÂMBITO DO ACORDO DE LENIÊNCIA ..... 163

*Pedro Henrique Monteiro*  
*Carlos Rodolpho Glavam Pinto da Luz*  
*Yduan de Oliveira May*

---

O ESTÍMULO DA EDUCAÇÃO DO TITULAR DOS DADOS  
PESSOAIS: UM MECANISMO DE PROTEÇÃO CONTRA A  
EXCLUSÃO SOCIAL DO CONSUMIDOR..... 169

*Larissa Oliveira Palagi de Souza*  
*Mariany Oliveira Barcelos*

---

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO NOVO  
PARADIGMA NAS RELAÇÕES LABORAIS DA MULHER  
ENQUANTO POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA DIVISÃO  
SEXUAL DO TRABALHO ..... 181

*Clarice Maria de Moura Assmann*  
*Suzéte da Silva Reis*

---

AS CONCESSÕES DE RODOVIAS NOS VALES DO RIO  
PARDO E TAQUARI E AS MOBILIZAÇÕES POPULARES..... 189

*Eduardo Elias Wachholtz*

OS IMPACTOS DAS PRÁTICAS DE ESG E A AGENDA 2030 NA GOVERNANÇA E CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA LOCAL.....	199
---	-----

*Betieli Da Rosa Sauzem Machado  
Camila Lemos de Melo  
Ricardo Hermany*

---

INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA E O OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 10.3 .....	213
---	-----

*Andrielli Figueiredo Martins  
Yduan de Oliveira May*

---

O CASO DA PROCURADORA AGREDIDA POR UM COLEGA DE TRABALHO DO MUNICÍPIO DE REGISTRO E A OMISSÃO LEGISLATIVA PERANTE A MULHER TRABALHADORA.....	221
--	-----

*Isadora Hörbe Neves da Fontoura  
Suzéte da Silva Reis*

---

O MUNICÍPIO COMO PROTAGONISTA: A ATUAÇÃO DO PODER LOCAL NA CONSOLIDAÇÃO DOS LOTEAMENTOS POPULARES DO PROGRAMA MINHA CASA VERDE AMARELA.....	231
--	-----

*Paula Meinhardt Aguiar  
Gabriela da Silva André*

---

A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR: ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA LOCAL PARA O AVANÇO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA .....	237
---	-----

*Rogério Gesta Leal  
Thaís Louise Dias Veiga*

---

A (IN)EFICÁCIA DA POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE NO ENFRENTAMENTO DOS PROBLEMAS AMBIENTAIS E A TEORIA DA ORIENTAÇÃO SOCIAL.....	251
---	-----

*Juliana Silva da Rocha Nickel  
Davi Michels Ilha*

INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E  
O PRIVADO: OS CONTRATOS BILATERAIS SOB A  
REGULAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA  
SOLIDARIEDADE NA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE  
HUMANA NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO  
CONTEMPORÂNEO.....263

*Jorge Renato dos Reis*  
*Priscila de Freitas*  
*Marcela Araújo Jantsch*

---

CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: A  
NECESSIDADE DA ATUAÇÃO INTERINSTITUCIONAL DOS  
AGENTES CONTROLADORES EM TODAS AS ETAPAS DO  
CICLO ..... 271

*Chaiene Meira de Oliveira*  
*Rogério Gesta Leal*

---

DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS  
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ..... 279

*Diogo de Almeida Ferrari*

---

**GRUPO DE TRABALHO 03**  
**SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL: A EXPANSÃO**  
**DA INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO (RACIONAL) NA COLETA  
COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO ..... 289

*Leandro Reis de Souza*

---

A VIOLAÇÃO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS EM FACE DA  
LEI DE ANISTIA ..... 301

*Bárbara Barbieri Erig*

**GRUPO DE TRABALHO 04**  
**DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E NOVOS DIREITOS**

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MENINAS E MULHERES  
YANOMAMI: UM ESTUDO SOBRE A MANUTENÇÃO DA  
COLONIALIDADE DE GÊNERO ..... 313

*Geanne Gschwendtner*  
*Raquel Fabiana Lopes Sparemberger*

---

ATAQUES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO  
BRASILEIRO: UMA LEITURA A PARTIR DE DWORKIN ..... 323

*Amanda Sebastião Dal Pont*  
*Yduan de Oliveira May*

---

INCREMENTO DA PARTICIPAÇÃO E DELIBERAÇÃO DO  
CIDADÃO NA GESTÃO PÚBLICA: UM NOVO COMPONENTE  
CURRICULAR E UM NOVO PROGRAMA DE ESTADO À  
POLÍTICA PÚBLICA EDUCACIONAL DA EDUCAÇÃO BÁSICA 331

*Carla Luana da Silva*  
*Rogério Gesta Leal*

---

IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ALGORÍTMICA  
SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE POPULAÇÕES  
MARGINALIZADAS..... 343

*Daniela Simões Azzolin*  
*Nathalia Silveira de Almeida*

---

A EDUCAÇÃO BÁSICA À LUZ DOS PRECEITOS FEMINISTAS 353

*Marli Marlene Moraes da Costa*  
*Etyane Goulart Soares*

---

GÊNERO E RELIGIÃO: A INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO  
NA DISCIPLINARIZAÇÃO DAS MULHERES INFRATORAS  
NAS PRISÕES..... 359

*Marli Marlene Moraes da Costa*  
*Georgea Bernhard*

FRAGILIDADE DO REGIME POLÍTICO E JURÍDICO  
BRASILEIRO ATUAL À LUZ DO SEU PASSADO  
CONSTITUCIONAL..... 367

*Eduarda Goldschmidt  
Luysa Eichner da Silva*

---

SOMA E *BIG BROTHER*: A RELEVÂNCIA DOS DADOS E DOS  
ALGORITMOS PARA AS REDES SOCIAIS.....377

*Amanda Silva dos Santos  
Giovanna de Carvalho Jardim  
Leonardo Michel Ferreira*

---

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL: MECANISMOS DE  
COMBATE ÀS *FAKE NEWS*..... 389

*Thomás Henrique Welter Ledesma*

---

VIOLÊNCIA MIMÉTICA E SACRIFÍCIO: UMA SÍNTESE DA  
JUSTIÇA EM RENÉ GIRAD .....401

*Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra*

---

A APLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.215-10/2001 E A  
PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL..... 413

*Isadora Leitão Wild Santini Picarelli*

---

A APROPRIAÇÃO DA CULTURA NEGRA PELO  
CAPITALISMO.....423

*Wanessa Wollinger  
Helora Pereira Gabriel Freitas*

---

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEXTO  
HISTÓRICO DE PRÁTICAS CLIENTELISTAS NA  
POLÍTICA DURANTE O PERÍODO DITATORIAL E SUAS  
CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA..... 435

*Vanessa Thomas Becker  
Rogério Gesta Leal*

MEDIDAS DE NÃO REPETIÇÃO NO CASO *BARBOSA DE SOUZA Y OTROS VS. BRASIL* (2021): O FEMINICÍDIO NA PAUTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....443

*Eliziane Faridin de Vargas*

*Júlia Carolina Budde*

*Victória Scherer de Oliveira*

---

ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....449

*Luís Guilherme Nascimento de Araujo*

*Clovis Gorczewski*

---

SENTENÇAS ESTRUTURANTES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: COMPLEXIDADES E CAMINHOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE SENTENÇAS INTERAMERICANAS.....455

*Mônia Clarissa Hennig Leal*

*Maria Valentina de Moraes*

*Fernanda Freitas Carvalho da Silva*

---

GARANTIA DE DIREITOS E PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DE MARCOS NORMATIVOS BRASILEIROS.....463

*Ricardo Oliveira Azevedo*

*Reginaldo de Souza Vieira*

---

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: A APLICABILIDADE DOS *STANDARDS* PROTETIVOS FIXADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DE IGUALDADE E DE PRIVACIDADE, A PARTIR DAS NOÇÕES DE *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO E DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL.....473

*Mônia Clarissa Hennig Leal*

*Dérique Soares Crestane*

POLIAMOR: O FENÔMENO DOS NOVOS DIREITOS E OS SEUS EFEITOS JURÍDICOS.....483

*Thaís Tavares Ramos*

**GRUPO DE TRABALHO 05**  
**POLÍTICAS PÚBLICAS, FAMÍLIA E DIREITOS GERACIONAIS**

GARIMPO ILEGAL NA TERRA INDÍGENA YANOMAMI E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO PRATICADA CONTRA AS ADOLESCENTES YANOMAMI..... 497

*André Viana Custódio*

*Higor Neves de Freitas*

*Johana Cabral*

---

FAMÍLIAS LGBTQIAPN+ NO AMBIENTE ESCOLAR BRASILEIRO: ENFRENTAMENTO AO CONSERVADORISMO ESTRUTURAL..... 511

*Fernanda Pantaleão Dirscherl*

*Carolina D'Amorim Barreto*

---

A VALORAÇÃO DO CUIDADO EXCLUSIVO NA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS..... 523

*Cecília Nunes Barros*

---

ALIMENTOS AVOENGOS E A NECESSIDADE DE COLAÇÃO 537

*Maria Eduarda Bittarello Toniolo*

---

A POSSIBILIDADE DE SAQUE DO FGTS COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL POR MEIO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA..... 549

*Iane Dias Krause*

*Júlia Farias Mertins*

---

IMPOSIÇÃO DO REGIME DE BENS DA SEPARAÇÃO LEGAL NO CASAMENTO OU NA UNIÃO ESTÁVEL DA PESSOA IDOSA..... 557

*Rafaela Rojas Barros*

*Maria Fernanda Gonçalves Ribeiro Ventura*

REVISÃO LEGISLATIVA DA LICENÇA-PATERNIDADE COMO EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO FAMILIAR E NO MERCADO DE TRABALHO .....569

*Fernanda Schenkel*

---

ABANDONO DIGITAL INFANTIL E O LIMITE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS..... 583

*Danielly Duarte Sobral da Silva*

---

DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ABSTENÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO RELATIVO AO FILHO MENOR DE IDADE NA *INTERNET*: PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO PARADIGMÁTICA PROFERIDA PELO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA DE PORTUGAL .....593

*Victória Barboza Sanhudo*

---

CONSEQUÊNCIAS DAS VIOLÊNCIAS NO DESENVOLVIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ..... 605

*Ana Lara Cândido Becker de Carvalho*  
*Vanderli Peixoto de Oliveira*

---

GUARDA COMPARTILHADA NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER .....613

*Marina Marques Gontijo*

---

AÇÕES DE CURATELAS: A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO UMA TUTELA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA .....621

*Cinara Furian Fratton*

---

A COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM DETRIMENTO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL .....633

*Amanda Maria Trojan*  
*Luiza Rodrigues Pin*

A SAÚDE MENTAL E EMOCIONAL DE CRIANÇAS,  
ADOLESCENTES E JOVENS LATINO-AMERICANOS PÓS  
PANDEMIA DE COVID-19.....645

*Camila Conrad*

*Cristiano Lange dos Santos*

*Juliana Toralles dos Santos Braga*

---

ABANDONO DIGITAL: O DIREITO À PRIVACIDADE DAS  
CRIANÇAS E ADOLESCENTES *VERSUS* O DEVER DE  
RESPONSABILIDADE DOS PAIS.....657

*Giovana de Oliveira Spagnol*

---

O USO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES NO  
JUDICIÁRIO EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA  
CONTRA MULHERES: UMA VISÃO SISTÊMICA PARA A  
TRANSGERACIONALIDADE DOS CONFLITOS.....669

*Deise Brião Ferraz*

*Marli Marlene Moraes da Costa*

---

RELAÇÕES CONVIVENCIAIS E SEUS EFEITOS  
SUCESSÓRIOS NA PERSPECTIVA DOS ORDENAMENTOS  
JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS: DEVE O  
COMPANHEIRO SER CONSIDERADO HERDEIRO  
NECESSÁRIO OU LEGITIMÁRIO?.....681

*Luíza Sartori Parise*

*Natália Trindade Emmel*

---

A TENRA IDADE COMO UM (NÃO) LIMITADOR AO  
DIREITO DE CONVIVÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS  
JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO  
RIO GRANDE DO SUL.....697

*Marina Dezotti Gatto*

LICENÇA PARENTAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO MELHOR OU SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....709

*Alexandra Neves Pinheiro  
Geórgia Manfroí*

---

AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NOS REGISTROS PÚBLICOS PELA LEI N.º 14.382/2022 E O PROCEDIMENTO DE CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO ..... 719

*Conrado Paulino da Rosa  
Luciana Ignácio Krieger  
Marina Mayer Pereira*

---

A APRENDIZAGEM COMO FORMA DE COMBATE À EXPLORAÇÃO E TRABALHO INFANTIL NO CAMPO ..... 731

*Maira Carolina Petry*

---

O TRABALHO INFANTIL NO BRASIL COMO UM REFLEXO DA DESIGUALDADE SOCIAL E UMA FORMA DE PERPETUAÇÃO DA SEGREGAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGROS NO BRASIL .....741

*Andréa Silva Albas Cassionato  
Celiene Santos Mânica*

---

LIMITES OBJETIVOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA..... 751

*Fernanda Rosa Coelho  
Dáley Azevedo de Castro Eleuthério*

---

HERANÇA DIGITAL: PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS.....765

*Rafaela de Vargas Pereira*

A NECESSIDADE DA ABORDAGEM SOBRE GÊNERO NO  
COMBATE À VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E  
ADOLESCENTES NO BRASIL .....777

*Rafael Bueno da Rosa Moreira*  
*Rafaela Preto de Lima*

---

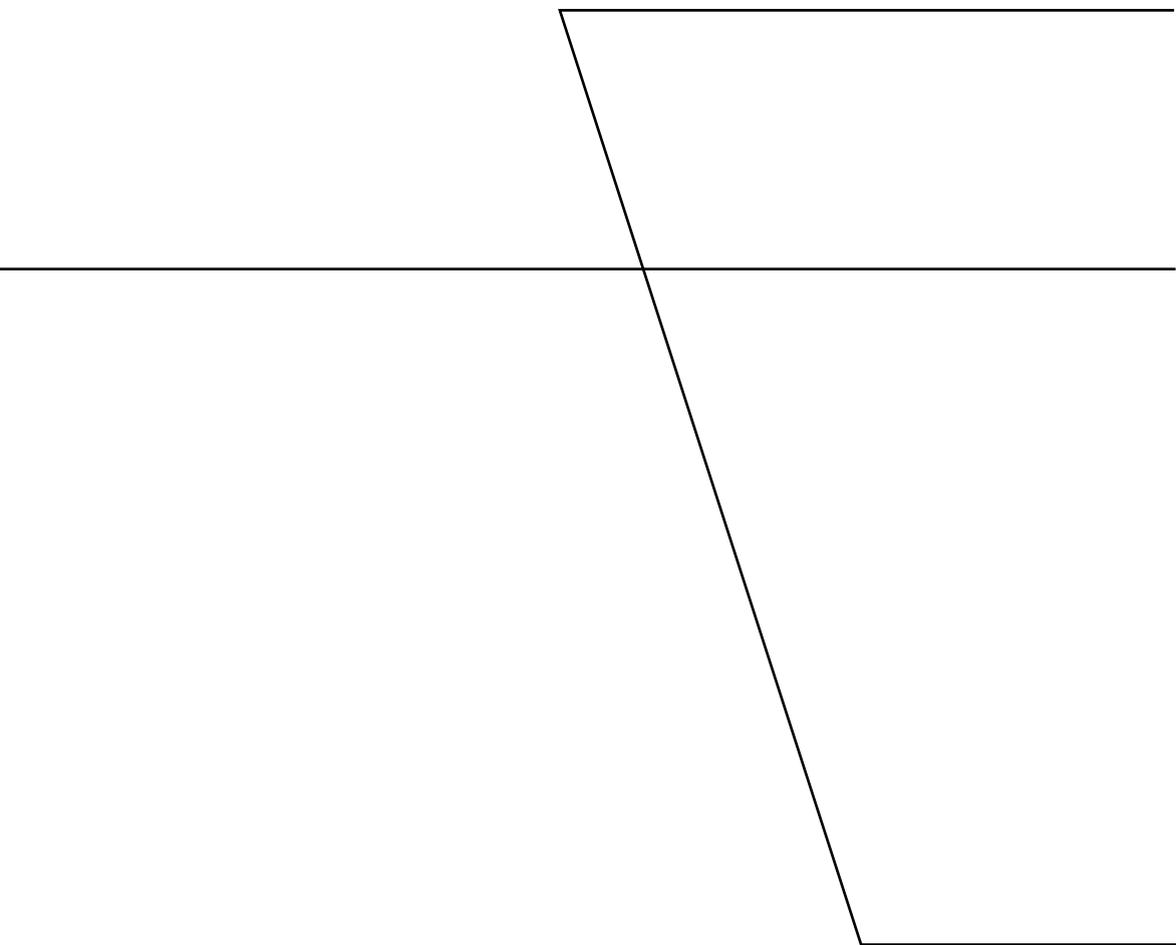
O DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS  
E ADOLESCENTES COM PAIS QUE CUMPREM PENA  
PRIVATIVA DE LIBERDADE..... 785

*Maria Eliza Cabral*  
*Franciele Leticia Kuhl*  
*Vitória Bandeira da Silva*

---

O DIREITO A EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES:  
UMA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO TRABALHO  
INFANTIL DOMÉSTICO NO APRENDIZADO ESCOLAR..... 797

*Andrei da Rosa Sauzem Machado*



**POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO:  
INTERCONEXÕES CAMBIANTES**

**GRUPO DE TRABALHO 01**





# PRESTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA ASSISTENCIAL: ANÁLISE DO AUXÍLIO RENDA BÁSICA DA CIDADANIA

Provision of public assistance policy: analysis of basic income aid for citizenship

Janriê Rodrigues Reck<sup>1</sup>  
Jeanine Lykawka Medeiros<sup>2</sup>  
Joice Schroer<sup>3</sup>

- 1 Janriê Rodrigues Reck. Doutor em Direito. Professor Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenador do grupo de pesquisas “Controle Social da Administração Pública” da UNISC. Procurador Federal. E-mail: janriereck@unisc.br.
- 2 Jeanine Lykawka Medeiros. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Integrante do grupo de pesquisas “Controle Social da Administração Pública” da UNISC. Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Acre. Endereço eletrônico: jeanine.medeiros@gmail.com.
- 3 Joice Schroer. Mestranda em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-graduação em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul, desenvolvida através de convênio com a Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Integrante do grupo de pesquisas “Controle Social da Administração Pública” da UNISC. Endereço eletrônico: johschroer@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

Este estudo tem como finalidade analisar o auxílio renda básica da cidadania, como programa assistencial da política pública de cidadania, erradicação da pobreza e assistência aos desamparados.

Apesar de alguns avanços na Constituição Federal de 1988, na qual o constituinte incluiu direitos fundamentais sociais no texto normativo, especialmente no artigo 6º, a sociedade brasileira continua desigual, com um crescente aumento dos índices de pobreza. Entretanto, ao positivar os direitos sociais, o legislador impôs ao Estado o compromisso de realizar estes direitos através da formulação e implementação de políticas públicas.

Nesta perspectiva de realização do direito fundamental, especialmente da dignidade humana, a garantia de uma renda mínima torna-se indispensável como meio de contribuir para a subsistência do cidadão. Por conseguinte, a partir de iniciativa do poder legislativo, foi instituído o auxílio renda básica da cidadania, tendo como objetivo a implementação de uma política pública assistencial com o pagamento ao cidadão de um valor monetário que viesse reduzir a miserabilidade da população brasileira.

Criado em 2004, mas até 2022 ainda não implementado, o auxílio renda básica da cidadania prevê em seu art. 1º, da Lei nº 10.835/2004 o recebimento de um benefício monetário anual por um extrato da população brasileira e imigrantes residentes no Brasil, há pelos menos 5 anos, em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Trata-se de um exemplo de instrumento de política pública redistributiva, a qual exige planejamento, recursos financeiros e previsão orçamentária para sua implementação de forma efetivar um direito fundamental social, fundamentado na dignidade da pessoa humana e no exercício da cidadania. Na análise da política pública é necessária a verificação do seu tipo, a partir do qual se estabelecem os elementos e instrumentos a serem adequadamente observados, formulados, implementados por meio de ações específicas e avaliadas no ciclo de políticas públicas.

Para tanto, busca-se responder ao seguinte questionamento, o qual consiste no problema de pesquisa do artigo: como caracterizar a inserção do auxílio renda básica da cidadania da política pública assistencial? A hipótese é de que trata-se de instrumento de política pública redistributiva, um programa geral que possui objetivos específicos para a efetivação dos direitos fundamentais, e que está inserido na política pública de Assistência Social.

O trabalho divide-se em três segmentos, que correspondem aos objetivos específicos do estudo. Primeiro aborda-se a Política Pública como meio de efetivação dos direitos fundamentais, em seguida, estuda-se os instrumentos da política pública assistencial, para, após, analisar-se o auxílio renda básica cidadania. A metodologia que se utiliza para a abordagem é dedutiva. O método de procedimento será o monográfico e a técnica de pesquisa a bibliográfica.

## **DESENVOLVIMENTO**

O estudo das políticas públicas surge, após a Segunda Guerra Mundial, com o propósito de aplicação do conhecimento científico às questões de boa gestão governamental (SCHMIDT, 2019). A partir da década de 1960, o conceito de política pública se consolida como uma análise política a ser construída fundamentada em proposições e recomendações que apontasse soluções para os problemas oriundos das demandas sociais.

Políticas Públicas passaram, então, a repercutir no campo da economia e da sociedade construída através da multidisciplinidade entre sociologia, ciência política, antropologia, planejamento, gestão, economia e direito, de onde os especialistas deveriam trazer soluções para os problemas da sociedade tendo como base as ações governamentais inter-relacionadas.

Nesta perspectiva de estado garantidor, o modelo de Estado Liberal é modificado para o Estado Social de Direito, provocando mudanças também na ordem Constitucional de forma a introduzir em seus textos normativos os direitos fundamentais em sentido amplo, provocando uma postura do Estado prestacional dos direitos sociais. O Estado deveria agir para atenuar as desigualdades de modo a libertar os indivíduos das necessidades, promovendo condições materiais que favorecesse o exercício das liberdades (MENDES; BRANCO, 2012).

No entanto, não se pode confundir políticas públicas e direitos fundamentais sociais. Estes não estão condicionados a existência de orçamento, vez que são garantias fundamentais previstas no texto constitucional, os quais são plenamente justificáveis e independem da vontade do legislador, mesmo na perspectiva objetiva que vincula os poderes à sua efetivação (BITENCOURT, 2018). Por outro lado, as políticas públicas são exigências dos cidadãos à efetivação destes direitos para construção dos objetivos estabelecidos pelo constituinte, as quais estão mais atreladas a opções políticas, e sempre ligadas aos recursos orçamentários, que determinam sua implementação por parte do Estado.

Enquanto os direitos fundamentais estão baseados na figura do titular do direito, nas políticas públicas o foco está nas organizações envolvidas e na execução daquela como meio de realização do direito (BITENCOURT; RECK, 2021). Nessa compreensão, os direitos fundamentais sociais estão atrelados à superação das falhas e deficiências do mercado, de modo a promover a justiça social assegurando aos indivíduos vida digna e acesso a oportunidades em geral, impondo ao Estado uma atuação além do mínimo existencial.

Neste sentido, a política pública torna-se um dever estatal de efetivar direitos sociais, cabendo aos poderes políticos definir os modos de realizar tal obrigação a partir de sua formulação e implementação. Indiscutivelmente, a política pública inicia de uma demanda social, a partir da qual se elabora um programa utilizando-se de elementos e instrumentos para alcançar um resultado. Segundo Reck (2018, p. 117), a política pública é “um todo orgânico especializado em algo, cujo discurso apresenta uma coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo”.

Por meio de arranjos institucionais que se expressam em programas de ação governamental complexos, previstos inicialmente na Constituição ou dela derivam, a política pública realiza direitos. Partem de uma ação do Estado de forma coordenada por meio de implementação de programas que envolvem a combinação de elementos, instrumentos e o ciclo da política pública.

Entretanto, para compreender as ações, o contexto e o objeto da política pública, é imprescindível verificar qual o tipo de política pública que se está analisando, ou seja, qual o conteúdo da política pública capaz de determinar o processo político (SECCHI, 2022). Muito embora todas as tipologias propostas possuam características relevantes, aquela estabelecida por Lowi – políticas distributivas, redistributivas, regulatórias e constitutivas - apresenta-se mais adequada para este estudo, vez que, segundo ele, as diferentes categorias de políticas públicas são estabelecidas em torno de diferentes alternativas possíveis de acordo com quem as formula e estabelece a relação de força e disputa dos grupos de interesses em torno dos fundos públicos (SCHMIDT, 2019).

O auxílio Renda Básica da Cidadania, previsto no art. 2º, da Lei nº 10.835/2004 para o extrato da população brasileira e imigrantes residentes no Brasil há pelos menos 5 anos em situação de vulnerabilidade socioeconômica, é um exemplo de instrumento de política pública redi-

tributiva, segundo a classificação de Lowi, previsto como forma eficaz de combate à pobreza e à extrema pobreza. Trata-se de um direito fundamental social fundamentado na dignidade da pessoa humana e exercício da cidadania que depende da construção de uma política pública, a qual exige planejamento, recursos financeiros e previsão orçamentária para sua implementação.

Importante destacar que as políticas públicas redistributivas, como é o caso do auxílio Renda Básica da Cidadania, consistem em redistribuição de rendas e benefícios de forma a deslocar recursos de uma camada social para outra. Isto pode ser realizado através da realocação do próprio orçamento público com a destinação de recursos para as populações mais pobres ou em extrema pobreza, a fim de implementar uma justiça social e efetivar o direito fundamental.

Por oportuno, como elementos que compõem a política pública, segundo Bitencourt e Reck (2021) pode-se estabelecer a função, o tempo, os objetivos, o modelo decisório, o modelo organizacional, o poder e o símbolo da unidade. Estes elementos constituem o sistema política pública, os quais analisados em suas partes têm-se a visão micro da política pública, enquanto considerados em conjunto avalia-se a política pública como um todo. A partir da análise dos elementos pode-se depreender o tipo de política pública a que se pretende ter clareza de sua implementação e avaliação.

Como a política pública é uma unidade de decisões políticas e jurídicas, ela utiliza-se de instrumentos para que seus objetivos sejam atingidos de forma coerente. Os instrumentos tradicionalmente utilizados para compor as políticas públicas são os serviços públicos, fomento, obras públicas, bens públicos, poder de polícia, sanção (criação de tipos penais), regulação intervenção do Estado na propriedade, atividade empresarial do Estado, além de programas gerais e ações individuais.

A adoção de uma política pública de cidadania, erradicação de pobreza e assistência aos desamparados no Brasil, efetiva-se mediante uma série de programas prestacionais assistenciais, de saúde, educação, emprego e renda. Os programas Auxílio Brasil e programa Alimenta Brasil (Lei nº 14.284/2021), Auxílio-emergencial (durante a pandemia do Covid-19), além do acesso público ao ensino e tratamento de saúde, são exemplos.

As políticas públicas são promovidas como o “Estado em ação”, ou seja, o Estado desempenhando determinado projeto de governo, por meio de programas e ações conduzidas para setores específicos da sociedade (HOFLING, 2001, p. 31).

Os objetivos das políticas públicas subdividem-se em gerais e específicos. Os objetivos gerais estão relacionados a efetivação de direitos fundamentais, como, por exemplo, da cidadania, da erradicação da pobreza e da assistência aos desamparados, dispostos nos artigos 1º, 3º e 6º, da Constituição Federal, respectivamente. Os objetivos específicos, por sua vez, referem-se aos programas finalísticos que pormenorizam pequenos objetivos e geralmente estão dispostos em legislações ordinárias, como a Lei nº 10.835 de 2004, que institui a renda básica de cidadania (BITENCOURT; RECK, 2021).

O programa de renda básica no Brasil regulamenta e prevê a concessão de um benefício monetário concedido pelo Poder Público a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país há pelo menos cinco anos. Uma quantia financeira, suficiente para atender às despesas mínimas com educação, saúde, e alimentação, priorizando as camadas mais necessitadas da população e considerando as possibilidades orçamentárias para tanto.

O parágrafo segundo, do artigo 1º, da Lei nº 10.835/2004, nos remete ao fato de que as políticas públicas vão além de dispositivos normativos, havendo, no entanto, um paralelo necessário com a atividade de planejamento (BUCCI, 2002). Com relação ao caráter de planejamento, a Constituição brasileira define em seu artigo 174, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (CF/88, BRASIL, 1988), ou seja, os entes públicos estão vinculados ao princípio da legalidade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe meios para que o Estado possa planejar suas ações orçamentárias: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Portanto, a relação entre política pública e orçamento é intrínseca, tendo em vista que, é o orçamento que prevê, autoriza e possibilita a implementação de uma política pública, que passa a estar vinculada aos princípios orçamentários (MÂNICA, 2010).

Embora a lei tenha sido aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República em 2004, com instituição do benefício a partir de 2005, ainda que por etapas e com a priorização das camadas mais necessitadas da população, a renda básica da cidadania não foi implementada até o momento.

Em 2021, por meio do julgamento do Mandado de Injunção 7.300, o Supremo Tribunal Federal determinou ao Poder Executivo Fe-

deral que adote as medidas necessárias para a implementação do benefício, inclusive mediante alteração do Plano Plurianual (PPA) e da previsão da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2022.

Na presente situação, existe norma regulamentando o programa de renda básica de cidadania, o que falta é dar efetividade a essa política pública. Por outro viés, é possível observar a omissão material do direito à cidadania e aos direitos fundamentais constitucionais por meio da falta de efetividade da lei ordinária.

Apesar da determinação legal, após mais de 17 anos da promulgação da Lei nº 10.835/2004, o Programa Renda Básica de Cidadania segue desprovido de qualquer implementação. Conforme, Gilmar Mendes, “constitui, atualmente, lei de efeitos meramente simbólicos, pois a indiferença demonstrada pelo Poder Executivo tem inibido a eficácia pretendida pelo legislador”. Assim, o Supremo Tribunal Federal atuou na fase de implementação do Programa, tendo em vista a existência da norma estabelecendo as diretrizes gerais (etapa da formulação). De acordo com Secchi (2017, p. 55-56) “é nesse arco temporal que são produzidos os resultados concretos da política pública. A fase de implementação é aquela em que regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações”.

O auxílio renda básica de cidadania, portanto, é um programa que requer intervenção positiva do Estado, na medida em que necessita de uma ação – redistribuição de recursos, renda e benefícios da sociedade a grupos específicos – como instrumento da política pública redistributiva de prestações assistenciais (SCHMIDT, 2019). Constitui-se de um instrumento, qual seja, um programa geral, que juntamente com outros instrumentos possibilitam a soma das ações para a concretização do objetivo geral, isto é, a efetivação dos direitos fundamentais da cidadania, erradicação da pobreza e assistência aos desamparados.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O auxílio Renda Básica da Cidadania, previsto na Lei nº 10.835/2004 para a população brasileira e imigrantes residentes no Brasil há pelos menos 5 anos em situação de vulnerabilidade socioeconômica é um exemplo de instrumento de política pública redistributiva, previsto como forma eficaz de combate à pobreza e à extrema pobreza. Trata-se de um direito fundamental de cidadania, erradicação da pobreza e assistência aos desamparados.

As políticas públicas redistributivas, compostas por programas como o auxílio em questão, consistem em redistribuição de rendas e benefícios de forma a deslocar recursos de uma camada social para outra. Por terem múltiplas dimensões, dependem de instrumentos para sua efetivação. Instrumentos que possibilitam identificar, delimitar e planejar ações (modelos decisórios e organizacionais), além de traçar objetivos específicos visando atingir o objetivo geral, ou seja, a efetivação dos direitos fundamentais.

Destarte, o auxílio renda básica de cidadania configura-se justamente como um programa geral, um instrumento da política pública redistributiva de prestações assistenciais. Juntamente com demais programas específicos, torna viável a diminuição das desigualdades sociais e econômicas, objetivos fundamentais para o desenvolvimento do nosso país.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller. A Reserva do Possível no Contexto da Realidade Constitucional Brasileira e sua aplicabilidade em relação às Políticas Públicas e aos Direitos Sociais. In BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. *Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018, p. 84-110.

BITENCOURT, Caroline Müller, RECK, Janriê. *O Brasil em Crise e a Resposta das Políticas Públicas: Diagnósticos, Diretrizes e Propostas*. Curitiba: Íthala, 2021.

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: 14 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.835 de 08 de janeiro de 2004*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.835.htm). Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 7300. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 04 mai. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886456>. Acesso em: 21 jun. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado E Políticas (Públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano XXI, nº 55, novembro, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccedes/a/pqNtQNWnT6B98Lgipc5YsHq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 jun. 2022.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos fundamentais a prestação e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Eletrônica Direito sobre a reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, p. 2-17, mar./maio 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=426>. Acesso em: 22 jun. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação Pragmático-Sistêmica das Políticas Públicas e sua Relação com os Serviços Públicos. In BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. *Políticas Públicas e Matriz Pragmático-Sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018, p. 114-132.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v.3, n.56, jan. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 15 jun. 2022.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. *Políticas Públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos*. 3ª ed., São Paulo: Cengage, 2022.



# A BUSCA POR UMA DURAÇÃO RACIONAL CONDUZIDA PELA TEMPERANÇA

The search for rational duration led by temperance

Victor Saldanha Priebe<sup>1</sup>  
Helena Schwantes<sup>2</sup>  
Fabiana Marion Spengler<sup>3</sup>

- 1     Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD. Integrante do “Grupo de Pesquisas Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Bolsista CAPES Modalidade II. Mediador e Assessor Jurídico da 24ª Coordenadoria Regional de Educação do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: victor.priebe@hotmail.com
- 2     Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade I, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas públicas no tratamento dos conflitos”, certificado ao CNPq, Mediadora voluntária. E-mail: helena.schwantes@hotmail.com
- 3     Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq. E-mail: fabiana@unisc.br.

## INTRODUÇÃO

Diante da realidade de crise de congestionamento do judiciário nacional, tem-se como temática de pesquisa a garantia fundamental da razoável duração dos processos. Nesta linha, busca-se, como objetivo principal investigar se a temperança possui condições de ditar os caminhos para que seja assegurado uma duração racional dos processos. Com isto, o problema que se pretende responder reside no fato de que ao estimular uma agilidade pela via de critérios quantitativos, estes podem gerar afrontas a garantia anteriormente citada. Com a finalidade de se atingir os objetivos foram utilizados os métodos de investigação histórico e comparativo. Concluiu-se, por conseguinte, que o cenário atual da máquina judiciária que institui metas de julgamento aos julgadores, tal como estão estabelecidas, poderão gerar discricionariedades nos atos decisórios.

## DESENVOLVIMENTO

A presente investigação busca inicialmente observar se há como atribuir ao direito e ao processo a função de atuarem como mecanismos destinados a salvaguardar o arcabouço de princípios constitucionais, e, simultaneamente, confirmam agilidade à prestação jurisdicional. Assim, em sequência, a análise segue buscando compreender se a temperança, a qual estrutura-se conceitualmente por estabelecer uma sabedoria do tempo que se desenvolve de forma justa frente às peculiaridades envolvidas teria, em combinação com ideais do direito, o poder de adequar as políticas pública do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que não seja apenas priorizada a quantidade, mas que também observe a qualidade nos atos judiciais. (OST, 1999)

Nesta toada, vale mencionar que a compreensão atribuída a combinação de direito e processo aqui trabalhada vem no sentido de estes últimos constituem entre si uma dependência mútua, podendo, com isto serem entendidos como seus próprios contravenenos. À vista disso, seus efeitos, quando em plena combinação, irradiariam orientações com finalidades de diminuir liames discricionários utilizando-se, para tanto, da redução de potenciais excessos, condicionando-se, desta maneira, que o desafio da jurisdição moderna seja tratar em pé de igualdade resultado e procedimento, eficiência e garantias. (RESTA, 2014)

Um bom exemplo disto está no Capítulo I do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC), o qual traz nos seus doze primeiros arti-

gos uma nítida adequação às garantias constitucionais, positivando em lei ordinária todos os princípios até agora tratados, especificamente expostos nos arts. 7º, 9º e 4º. (BRASIL, 2015)

Aprofundando-se neste contexto processual como um implementador das garantias constitucionais, verifica-se, também, que elas constituem-se como um hábil instrumento em busca da eficiência, dado que é, também, por meio dos seus ritos que a o desenvolvimento dos processos, quantitativamente falando, deixa a desejar.

Não obstante, quando deparamo-nos com a afirmação, advinda do senso comum, que atribui a culpa do congestionamento processual, e sua consente lentidão, ao fato de que não haveria  $\frac{3}{4}$ processualmente falando $\frac{3}{4}$  um enfrentamento desta demora com ferramentas que pudessem fazê-lo em tempo real. Frente a tais sugestões de enfrentamento do problema acabam por desconsiderar que as decisões judiciais encontram-se, progressivamente, menos afiançadas em si mesmas, gerando com isto a inevitabilidade do encerramento das discussões processuais, negligenciando o sentido da busca pela realização da justiça pela decisão. (GARAPON, 1997)

Em sendo assim, o processo estaria diretamente ligado à concepção a qual define justiça como o seu fim institucional. Assim, compete ao juiz, por meio dos princípios processuais, identificar a razão de ser da forma e até desconsiderar eventuais violações de regras formais vazias de conteúdo, que representem formalismo excessivo, as quais dificultam a eficácia de atender às finalidades do processo, lesando valores inerentes a esse meio de tratamento de controvérsias. À vista disto, o processo se torna polarizado pela tentativa das partes de alcançar a justiça material que entendem ter. Neste ponto é necessário atentar para o valor segurança jurídica assegurada pelo processo; contudo, não se pode deixar que essa preocupação seja confundida com a subserviência ao formalismo excessivo. (BEDAQUE, 2016)

Sob esta perspectiva, o CNJ ao estabelecer metas a serem atingidas pelos juízes deixa de levar em desconsideração diversas e necessárias cadências processuais, estaria com isto impondo uma temporalidade de exceção, a qual tende a impor-se como tempo normal. Desta forma, percorrendo o circuito das formas, dos prazos e dos processos, a urgência imposta apóia-se em um estado de necessidade que ganha *status* de lei, gerando-se assim uma exceção descriteriosamente generalizada. Desta situação inaugura-se uma nova modalidade de insegurança jurídica, produto secundário e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo se acelerou.

Em outras palavras, o transitório torna-se habitual, a urgência torna-se permanente, definindo que tudo se passe hoje como se o ordenamento existente fosse tênue e inútil frente aos rearranjos trazidos pelo direito transitório, onde todo o direito se coloca em movimento, erguendo o transitório ao seu estado de normalidade.

Ademais, a urgência conduz a uma simplificação considerável dos procedimentos, abreviando os prazos e contornando as formas. Em consequência disto, se verificam instruções aceleradas e simplificadas dos processos. Finalmente a urgência acarreta outro efeito, qualificado como geral, de abrandamento da norma. Em síntese, o seu resultado seria o de autorizar toda a espécie de ajustes à legalidade, tanto processual como substancial. A decorrência disto advém dos textos que prevêem medidas de urgência são menos rigorosos, gerando interpretações judiciais flexíveis, modificações incessantes, práticas administrativas extensivas. (OST, 1999)

No entanto não se pretende dizer que a efetividade processual é algo que não deve ser almejado, mas sim expor que tal busca, como se apresenta hoje a política judiciária de estabelece e implanta critérios objetivos aos julgadores quando de suas decisões, sem considere as peculiaridades inerentes ao processo, assemelha-se a buscar a vitória de Pirro. Tanto que, por ora, se prega ser efetivo o processo em condições de proporcionar um resultado justo, de forma segura e no menor tempo possível. Desta forma, compreende-se justo o resultado que, na medida do possível, coincida com o que dispõe a regra no plano do direito substancial/material. Ainda, deve se obter tal resultado observando-se a atuação das garantias reguladoras que pautam a ação do Judiciário nacional. (PRIEBE, 2017)

Portanto, a discricionariedade que permite ao julgador adequar regras de direito material caso a caso, tem-se por absolutamente compatível com a observância do contraditório. Assim, o interesse das partes na produção de um resultado justo pela via processual exige a participação do juiz na condução adequada do procedimento, adaptando os trâmites processuais às necessidades dos direitos em litígio. Contudo, essa intensificação da atividade judicante deve sempre ser acompanhada do diálogo entre os sujeitos do processo, de maneira que as decisões judiciais estejam acobertadas pelo efetivo contraditório, o qual assegura às partes melhores condições de influir na convicção do julgador.

Diz-se isso porque o processo de cognição, como instrumento de composição da lide ou o tratamento de conflitos de alta relevância social, exigem, em homenagem à segurança jurídica, o respeito a um sem fim

número de garantias cuja observância se faz incompatível com a precipitação. Nesta ordem de ideias, a grande equação reside essencialmente em conciliar os valores trazidos pelas garantias, bem como todas as consequências que deles advêm, com a obtenção de decisão que respeite amplamente o corolário do devido processo legal em todas as suas expressões de garantias de defesa, pois só assim se logrará uma decisão acertada no âmbito de um processo justo. (TUCCI, 1997)

Por conseguinte, o garantismo processual não deve traduzir-se em apego a uma concepção literal dos instrumentos constitucionais representativos sobre o tema, pois isto traria como consequência a ausência de efetividade na satisfação da finalidade a qual se direciona. Neste passo, a correta mensuração do alcance destes princípios e garantias, devendo estes conviver harmoniosamente entre si sem que se verifique sobreposição entre umas e outras, demonstra a legitimidade do condicionamento das atividades das partes no decorrer do procedimento judicial. (LEONEL, 2016)

Para tanto, o próprio contexto legal prevê a possibilidade desse condicionamento quando tipifica a possibilidade de margem a alguns procedimentos especiais, nos quais se percebe uma redução da amplitude do contraditório, da atividade probatória, ou até mesmo da extensão e profundidade da atividade cognitiva do juiz. Logo, a existência destes procedimentos não representa qualquer ofensa às garantias constitucionais do processo, visto que se colocam como alternativas criadas pelo sistema processual para tutelar determinadas situações da vida elencadas pelo legislador, às quais se deve aplicar um tratamento diversificado. Ademais, em tais procedimentos não se elimina por completo a segurança trazida pelas garantias, gerando, em alguns casos, apenas a sua mitigação ou postergação.

Em outras palavras, quando determinado sujeito se vê diante de situação de emergência, faz necessário “o uso da tutela sumária, no mais das vezes em caráter de urgência, o sistema permite que, a bem da preservação do direito feito a valer em juízo, seja o contraditório exercido de modo incipiente ou mesmo postergado”. (EID, 2016)

À vista deste contexto exposto, maiores cuidados com a qualidade da instrução probatória não se encontram na pauta do CNJ, visto que anualmente impõe aos magistrados, por meio de metas a serem seguidas, as quais se baseiam em um sistema que só se preocupa com os reflexos quantitativos nos acervos processuais e consequente redução no congestionamento. Para tanto, incentiva-se os juízes a repetir à exaustão que são eles os destinatários finais das provas, bem como os incentiva a expressar

que não lhes é obrigado responder a todos os questionamentos das partes se já encontrou fundamentos para decidir. (SICA, 2016)

Sendo assim, parece evidente que o Brasil enfrenta um problema de acesso à ordem jurídica justa, pois não estamos a tratar “apenas de solucionar dificuldades no seio do processo civil ou da estrutura judiciária para permitir que se preste justiça de qualidade, mas também de fazer com que seja possível prestar uma justiça de qualidade a todos os cidadãos do país” (GOMES, 2016). Todavia, no atual cenário brasileiro não temos nem uma coisa nem outra.

À vista disto, há que se trabalhar por meio da criatividade e a experimentação ousada para que se consiga compatibilizar dois lados de uma mesma moeda: a crise do processo brasileiro à, a um só tempo, crise decorrente do acesso e a crise do próprio acesso ao Judiciário. Em meio à variedade de soluções que se apresentam para o processo civil brasileiro, todas têm como inspiração o propósito de elevar o nível do serviço judiciário e de melhor atender às expectativas e demandas da população (GOMES, 2016).

Logo, poder-se-ia considerar a cidadania como um bom remédio a ser testado no enfrentamento dos desvios impostos aos ditames constitucionais em voga que visam atribuir duração artificial. Desta forma, regras que garantam e efetivem um acesso amplo e democrático à justiça, e de fato o traduzam em uma plena cidadania jurídica, contribuiriam emanando uma combinação de veneno e antídoto uma das outras. Nesta busca por uma prestação jurisdicional que visa adquirir os adjetivos de qualidade e quantidade, a temperança passa a ser apresentada como possível mecanismo apto a contribuir com este objetivo.

Contudo, especialmente as metas são apresentadas pelo CNJ como sendo promessa que por si dará conta de responder por todo o congestionamento processual que hoje se apresenta. Todavia, este órgão desconsidera que a promessa transforma-se em ferramenta que domina o futuro, o qual tem como condição intrínseca a incerteza e a insegurança, pois a promessa pretende que tais condições sejam eliminadas.

No entanto, as promessas trazidas por estas ações desconsideram totalmente que a perspectiva positivista adotada pelo CNJ isola o direito social e se abstém de pensar as transições. Isto ganha relevância, pois o direito é sempre uma coleção de instantâneos sucessivos cujo encadeamento nenhum cenário permite compreender, nem ao menos a soberania de uma vontade onipotente.

Desta forma, o Estado, aqui representado pelo órgão administrativo do Judiciário, impõe a sua escala de tempo, os seus ritmos e as suas cadências à sociedade. Porém, o domínio do tempo social que o Estado realiza pressupõe que os avanços sobre si mesmo se conjuguem com o tempo de alternância entre atraso e avanço, o que, definitivamente, não se verifica na política judiciária que por ora se trata.

Sob este raciocínio, sem dúvida a concepção instantaneísta da Constituição é justificada por uma preocupação legítima de assegurar desenvolvimento processual se dê em uma duração que possa ser considerada razoável, garantindo com isto, aos seus destinatários, um mínimo de segurança. Todavia, a técnica utilizada torna esse objetivo amplamente ilusório, pois ao inscrever o processo fora de tempo e fora do tempo social efetivo, estar-se-ia privando-o de potencialidade, qual seja, possibilitar, pensar e regular possíveis mudanças sociais. Ou ainda, a implantação de metas com uma vertente instantaneísta nos levaria a avalizar qualquer mudança regular na forma, independentemente da avaliação da sua legitimidade e dos seus efeitos sociais.

Posto desta forma cabe afirmar a interpretação do direito não se dá em tiras, ou aos pedaços. A interpretação de qualquer texto legal sempre exigirá do intérprete, em qualquer circunstância, que o caminhar do percurso interpretativo comece a partir do texto legal em sentido exclusivo até a Constituição. Logo, um texto legal isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. (GRAU, 2014)

Deste modo, a edição anual das metas, sejam elas específicas ou nacionais, pouco impactará na duração do procedimento, no entanto, há um significativo potencial de impacto em diversos outros comandos constitucionais. Neste diapasão, não se pode deixar de lado o pensamento de que, ao privilegiar um determinado princípio, está, também, fazendo com que os efeitos deste direcionamento sejam refletidos no mercado. Diz-se isto, pois, “o direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas... Calculabilidade e previsibilidade são por ele instaladas porque sem elas o mercado não poderia existir” (GRAU, 2014).

Por conseguinte, os atuais índices de congestionamento<sup>4</sup> processual brasileiro o transformam o processo no produtor da própria insegurança. Contudo, os atores mercadológicos necessitam de um cenário juri-

---

4 O atual relatório disponibilizado pelo CNJ aponta uma taxa de 68,5% de congestionamento no Poder Judiciário brasileiro. (CNJ, 2020)

dicamente estável e que responda rapidamente aos conflitos que venham a surgir para que, com isto, possam medir os riscos dos investimentos que poderão ser desenvolvidos no país. Assim, uma Administração judiciária que proporcione certo grau de estabilidade na garantia e execução de contratos age como uma das molas mestras para o desenvolvimento nacional, e, conseqüentemente, social. (GRAU, 2014)

Nesta senda, o posicionamento do CNJ em sobrelevar o conceito da razoável duração a ponto de justificar, em nome da Justiça, uma quase arbitrariedade judicial, está entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Dado que vincular a edição de metas a um princípio com tamanha relevância é mais justo, encanta, fascina e legitima tal modo de condução do gerenciamento da máquina judicial. (PRIEBE; SPEGLER, 2016)

Sob esta perspectiva, percebe-se uma notável colisão entre a fundamentação do CNJ e as algumas proteções fundamentais ao processo. Fala-se em colisão da fundamentação e garantias, pois, como anteriormente referido, não se pode levantar eventual colisão entre a duração razoável com os outros princípios processuais abordados. Tanto que um trilhar processual sem dilações indevidas é tido como corolário do princípio do devido processo.

Contudo, a situação não se verifica quanto à colisão de regras, pois como determina o CPC no artigo 1º, “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 2015). Entretanto, como se pôde constatar, as metas vão de encontro com o sentido amplo atribuído principalmente ao contraditório e ampla defesa.

Neste passo, este conflito entre regras somente poderia ser solucionado se fosse introduzido, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, não sendo este o caso. Desta forma,

[...] pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre

si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2008)

Cabe frisar que, ao editar as metas, em momento algum o CNJ atribuiu expressamente efeito vinculante a estas, ou seja, servem atualmente como instrumento de referência ao que pode ser considerado como duração razoável para este órgão. Contudo, ao definir que o seu cumprimento está umbilicalmente ligado ao critério com maior peso na avaliação para promoção de magistrados, e, ainda, que este cumprimento será o balizador para o recebimento ou não da gratificação por cumulação de função, está o referido órgão, por meio de uma fundamentação sedutora, mandando uma mensagem direta a todos os magistrados, dispondo que devem, sim, cumprir todos os prazos estabelecidos pelas metas. (PRIEBE, 2017)

Entretanto, neste caso aqui apresentado, ou seja, o determinismo instituído pela promessa de futuro trazida pelas metas, entende-se que o mecanismo capaz de romper com isto é a adoção de um o tempo questionamento, o qual teria a finalidade de desobrigar o futuro por meio de ações emancipador do determinismo das metas. (OST, 1999) Sendo assim, não se pode admitir que o CNJ busque a solução para a crise do congestionamento do Judiciário por meio de mecanismos que afetem principalmente os usuários deste serviço público.

Desconsideram, com isto, que “a regra e a sanção não são, pois, nem específicas do direito, nem a sua manifestação originária: com efeito, existem ordens jurídicas desprovidas de normas escritas e em que prevalecem formas indirectas(*sic*) e difusas de sanção” (OST, 1999). Fala-se aqui, de pluralismo jurídico, entendido “como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001).

Destaca-se também que o pluralismo jurídico por si só não irá dar conta de responder satisfatoriamente ao cenário de congestionamento processual atualmente instalado no Brasil, contudo, acredita-se que este caminho esteja muito mais alinhado às disposições constitucionais do que edições anuais de metas niveladores tais como atualmente apresentadas.

Frente a toda exposição até aqui feita, resta claro somente ser “possível exprimir o direito dando tempo ao tempo” (OST, 1999), passando por isso a questão dos inúmeros ritmos que o direito institui e é instituído, podendo pinçar algumas principais delas, tais como os princípios do contraditório, ampla defesa, a própria razoável duração do processo, que juntamente com outros, compõem o sentido de devido processo.

Portanto, ao fim, sustenta-se que dando tempo ao tempo, principalmente quando se trata de garantias fundamentais que busca dar uma resposta ao jurisdicionado dentro de um prazo razoável, configura-se como um interessante instrumento que respeita as demais temporalidades processuais constitucionais, possibilitando com isto que CNJ repense suas políticas públicas, especialmente as metas de julgamento, a partir deste conceito em busca de métodos que tragam a eficiência quantitativa sem que o impacto disto reflita de modo negativo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Frente a todo o exposto, concluiu-se que as atuações do CNJ, como estão, somente beneficiam a baixa processual sem que seja levado em consideração o próprio contexto complexo do princípio da razoável duração dos processos, o qual não prima pelo determinismo de aceleração, assim como dá a entender a atual política de metas. Há que se ter claro que baixa de acervo processual e/ou baixa no índice de congestionamento da máquina processual, não garante que os processos passarão a ganhar um ritmo que agrade a sociedade e ao mercado. Portanto, identifica-se uma necessidade premente de que o CNJ rediscuta suas ações e construa novos caminhos que levem em conta a palestrante sinergia entre ações e normas/legislações positivadas.

Do mesmo modo, buscando responder o problema justificador deste estudo, conclui-se que a hipótese foi confirmada, pois foi constatado que o aumento artificial da celeridade dos processos, induzido por incentivos subjetivos e objetivos na carreira dos magistrados, acaba por ensejar distorções do na plenitude do amadurecimento no convencimento do julgador durante o desenrolar do processo.

Neste passo, conclui-se que a garantia da razoável duração dos processos encontra-se umbilicalmente ligada a tal contexto, dado que é por meio dela que se garante que esta temporalidade não seja uma temporalidade vulgar, mas sim uma temporalidade que respeite as sutilezas

dos casos concretos, assim como respeite a cadência processual reconhecida constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. *CPC*. 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 11jul. 2022.

C.N.J. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 11jul. 2022.

EID, Elie Pierre. *Limites à tutela sumária*. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Piaget, 1997.

GOMES, Adriano Camargo. *A crise do processo e o julgamento de recursos especiais repetitivos*. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Garantismo e direito processual constitucional*. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

PRIEBE, Victor; SPENGLER, Fabiana Marion. *A razoável duração do processo na Jurisdição brasileira*. Revista eletrônica de direito processual, v.18, n.2, p. 165-191, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/27010>> . Acesso em: 11 jul. 2022.

PRIEBE, Victor; SPENGLER, Fabiana Marion. *Resoluções 125/2010 e 194/2014 do CNJ: políticas públicas em prol da razoável duração dos processos por meio da qualidade na prestação jurisdicional e desenvolvimento social*. REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ, v.35, p. 320-336, 2016. Disponível em: <<https://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/497>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

PRIEBE, Victor Saldanha. *Tempos do Direito: a razoável duração do processo sob a ótica do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2017.

RESTA, Eligio. *Tempo e Processo*. Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Esserenel mondo, 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário*. In: Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual*. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 1997. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

# DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E CONTROLE FRACO A PARTIR DA APDF 709

Institutional dialogues, democratic legitimacy and  
weak judicial review from the case ADPF 709

Fernando Roberto Schnorr Alves<sup>1</sup>  
Lucas Moreschi Paulo<sup>2</sup>  
Mateus Henrique Schoenherr<sup>3</sup>

- 1 Advogado. Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduado em Direito Público na Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE. Graduado em Direito pela UNISC. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0483602345250103>. E-mail: [fernandorsalves@hotmail.com](mailto:fernandorsalves@hotmail.com).
- 2 Advogado. Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC, bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior (PROSUC) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Foi bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, da FMP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos do PPGD - Mestrado da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Membro da Argumentation Network of the Americas - ANA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: [lucasmoreschিপaulo@gmail.com](mailto:lucasmoreschিপaulo@gmail.com).
- 3 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Foi integrante do núcleo de pesquisa Judicialização da Política, Neocons-

## INTRODUÇÃO

É necessário verificar de que formas a temática do diálogo institucional entre jurisdição constitucional e o parlamento brasileiro, com claras inspirações da teoria da legitimidade democrática e do controle de constitucionalidade fraco, logrou êxito em serem refletidos nas ideias justificativas e posturas do Supremo Tribunal Federal quando da decisão liminar proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709/DF (“ADPF 709”), que versou sobre o vácuo normativo-protetivo dos direitos da população indígena em razão da pandemia da Covid-19.

Assim, a problemática da pesquisa envolve saber, primeiro, de que formas tais ideias se relacionaram para o deslinde da decisão liminar em comento, bem como de que forma o exemplo da ADPF 709 poderá contribuir para a jurisdição constitucional na perspectiva de um diálogo institucional permanente no Brasil.

Como hipótese de pesquisa, tem-se que a ADPF 709 contribuiu para uma maior aproximação do Supremo Tribunal Federal para com os demais poderes, em busca da concretização dos direitos fundamentais por meio de diálogos institucionais e, conseqüentemente, fortalecendo a legitimidade democrática do seu próprio controle jurisdicional.

O trabalho será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico, e da técnica bibliográfica.

Como resultado, a pesquisa demonstra a confirmação da hipótese estabelecida, a fim de reconhecer que a decisão liminar proferida pelo STF na ADPF 709 contribui para uma mudança de perspectiva acerca do controle jurisdicional, porquanto vê-se que a Corte adota um controle fraco, possibilitando a participação de atores sociais diretamente envolvidos no caso, além de dialogar com os demais poderes na concretização dos direitos fundamentais debatidos no caso concreto.

## DESENVOLVIMENTO

Em 1803 a *judicial review* foi exercida pela primeira vez no caso *Marbury v. Madison*. Observa-se o cumprimento pelas instâncias representativas do decidido pelo caso, ainda que não houvesse sido sedimenta-

---

titucionalismo e Separação de Poderes, coordenado pelo Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, vinculado a Universidade Federal do Piauí e ao República. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0040542292236692>. E-mail: [mateus.schoenherr@gmail.com](mailto:mateus.schoenherr@gmail.com).

da a possibilidade da atuação do Poder Judiciário na revisão das demais instâncias de poder (MOTTA, 2017, p. 232). O referido caso é um marco para a jurisdição constitucional e que atualmente possui grande protagonismo judicial. Acrescente-se a tal cenário de protagonismo demais conjunturas como a “perspectiva dinâmica da interpretação” (ESKRIDGE JR, 1987, p. 1522), a atuação criativa dos juízes (LEBEL, 2015, p. 96), a jurisprudência de valores (LEAL, 2007, p. 90) - fatores todos esses entrelaçados, em maior ou menor medida.

Além disso, a concepção da atuação estatal passou a incorporar concepções de justiça e de direitos fundamentais, de modo que a produção legislativa esteja harmonizada pelos mesmos *standards* axiológicos básicos (MOTTA, 2017, p. 236). Nos Estados Unidos, onde o caráter e o fundamento constitucional do direito são fortemente consolidados desde o século XVIII, sobressai um choque sobre diferentes aspectos desta realidade de democracia constitucional, que é o embate da vontade da maioria, isto é, a inclinação política dos representantes democraticamente eleitos, e os direitos individuais constitucionalmente estabelecidos. Desta colisão de posições nasce a chamada dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1986, p. 17-18), em que é guardada à Suprema Corte norte-americana a função de conservação dos direitos e faz garantias individuais estabelecidas na *Bill of Rights*.

Issacharoff (2015, p. 224) identifica que em democracias jovens, como o caso dos países que se reestruturaram democraticamente após períodos ditatoriais e antidemocráticos, via de regra, o modo institucional pelo qual se visou a proteger e fortalecer o estabelecimento democrático, foi a delegação de poderes de controle de constitucionalidade à órgãos jurisdicionais, sobretudo com o protagonismo de cortes constitucionais.

O Brasil, dentro desse contexto, passou de um regime antidemocrático para uma redemocratização, assumindo um Estado democrático e constitucional de direito em pouco tempo. O modelo de constituição adotado foi o de uma constituição analítica, com extenso rol não-taxativo de direitos fundamentais, inclusive os sociais. Dentre toda esta plêiade de direitos fundamentais, um em especial alterou a ótica e a operabilidade da justiça brasileira, que foi o inscrito ao artigo 5º, inciso XXXV, que garante o acesso à justiça, abrindo as portas do Judiciário (MOTTA, 2017, p. 231). A Carta de 1988 permitiu o protagonismo da jurisdição, cenário não exclusivo ao país, mas uma tendência a muitas regiões do mundo no período (GRANT, 2010, p. 16).

Hoje está bem assentada a questão da força normativa da Constituição brasileira, de modo que toda determinação deôntica extraída do texto constitucional - de que algo deve ser cumprido, garantido ou formulado de determinada forma - é norma jurídica e, por isso, é passível de ter sua aplicabilidade reclamada pelos seus credores de direitos fundamentais. Assim, ao estabelecer que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ter sua apreciação suprimida (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), o Estado brasileiro garante que, na falta de concretização destes direitos por parte dos demais poderes políticos, ao judiciário recorrerão todos aqueles que quiserem ter seus direitos contemplados. O faz, inclusive, de modo a assegurar um acesso democrático à justiça, mediante a Justiça Gratuita e a Defensoria Pública.

Ainda, deve-se compreender que a Constituição impõe à atividade legislativa a tarefa/dever de concretizar os direitos fundamentais. O legislador possui o poder/dever de decidir como realizará essa tarefa para implementar e garantir direitos fundamentais, mesmo com certa margem de discricionariedade – o que não é sinônimo de autorizar a omissão normativo-protetiva. Em outros termos, Streck refere que, a partir do Estado Democrático de Direito, o legislador não detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal, pois “a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social” (STRECK, 2004, p. 308), sendo que nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional.

Portanto, a liberdade de conformação do legislador pode ser abalizada pelo controle de constitucionalidade para garantir a concretização dos direitos fundamentais. Para auferir essa medida, o julgador possui em mãos a “ferramenta” do princípio da proporcionalidade, em seu duplo viés: constatar que o ato do Poder Público excedeu em sua função de proteção a um determinado direito fundamental; evidenciar a ausência de proteção (decorrente de sua omissão), ou a insuficiência de sua atuação.

Mendes e Branco (2012, p. 248), ao tratar dos vícios de inconstitucionalidade decorrentes da atividade legislativa, expõem a lei ao exercício de compatibilidade com os fins constitucionais previstos e a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), por meio da adequação (*Geeignetheit*) e da necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo. Diante dessa concepção, seria possível a censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa – denominada pela doutrina alemã como esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) – para o combate ao excesso de poder do legislador sem adentrar no mérito do ato legislativo, “mediante contrarie-

dade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 257).

Quando as normas são abstratas, muitas vezes assumindo caráter principiológico, deve-se compreendê-las como ordens de concretização do direito na maior medida possível, o que Alexy (2011, p. 90) chama de “mandamentos de otimização”. O termo utilizado evidencia que muitas das normas (princípios) caracterizam-se por comportar diferentes graus de satisfação, dependendo das possibilidades fáticas e possibilidades jurídicas (dispostas conforme os princípios e regras colidentes).

Consequentemente, atendendo aos intentos do constituinte de 1988, houve verdadeira enxurrada litigiosa batendo às portas da jurisdição para que fossem decididas questões controversas, sobretudo que fosse suprida alguma mora ou omissão do poder público. Somada à crise de representatividade dos poderes políticos, constata-se uma crescente judicialização nas últimas décadas, inclusive de questões que, *a priori*, deveriam ser decididas pelos poderes deliberativos. Daí o porquê de o professor Vieira chamar atenção à “Supremocracia” no cenário pós-constituição de 1988, levando a Corte a quase “exercer uma espécie de poder moderador [...] em questões de natureza substantiva” (VIEIRA, 2008, p. 445). Para mais, como forma de conseguir decidir frente a todos os processos que chegam aos gabinetes dos Ministros do STF, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 13-15) avocam a expressão “Ministrocracia” para expressar esse crescimento de vereditos monocráticos da Corte.

A interferência do Judiciário, mesmo que já compreendida sua necessidade em questões de omissão dos demais Poderes, ainda assim deveria ser o último recurso para garantir direitos sociais fundamentais por via de políticas públicas, pois os canais políticos são mais eficientes e sensíveis para realizar tais reformas. Nesse sentido, defende Sunstein (2008, p. 186) que “[...] depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político”.

Segundo o autor, o Judiciário não deve ser visto como meio de conseguir reformas sociais em grande escala, cabendo ao Poderes políticos esse papel. Por outro lado, o Poder Judiciário não tem a autonomia de não decidir sobre as lides que lhe são propostas, não sendo possível uma conduta passível de mero espectador da omissão das demais instâncias políticas deixando o cidadão à espera de uma resposta. Não! Ele deverá

resolver todas as questões que a ele cheguem, mas por meio dessa atuação “minimalista” (SUNSTEIN, 1999, p. 10).

O diálogo institucional em desacordos controversos figuraria como maneira de garantir equilíbrio e mútua independência entre Poderes (O'BRIEN, 2016, p. 241). Outro fator ao debate é a busca pela legitimidade democrática das Cortes, cujo objetivo é conceber sustentabilidade democrática e social à jurisdição (LEAL, 2007, p. 102), ainda que as Cortes não possam querer estampar tanta legitimidade quanto às instâncias políticas (GAMPER, 2015, p. 436). Além de uma forma de correção de falhas (BRETTSCHNEIDER, 2007, p. 138), a revisão judicial pode ser visualizada também sob um viés de pluralidade, isto é, de fomentar a abertura da jurisdição às contribuições sociais e institucionais – fazendo-se referência aqui ao ideal da “sociedade aberta de intérpretes” (HÄBERLE, 2015, p. 27).

Dessa forma, o diálogo institucional proporcionaria a visão de que Corte e Parlamento, por exemplo, não precisariam ser “rivais” (na revisão judicial), mas partes convergentes de um mesmo caminho a ser buscado: a consagração dos preceitos fundamentais (ROSANVALLON, 2011, p. 142). Para concretizar esse ideal, podem as Cortes fazer uso das “virtudes passivas” (*passive virtues*), como desenvolvido por Bickel (1986, p. 111-198), compreendidas como mecanismos de não adjudicação, pautadas essencialmente pela busca de diálogo e prudência durante o exercício da revisão judicial (KRONMAN, 1985, p. 1584).

Referência no cenário brasileiro quanto a este debate, Marinoni (2022, p. 53-54) aborda como exemplo do diálogo institucional por meio de uma *passive virtue*, o chamado “*second look*”, teoria norte-americana cujo objetivo é “a princípio, decidir pelo envio da questão à análise do Parlamento, de modo que também é não decidir determinada questão constitucional”. Trata-se, assim, de uma declaração de inconstitucionalidade provisória por meio de uma decisão não baseada em “princípios ou nos direitos fundamentais, mediante uma teorização aprofundada”, reconhecendo a possibilidade do legislativo “reafirmar ou alterar a lei, editando outra”.

Frente ao exposto, é buscando, maiormente, o equilíbrio entre os Poderes e a pluralidade social que se encontram “boas razões para pensar o controle de constitucionalidade como democraticamente legítimo”, nas palavras de Tremblay (2005, p. 617<sup>4</sup>), uma vez que o diálogo permanente entre judiciário, parlamento e administração significaria pensar em um

---

4 Original: “there is good reason to think of judicial review as democratically legitimate”.

controle de constitucionalidade exercido não contra poderes, mas por poderes. Mais do que isso, a perspectiva dialógica equalizaria “relações entre poderes”, evitando “abusos e monopólios de poder que descaracterizem a atuação harmônica dos Poderes” (MORAES; LEAL, 2021, p. 108). Nesse plano, afinal, o protagonismo não seria dos poderes, mas da constituição (SCHOENHERR; MORAES, 2021, p. 127).

Com a problemática desenhada supra, surge o caso da ADPF 709/DF em meio à pandemia do Covid-19. Embora ainda pendente de julgamento, tendo em vista o caráter de urgência que a demanda exigia, foi proferida decisão liminar (BRASIL, 2020) concedendo medidas cautelares, cujos fundamentos do controle judicial empregados para enfrentar o problema da legitimidade da atuação do Poder Judiciário no caso em concreto é diverso do até então explorado pela Corte brasileira.

Magistrados não podem fazer política ao decidir, tampouco impor suas próprias visões de mundo, cruzando competências legislativas e administrativas. Isto não significa que as suas decisões não tenham efeito político prático, mormente ao fato de se fundamentarem em princípios e valores morais, que são emanados pela comunidade política, ou que pelo menos estão latentes nela. Contudo, não se pode legitimar o arbítrio jurisdicional com base em acertos históricos, principalmente pela falta de legitimidade democrática para decidir sobre “desacordos teóricos incompletos” (SUNSTEIN, 1996, p. 37), os quais é à competência legislativa estatal resguardada.

Neste contexto, uma postura institucional aberta ao diálogo se mostra como uma alternativa para que o Judiciário preserve a garantia dos direitos fundamentais sem usurpar funções de outros Poderes, coordenando a ação estatal para que os Poderes deliberativos exerçam sua função para a concretização dos direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais e econômicos. Observando esse modelo de atuação, a ADPF 709/DF aborda já no início do voto do relator Min. Roberto Barroso a promoção de um diálogo institucional da Corte com o Poder Executivo (BRASIL, 2020). Veja-se que o caso abordou a situação dos povos indígenas face à pandemia da Covid-19, tendo sido apontadas falhas e omissões na atuação do Poder Público no que tange à proteção da minoria indígena, considerando sua vulnerabilidade às doenças infectocontagiosas. Vale ressaltar a histórica ausência de participação e representação dos indígenas para a tomada de decisões sobre políticas voltadas para sua parcela da população. O que levou à decisão pela abertura de espaço de participação

dos afetados no planejamento e na execução das políticas públicas voltadas para os indígenas.<sup>5</sup>

A própria decisão (BRASIL, 2020) procurou ressaltar a postura inovadora da Corte (conforme mencionado no voto do Min. Ricardo Lewandowski), diante de uma decisão que reconhece a limitação da capacidade institucional do STF, pois a concretização das políticas públicas necessárias para preservar os direitos sob análise depende necessariamente da atuação da União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde e, inclusive, das Forças Armadas. A decisão abre espaço para a deliberação entre os afetados pela política pública em questão com o Poder Público e mantém a tomada de decisão nas mãos do Poder competente, atuando apenas como impulsionador dos órgãos estatais legítimos que permaneciam inertes. Conforme palavras do relator (BRASIL, 2020, p. 22):

Em meu caso específico, de longa data defendo em teoria e pude aplicar, na prática, a ideia de que, muitas vezes, melhor do que a ingerência direta é a instalação de um diálogo institucional em que se abra prazo para apresentação de planos e projetos e, depois, verifique-se e monitore-se o nível de satisfatoriedade e execução desses planos.

[...] Não me pareceu dentro da capacidade institucional em medida cautelar do Poder Judiciário fixar todas essas necessidades e demandas. Por essa razão, a opção tomada foi determinar ao Governo Federal que apresentasse um plano para a instalação dessas barreiras sanitárias.

Percebe-se, no mesmo sentido de Tushnet (2009, p. 231-233) que se busca demonstrar uma alternativa ao controle realizado pela jurisdic-

5 Em decorrência da liminar, cuja decisão foi referendada pelo plenário, restou determinada a instalação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros para impedir o contágio dos povos em isolamento e dos povos indígenas de contato recente, exigiu-se a instalação da Sala de Situação para a gestão das ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas, solicitação para que o Poder Executivo apresentasse um plano de enfrentamento e monitoramento da Covid-19 para os povos indígenas, bem como a elaboração de medidas de contenção e isolamento contra os invasores das terras indígenas e a extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde imediata aos povos aldeados situados em terras não homologadas e aos não aldeados quando verificada barreira de acesso ao SUS geral. Com relação ao plano de enfrentamento à pandemia para os povos indígenas, foi determinada a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, além do apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígenas da Associação Brasileira de Saúde Coletiva.

ção constitucional. Daí que este autor trabalha com as noções de controle forte e fraco, onde o controle forte (tradicionalmente alvo de críticas, especialmente por suposta falta de legitimidade democrática) promove a implantação dos referidos direitos sociais de forma regrada pelas Cortes, inclusive com interferências na alocação dos recursos orçamentários para a sua execução. Suas determinações, desse modo, acabam forçando os políticos por meio de decisões judiciais, uma atuação agressiva contra a vontade desses, em que o controle forte acaba criando programas de bem-estar social e tendo que lidar com uma série de questões complexas para a formulação de determinada política pública.

De fato, o Judiciário não é a instituição adequada para a avaliação e tomada de decisões que exigem ampla deliberação e planejamento com relação aos direitos prestacionais. Assim, no controle forte, recai sobre os juízes a tarefa de realizar as escolhas trágicas, determinando precisamente o nível de suporte exigido constitucionalmente de determinado direito e o modo que deve ser implementado. Por outro lado, o controle judicial pode empregar diferentes métodos para alcançar a concretização dos direitos fundamentais que não seja pelo julgamento de uma decisão judicial. O referido autor aborda como formas de remédios fracos exemplos como: a pura declaração (da omissão ou insuficiência da atuação dos demais Poderes); a requisição para que os agentes políticos desenvolvam um plano para assegurar a eliminação de determinada violação de direitos em determinado prazo; o estímulo judicial de negociação entre as partes afetadas (TUSHNET, 2009, p. 248). Já remédios fortes ensejariam em injunções mandatórias, detalhando o que os órgãos governamentais devem fazer, estipulando metas e prazos, onde as conquistas seriam mais facilmente medidas (TUSHNET, 2009, p. 249).

Desse modo, a ADPF 709 contribui para a jurisdição constitucional na perspectiva de um diálogo institucional entre os Poderes, promovendo a participação do Poder Executivo no planejamento e execução das medidas necessárias para superar a crise da pandemia perante a população indígena. Tal ação acaba transparecendo um modelo fraco de controle, mais facilmente aceito pelos demais Poderes do Estado, pois o grau de intervenção do Judiciário é menor. Essa perspectiva de controle jurisdicional pode contribuir para a construção conjunta dos Poderes de uma solução para situações inconstitucionais, o que atenua do debate a discussão acerca da legitimidade do Judiciário.

Porém, esse tipo de decisão não necessariamente resultará em maior efetividade na defesa dos direitos fundamentais. Mesmo remédios

fracos podem acabar sendo inefetivos, mas eles são improváveis de gerar oposição política forte. Já remédios fortes funcionam em curto prazo, mas podem ser intensamente controversos (TUSHNET, 2009, p. 250). O resultado dependerá do engajamento dos demais poderes, sobretudo do Poder Executivo, com a efetiva participação no diálogo institucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfoque do desenvolvimento teórico da pesquisa foi abordar brevemente os aspectos evolutivos da revisão judicial, trazendo ao presente contexto do direito constitucional contemporâneo, temperando o debate, mormente, com as teorias acerca da legitimidade democrática das cortes e do controle jurisdicional fraco ou uma atuação minimalista da jurisdição; tendo ambos os elementos o objetivo de não frustrar tanto a participação popular e sua pluralidade do debate público quanto a deliberação (efetiva ou potencial) do parlamento e da administração no âmbito da interpretação constitucional.

Tendo em vista esse *background*, selecionou a decisão da ADPF 709 para averiguar a possibilidade de visualizar tais conjunturas no desempenho da atuação do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo ou não uma mudança de perspectiva sobre o controle jurisdicional. A escolha mostrou-se feliz.

Como resultado, o trabalho demonstrou que, equalizando-se os aspectos teóricos das premissas abordadas com a análise da decisão, concluiu-se pela confirmação da hipótese estabelecida, isto é, foi reconhecido que a decisão liminar proferida pelo STF na ADPF 709 contribuiu para uma mudança de perspectiva sobre o controle jurisdicional, uma vez que a Corte adotou um controle fraco. Isso se deu não apenas por reconhecer as limitações institucionais para decidir (especialmente em sede de cautelar) sobre a questão, mas também pelo fato de ter convocado a participação de atores sociais diretamente afetados por uma decisão no caso, além de dialogar com os demais Poderes na concretização dos direitos fundamentais debatidos no caso concreto. Consequentemente, a postura reforça a legitimidade democrática de sua decisão, o que espera que seja indicativo de mudança de postura, e não de preenchedor retórico da própria atuação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709/DF*. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, 2020.

BRETTSCHNEIDER, Corey. *Democratic Rights: The Substance of Self-Government*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ESKRIDGE JR, William Nichol. Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, p. 1479-1555, 1987.

GAMPER, Anna. Constitutional Courts and Judicial Law-Making: Why Democratic Legitimacy Matters. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Cambridge, v. 2, n. 2, p. 424-440, 2015.

GRANT, James. The rise of juristocracy: when rights are at issue, Americans instinctively turn to the courts. It is an undemocratic habit that they have exported, along with the underlying institutions, with dismaying success. *The Wilson Quarterly*, Washington, v. 34, n. 2, p. 16-22, 2010.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. *Direito Público*, [s.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 20 out. 2021.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies*. Contested power in the era of constitutional courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 94, n. 7, p. 1567-1616, jun. 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/796212>. Acesso em 28 fev. 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEBEL, Louis. La loi et le droit: la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois. *Les Cahiers de droit*, Quebec, v. 53, n. 1, p. 85-96, 2015. Disponível em: <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2015-v56-n-1-cd01734/1028956ar/>. Acesso em: 11 jul. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. *SUPREMA – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/147>. Acesso em: 09 jul. 2022.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. Ativismo judicial e decisões por princípio: uma resposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. In: GAVIÃO FILHO, Anizio; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. Porto Alegre: FMP, 2017. p. 229-247.

O'BRIEN, David M. The Supreme Court: From Warren to Burger to Rehnquist. *Political Science & Politic*, Cambridge, v. 20, n. 1, p. 12-20, 1987. [torehnquist/977CA247D31C9816133967686896E797](https://doi.org/10.1017/977CA247D31C9816133967686896E797). Acesso em 12 fev. 2022.

ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*. Tradução: Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press, 2011

SCHOENHERR, Mateus Henrique; MORAES, Tiago de Sousa. Expansão da Jurisdição Constitucional na concretização dos direitos fundamentais e garantia da

separação dos poderes: quais os limites interpretativos desses objetos na definição de ativismo e autocontenção a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? In: SILVEIRA, Jader Luís da (Org.). *Demandas e Desafios nas Políticas Públicas e Sociais*. Formiga: MultiAtual, 2021. v. 2. p. 115-136.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição*: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, Coimbra*, v. LXXX, p. 303-345, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time*: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislature. *International journal of constitutional law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/617/792021>. Acesso em: 09 jan. 2022.

TUSHNET, Mark V. *Weak Courts, Strong Rights*: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.



# OS IMPACTOS DA PANDEMIA NO ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO DE EDUCAÇÃO

The impacts of the pandemic on access to public education services

Denise Bittencourt Friedrich<sup>1</sup>  
Gabriela de Souza Graeff<sup>2</sup>

- 1 Denise Bittencourt Friedrich. Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Grupo de pesquisa “A democratização do processo de tomada de decisão em organizações públicas e privadas frente aos pressupostos teóricos do constitucionalismo contemporâneo e da teoria das decisões”. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2002); Especialista em Direito Constitucional - ênfase em Direito Municipal pela Universidade Luterana do Brasil (2005) ; Mestre em Direito - Políticas Públicas de Inclusão Social- pela Universidade de Santa Cruz do Sul. (2007). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - (2014) Docente da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC- e professora permanente do PPGD desta universidade. dfriedrich@unisc.br
- 2 Gabriela de Souza Graeff. Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Grupo de pesquisa “A democratização do processo de tomada de decisão em organizações públicas e privadas frente aos pressupostos teóricos do constitucionalismo contemporâneo e da teoria das decisões”. Mestranda em Direito no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa do Programa de Incentivo à Pós-Graduação Stricto Sensu da UNISC. Bolsista na Revista de Direito UNISC. Especialista em Direito Processual Público pela parceria Universidade de Santa Cruz do Sul/Centro de Ensino Integrado Santa Cruz (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2018). graeffgabriela@gmail.com

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda os impactos da pandemia da COVID-19 no acesso ao serviço público de educação, atinente ao cenário brasileiro. Nesse sentido, pergunta-se: a observância do princípio da continuidade dos serviços públicos de educação foi prejudicada durante a pandemia do COVID 19? A hipótese levantada é de que houve uma considerável mitigação ao princípio da continuidade do serviço, tendo em vista as medidas de restrição impostas pelo Poder Público como medidas de combate à pandemia. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo e o procedimento monográfico, através da pesquisa bibliográfica.

## DESENVOLVIMENTO

Os serviços públicos podem ser classificados como toda atividade destinada à satisfação da coletividade em geral, assumida pelo Estado, prestada por um regime jurídico de Direito Público, em favor dos interesses previamente definidos como públicos (MELLO, 2012).

Para Schier (2016), estão englobados nos serviços públicos as atividades prestadas pelo Poder Público a fim de gerar aos indivíduos o acesso a bens essenciais para sua subsistência e sua conceituação depende do momento histórico e do Estado no qual está inserido.

A partir do Estado liberal, no século XIX, os serviços públicos passaram a integrar o Direito Administrativo, com a definição de que as atividades prestadas pelo Estado devem possuir um regime jurídico próprio, distinto das pessoas jurídicas de direito privado (SCHIER, 2016).

Uma das escolas de pensamento acerca dos serviços públicos entende que o elemento principal dos serviços é o atendimento da necessidade dos cidadãos, com foco nas necessidades sociais, como educação, polícia e transporte. Por outro lado, outra corrente entende que além do atendimento das necessidades, os serviços públicos são caracterizados por um regime jurídico próprio (SCHIER, 2016).

Com a forte intervenção do Estado na economia no pós Segunda-Guerra, os serviços públicos novamente tomaram força, com sua conexão a eficácia dos direitos fundamentais e intervenção na sociedade para garantir uma vida digna aos indivíduos. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, os serviços públicos passaram a ser vistos pela perspectiva de ofertas positivas pelo Estado, para efetivação dos direi-

tos de dignidade humana e para as conveniências básicas da sociedade (SCHIER, 2016). Como bem ressalta Schier (2016, p. 50):

A ampliação dos deveres do poder público em relação à sociedade, que caracteriza o Estado Social, impõe, na mesma medida, o incremento da finalidade do serviço público, tomado não só como mecanismo de coesão social, mas também como instrumento de distribuição de riquezas. A atuação do Estado, então, no campo dos serviços públicos, assegura “um conjunto de prestações tendentes a garantir uma vida digna e protegida, independentemente da capacidade ou viabilidade da integração individual no processo produtivo, dos imponderáveis das condições naturais ou das desigualdades setoriais ou regionais.

No que toca a caracterização, o serviço público deve ser uma “atividade prestacional de oferecimento de comodidades materiais à coletividade, titularizada pelo Estado [...] subordinada a um regime jurídico específico de direito público”. E mais, se trata de uma função a ser desempenhada pelo poder público na concretização da dignidade da pessoa humana. Além disso, outras características atinentes ao serviço público são a supremacia do interesse público sobre o privado, a indisponibilidade do interesse público, a universalidade, a modicidade das tarifas e a continuidade das prestações (SCHIER, 2016).

No mais, um dos princípios dos serviços públicos é a continuidade, que significa a impossibilidade de sua interrupção, sendo que o gozo dos serviços pelos usuários - administrados - não pode ser suspenso ou interrompido (MELLO, 2012). Nesse sentido, conforme aborda Tessmann (2006, p. 94):

O direito à educação, na linha desta análise, enseja, uma correlata obrigação do Estado em prestá-la, o que importa na necessária observância dos princípios regentes da atividade estatal, quer sejam expressos, como a impessoalidade e a eficiência, quer sejam implícitos, como o princípio da continuidade dos serviços públicos.

A política pública da educação está no rol dos direitos sociais e sua regulamentação está prevista na Constituição Federal a partir do capítulo da educação, cultura e desporto, sendo um direito de todos e dever do Estado.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 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).

Conforme bem elucidam Gorczewski; Pires (2006, p. 33):

A dimensão do direito à educação, como está assente na Constituição Federal, não pode ser vista isoladamente, descontextualizado do sistema jurídico constitucional, e nem pode ser imaginado como um direito descolado da fundamentalidade que lhe é inerente. A conquista haurida ao longo dos séculos, com o desfile das Cartas Constitucionais pátrias, orientadas em alinhamento com textos internacionais e em Constituições alienígenas, somente poderá ser apropriada na medida que for compreendida como um direito em constante risco de não implementação, o que implicaria retrocesso constitucional e social.

A partir disso, a implementação da política pública, para Secchi (2010, p. 44), “é aquela em que regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações”. A complexidade da implementação da política pública de educação exige muitos atores envolvidos nos mais variados processos e em todos os níveis da federação. Sendo assim, na fase de implementação, os atores são os mais diversos, a nível federal, estadual e municipal e, ainda, com atores tanto de direito público, quanto de direito privado.

Acerca da educação como serviço público, Tessmann (2006, p. 91) explica que, segundo a Teoria do Estado Social, a prestação de serviços públicos é parte fundamental na efetivação de políticas públicas, a partir do dever de ofertar tais direitos à coletividade. Assim, o direito à educação integra o chamado mínimo existencial ou núcleo comum dos direitos fundamentais, tendo em vista sua importância para concretização de outros direitos e para uma existência digna. Sendo assim:

A fundamentalidade do direito à educação é imanente à sua condição de elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da

personalidade humana e à concreção da própria cidadania, que implica diretamente na condição do Estado de Direito. [...] Nessa linha, o direito à educação tem sido previsto em inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais, que buscam o estabelecimento de uma pauta mínima de direitos consagradores da dignidade humana (TESSMANN, 2006, p. 96).

A pandemia da COVID-19, além das implicações naturais no serviço público da saúde, também gerou diversas consequências e restrições a outros direitos, como o da educação e transporte. Com a necessidade de *lockdown* e medidas de restrições para contenção da doença, a estrutura e funcionamento de muitos serviços passaram por mudanças significativas, inclusive com a restrição e descontinuidades.

No que toca ao serviço público de educação, o cenário não foi diferente. Em abril de 2020, o Governo Federal editou Medida Provisória flexibilizando o ano letivo do ensino básico e superior:

Art. 1º O estabelecimento de ensino de educação básica fica dispensado, em caráter excepcional, da obrigatoriedade de observância ao mínimo de dias de efetivo trabalho escolar, nos termos do disposto no inciso I do caput e no § 1º do art. 24 e no inciso II do caput do art. 31 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, desde que cumprida a carga horária mínima anual estabelecida nos referidos dispositivos, observadas as normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino (BRASIL, 2020).

Através de levantamento realizado pelo MEC, verifica-se que, em 2020, nas escolas públicas, a média de dias suspensos nas atividades presenciais foi de 287,47 dias. Além disso, também no ano letivo de 2020, mais de 97% das escolas públicas municipais e 85% das escolas públicas estaduais não retornaram às atividades (BRASIL, 2021).

Além disso, conforme dados da UNESCO, cerca de dois terços do ano acadêmico foram perdidos pelos estudantes em razão dos fechamentos das escolas durante a pandemia. Em declaração, a diretora-geral da organização afirma que, além dos impactos imensuráveis aos estudantes, os fechamentos das instituições de ensino “estão aumentando as perdas de aprendizagem e os riscos de abandono escolar, além de afetarem os mais vulneráveis de maneira desproporcional” (UNESCO, 2021).

Dentre as estratégias adotadas pelas instituições de ensino para comunicação com os alunos e continuidade do serviço público, destaca-se a manutenção de canais de comunicação com a escola, como e-mail, telefone, redes sociais e aplicativo de mensagens e a disponibilização de materiais de ensino-aprendizagem impressos, como livros didáticos impressos, apostilas, atividades em folha etc., para retirada na escola pelos alunos ou responsáveis e/ou entrega em domicílio (BRASIL, 2021). Por fim, ressalta-se que:

[...] a educação possibilita a difusão da democracia e dos direitos humanos e que sua efetividade beneficia reciprocamente o indivíduo e a coletividade, o interesse particular e o interesse público. Dessa forma, acreditamos ser árduo o trabalho de reparar as perdas acarretadas no ensino no período pós-pandemia. O trabalho desenvolvido deverá, cuidadosamente, voltar-se à eliminação das desigualdades, oportunizando aos alunos, sobretudo aos que foram excluídos no contexto de pandemia, aprendizagens voltadas ao desenvolvimento intelectual, humano e ao pensamento crítico, tendo em vista os anseios e necessidades do indivíduo e sua plena formação para a cidadania (CABRAL, RUAS, 2021, p. 157)

O que se visualiza, portanto, é a falta de ações coordenadas para que a política pública da educação, através de seu serviço público, pudesse alcançar a continuidade ainda no período pandêmico. As consequências para a dignidade dos administrados envolvidos e para o desenvolvimento dos estudantes é imensurável e poderá ser observada ainda por um longo período no país.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da pesquisa preliminarmente levantada, verifica-se que houve uma mitigação do princípio da continuidade do serviço público de educação no período da pandemia da COVID-19. Essa descontinuidade pode ser verificada pela suspensão dos estabelecimentos por um longo período e pela demora ao retorno nas instituições públicas.

No entanto, as instituições buscaram medidas para reduzir os danos causados pela diminuição abrupta da prestação do serviço de educação, como a manutenção da comunicação com os alunos e disponibilização de materiais didáticos.

Sendo assim, os riscos da não continuidade do serviço de educação são enormes e podem agravar ainda mais cenários de desigualdade e retrocesso social, visto que se trata de um direito diretamente conectado à dignidade humana e a efetivação de demais direitos de cidadania dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Medida Provisória 934 de 1 de abril de 2020. *Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Publicada em: 1 abr. 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv934.htm)> Acesso em: jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. *Painel de monitoramento da educação básica no contexto da pandemia*. Disponível em: <https://painelcovid-seb.mec.gov.br/questionario-censo-escolar-2020/index.html> Acesso em: jul. 2022.

GORCZEWSKI, Clóvis; PIRES, Francisco Luiz da Rocha. *Educação - breve histórico da conquista de um direito fundamental*. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direito & educação: a questão da educação com enfoque jurídico*. 1. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CABRAL, Sabrina Alves; RUAS, Tathiane Santos. *O direito à educação em tempos de pandemia da COVID – 19: acessibilidade, disponibilidade e adaptabilidade ao ensino remoto*. SAPIENS - Revista De divulgação Científica, 3(1), 148-158. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/sps/article/view/5830>. Acesso em: jul. 2022

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SHIER, Adriana da Costa. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

TESSMANN, Erotides Kniphoff. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade frente às normas constitucionais vigentes no Brasil*. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direito & educação: a questão da educação com enfoque jurídico*. 1. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

UNESCO. Dados da UNESCO mostram que, em média, dois terços de um ano acadêmico foram perdidos em todo o mundo devido ao fechamento das escolas devido à COVID-19. 25 jan. 2021. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/dados-da-unesco-mostram-que-em-media-dois-tercos-um-ano-academico-fo-ram-perdidos-em-todo-o> Acesso em: jul. 2022.

# O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A IDEIA DE UM FEDERALISMO COOPERATIVO ECOLÓGICO COMO PRESSUPOSTO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS MUNICÍPIOS

The principle of subsidiarity and the idea of an ecological cooperative federalism as a prerequisite for sustainable development in municipalities

Alice Wisniewski<sup>1</sup>  
Ricardo Hermany<sup>2</sup>

- 
- 1 Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUC/CAPES modalidade II. Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. Consultora Jurídica Municipal. Integrante do Grupo de Estudos “Gestão Local e Políticas Públicas”, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany (UNISC).E-mail: alicewisniewski@hotmail.com.
  - 2 Professor universitário na Graduação e no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Possui Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. E-mail: hermany@unisc.br.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do princípio da subsidiariedade e o federalismo cooperativo ecológico como pressuposto para o desenvolvimento sustentável nos municípios. Como problema de pesquisa, questiona-se se é possível afirmar que o desenvolvimento sustentável, em âmbito municipal, depende da acessão de uma ideia de federalismo cooperativo ecológico baseado no princípio da subsidiariedade. Como hipótese inicial, sugere-se que o modelo de federalismo adotado no Brasil é caracterizado por um dever de cooperação que reforça a descentralização e autonomia dos entes federativos, inclusive em matéria ambiental. Sob essa ótica, então, o desenvolvimento sustentável nos municípios é fortalecido com a concretização de um federalismo cooperativo ecológico baseado no princípio da subsidiariedade.

O método adotado para a pesquisa, de acordo com os objetivos propostos, é o hipotético dedutivo, empregando-se como técnicas de pesquisa a documentação indireta (por meio de pesquisa documental) e a bibliográfica. Para o desenvolvimento do estudo, busca-se inicialmente realizar um breve aporte a respeito do federalismo brasileiro e da competência municipal em matéria ambiental. Posteriormente, analisa-se o princípio da subsidiariedade e a ideia do federalismo cooperativo ecológico para, ao final, estabelecer a relação existente entre o desenvolvimento sustentável nos municípios e o federalismo cooperativo ecológico sob o prisma do princípio da subsidiariedade.

## DESENVOLVIMENTO

O art. 18 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a organização político-administrativa da federação brasileira compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos entre si. Sendo assim, o Brasil tem como forma de Estado a federação. Embora tal modelo já tivesse sido adotado nas constituições anteriores, apenas com a Carta Magna de 1988 houve a consagração do sistema federalista como é atualmente concebido. De forma sucinta, pode-se dizer que o federalismo é um modelo baseado na descentralização política e formado por entes que agem de forma cooperativa sem relação de hierarquia e subordinação entre si.

A grande inovação da Constituição Federal de 1988 no tocante ao papel do Município é a sua elevação como ente político autônomo, o

que acaba fortalecendo seu papel na conjuntura estatal e amplia, consequentemente, sua atuação política, inclusive quanto ao aspecto ambiental, fortalecendo o federalismo cooperativo brasileiro (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 168).

No tocante à divisão de competências trazidas pela Constituição Federal de 1988, os artigos 23 e 24 da Constituição Federal de 1988 estabelecem competências comuns e concorrentes entre União, Estados e Municípios, destacando-se nesse ponto a competência administrativa de proteção ambiental estabelecida no art. 23, inciso VI. Todavia, a competência para legislar é estabelecida de forma concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24), sendo resguardado aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, II). (BRASIL, 1988).

Assim sendo, à União cabe a fixação de requisitos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto Estados e Municípios podem, de acordo com seus interesses locais, estabelecer regras específicas de proteção ambiental, desde que não diminuam a proteção conferida pela União. É possível dizer, dessa forma, que a partir da publicação da Constituição de 1988, a competência legislativa em matéria ambiental privilegia a maior e mais efetiva preservação do meio ambiente, independentemente do ente que a realize (FIORILLO, 2021, p. 279).

Embora o conceito de “*interesse local*” comporte considerações inviáveis de serem feitas na oportunidade, certo é que, considerando ser o meio ambiente um direito fundamental insculpido no art. 225 da Constituição Federal, e sendo reconhecida a autonomia dos Municípios no sistema federalista brasileiro, há competência tanto administrativa quanto legislativa em matéria ambiental.

Posteriormente, no que tange ao conceito de federalismo cooperativo ecológico e princípio da subsidiariedade deve-se mencionar que ao falar em federalismo cooperativo ecológico, está-se referindo a um dever de cooperação intrínseco entre os entes federativos que devem, obrigatoriamente, exercer suas competências de forma conjunta, integrada e cooperada, com vistas à efetivação do disposto no art. 225 da Constituição Federal e ao desenvolvimento sustentável (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 149). Trata-se, assim, de uma ideia que reforça a descentralização e responsabilização de cada ente também em competência ambiental, uma vez que o federalismo brasileiro já é, por sua natureza, cooperativo.

A Constituição Federal, no parágrafo único do art. 23, estabelece que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com vistas ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (BRASIL, 1988). Essa assertiva, analisada conjuntamente com o modelo de federalismo adotado no Brasil, remonta à ideia do que se pode entender por um federalismo cooperativo ecológico.

Ademais, não obstante a Constituição Federal tenha estabelecido competências administrativas e legislativas em matéria ambiental, a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011 também fixou normas para a cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios no tocante às ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção do meio ambiente. O referido dispositivo estabelece, dentre outras diretrizes, normas para as ações de cooperação entre os entes federativos a fim de garantir o desenvolvimento sustentável, harmonizado e integrado com todas as políticas governamentais (art. 6º) e as competências administrativas específicas dos Municípios (art. 9º). Ressalta-se, assim, a importância do poder local para a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e a internalização, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma ótica cooperativa ecológica.

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 331) a realização de um federalismo cooperativo exige a renúncia à centralização em todas as matérias, inclusive na ambiental. O princípio da subsidiariedade, por sua vez, surge justamente como alternativa para o estabelecimento de uma distribuição equilibrada de competências entre os entes federados, primando por uma atuação pública que aproxime a Administração dos cidadãos, a fim de se conceder maior eficiência ao atendimento das demandas sociais de cada sociedade. O princípio relaciona-se com a ideia de que as incapacidades de cada ente serão, apenas se necessário, supridas por um ente superior que tenha condições para tanto. (MARTINS, 2003, p. 26). Dessa forma, quando o núcleo de poder local puder resolver a demanda, não deve haver a intervenção de entes maiores, buscando-se, assim, uma relação de equilíbrio.

Considerando que o princípio basilar do federalismo brasileiro é justamente a ideia de descentralização, corolário da subsidiariedade, pode-se dizer que a maioria das ações públicas deveria ser considerada, de fato, interesse local. Excepciona-se a existência de políticas coordenadas por entes mais abrangentes e reforça-se o protagonismo municipal

(HERMANY, 2007, p. 292), inclusive no tocante a políticas públicas de desenvolvimento sustentável.

Essa premissa vai justamente ao encontro do que refere Sarlet e Fensterseifer (2013, p. 149), no sentido de que a ideia de um federalismo cooperativo ecológico implica na necessária adequação das competências constitucionais em matéria ambiental ao princípio da subsidiariedade, a fim de conduzir a uma descentralização que privilegie o fortalecimento da autonomia dos entes federativos inferiores. Essa descentralização e consequente fortalecimento da esfera local, alicerçada em instrumentos de proteção ambiental e mecanismos de participação política são imprescindíveis à efetivação de um federalismo cooperativo ecológico.

No tocante ao terceiro ponto do trabalho, necessita-se mencionar que o desenvolvimento sustentável deve ser visto como um processo no qual há compatibilização direta entre a exploração de recursos e direcionamento de investimentos com o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades da população sem comprometer os recursos de gerações futuras (ONU, 1987, p. 49).

O V Programa da Comunidade Econômica Europeia sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ao estabelecer diretrizes a serem adotadas para os Estados a fim de se efetivar um desenvolvimento sustentável, trouxe a necessidade de que as decisões fossem tomadas da forma mais próxima possível dos cidadãos, incorporando, assim, o princípio da subsidiariedade. Essa descentralização do poder político, com o objetivo de criação e aprimoramento de mecanismos capazes de aproximar os cidadãos das instâncias políticas, se alinha perfeitamente com o marco jurídico-constitucional ecológico atualmente esperado (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 877).

Sendo assim, de se concluir que o exercício das competências constitucionais de cada ente, em matéria ambiental, deve ter por objetivo principal a concretização do direito fundamental ao meio ambiente, previsto no art. 225 da Constituição Federal, a fim de se efetivar, consequentemente, o desenvolvimento sustentável. Essa lógica integrada é justamente o que caracteriza o federalismo cooperativo ecológico, que se pauta na necessidade de um dever de cooperação entre os entes com a finalidade de proteção ao meio ambiente e, consequentemente, ao desenvolvimento sustentável.

Essa cooperação, por sua vez, acaba por implicar numa necessária interpretação das competências constitucionais ambientais sob a

ótica do princípio da subsidiariedade, enquanto princípio constitucional implícito que justifica a descentralização e fortalece, assim, a autonomia municipal em matéria ambiental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a ressalva de que a pesquisa está em fase inicial de desenvolvimento, sendo imprescindível maior aprofundamento, os resultados até então obtidos demonstram a existência de elementos que confirmam, ao menos superficialmente, a hipótese aventada. Ressalta-se, quanto ao primeiro ponto abordado, a existência de competência municipal em matéria ambiental - tanto administrativa quanto legislativa.

Quanto ao segundo ponto, menciona-se que o federalismo cooperativo ecológico, ao passo que se pauta na necessária cooperação de todos os entes com vistas à efetivação de um meio ambiente equilibrado, fortalece a descentralização e o conseqüente fortalecimento do poder local. Esse federalismo é, assim, alicerçado no princípio da subsidiariedade, considerando que privilegia as esferas de poder mais próximas dos cidadãos em detrimento das demais.

É possível concluir, dessa forma, que o federalismo brasileiro é caracterizado por um dever de cooperação que reforça, de fato, a descentralização e autonomia dos entes federativos, inclusive em matéria ambiental. Sob essa ótica então, e reconhecida a competência legislativa e administrativa dos municípios, o desenvolvimento sustentável no poder local é fortalecido com a concretização de um federalismo cooperativo ecológico baseado no princípio da subsidiariedade.

## REFERÊNCIAS

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: 5 jul. 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

HERMANY, Ricardo. *(Re) Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARTINS, Margarida Salema D'oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Nosso futuro comum*. 1987. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



# AS POLÍTICAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NO BRASIL, OBJETIVOS, IMPLEMENTAÇÃO E RESULTADOS: UMA ANÁLISE SOBRE O AUXÍLIO BRASIL E BOLSA FAMÍLIA

Income transfer policies in Brazil, objectives, implementation and results: an analysis of the auxílio brasil and bolsa família

Arthur Votto Cruz<sup>1</sup>  
Ricardo Hermany<sup>2</sup>

- 
- 1 Doutorando no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC com bolsa PROSUC/CAPES modalidade I; Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG; integrante do grupo de pesquisa em Gestão Local e Políticas Públicas do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Advogado Trabalhista e Previdenciário. E-mail: arthur.vc@hotmail.com.
  - 2 Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. E-mail: <hermany@unisc.br>.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do tema das políticas públicas de transferência de renda adotadas no Brasil com o escopo de combater a pobreza e a desigualdade, problemas crônicos e de difícil resolução no país desde a sua concepção enquanto Estado Nação. Estes programas, representados pelo Bolsa Família e, mais atualmente pelo seu análogo Auxílio Brasil, atenderam e atendem de forma aproximada respectivamente 14,7 milhões e 18,1 milhões de famílias, de acordo com dados do Ministério da Cidadania (MC, 2021).

Face a magnitude destas políticas públicas de combate a pobreza, o impacto econômico e social que tiveram e da importância que tiveram na arena pública de debates, cabe responder ao seguinte questionamento: As políticas públicas de transferência de renda representadas nas figuras do Bolsa Família e Auxílio Brasil são capazes de garantir o desenvolvimento das capacidades humanas e, conseqüentemente incrementar os índices de desenvolvimento humano dos locais onde se aplicam?

A fim de responder ao problema de pesquisa que se apresenta, se utiliza como método de abordagem o dedutivo, o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa da revisão bibliográfica das obras de Sen, Kliksberg, Nussbaum e Piketty, se formula a hipótese de que as políticas públicas de transferência de renda, ainda que essenciais para a subsistência e atendimento de necessidades básicas dos seus beneficiários, o objetivo de aumentar as capacidades e promover o desenvolvimento humano não é alcançado plenamente.

## METODOLOGIA

A fim de responder a esse questionamento se buscou, através do método indutivo de abordagem, do método monográfico de procedimento e da técnica de pesquisa de dados de instituições como IPEA, IBGE e CNM, bem como bibliográfica, nas obras de Amartya Sen, Bernardo Kliksberg, e Thomas Piketty, dentre outros, estabelecer a relação entre a aplicação das políticas de transferência de renda mais recentes aplicadas no Brasil, o Bolsa Família e o Auxílio Brasil nomeadamente, com a abordagem das capacidades, que servirá de parâmetro epistemológico e avaliativo para se compreender como e se essas políticas públicas contribuem com o desenvolvimento humano dos seus beneficiários.

## RESULTADOS, DISCUSSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretende-se demonstrar que a adoção de políticas públicas de transferência de renda, nos moldes dos programas governamentais do Bolsa Família e do Auxílio Brasil, por si só, não é capaz de incrementar de forma significativa o desenvolvimento humano, uma vez que devem ser aliadas de outros programas que busquem um real aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas de seus beneficiários. A abordagem das capacidades, inaugurada por Sen, a partir de sua crítica ao liberalismo utilitarista que protagonizava desde os anos 1970 o debate e o cenário das políticas públicas no ocidente, se traduz na ideia de que, a fim de se alcançar um nível satisfatório de desenvolvimento humano, deve-se avaliar se as políticas públicas aplicadas são capazes de conceder aos seus destinatários os meios para que possam atingir os objetivos que têm razão de valorizar.

Essa abordagem desloca o seu objeto de interesse dos *meios* para uma vida digna para os *fins* que as pessoas podem atingir e que têm razão em perseguir. Em termos gerais

[...] a abordagem das capacidades aponta para um foco informacional para julgar e comparar vantagens individuais, globais, e não propõe, por si mesma, qualquer fórmula específica sobre como essa informação pode ser usada. Com efeito, os diferentes usos podem surgir em função da natureza das questões que estão sendo abordadas (por exemplo, políticas que tratam respectivamente da pobreza, da incapacidade, ou da liberdade cultural) e, de maneira mais prática, em função da disponibilidade de dados e material informativo que podem ser usados. A abordagem das capacidades é uma abordagem geral, com foco nas informações sobre a vantagem individual, julgada com relação à oportunidade, e não um “design” específica de como uma sociedade deve ser organizada. (SEN, 2009, p. 266).

A ideia geral de que “não somos apenas pacientes, cujas necessidades exigem atenção, mas também agentes, cuja liberdade de decidir quais são seus valores e como buscá-los pode estender-se muito além da satisfação de nossas necessidades” (SEN; KLIKSBERG, 2014, p. 65), se aplica à questão das políticas públicas de transferência de renda uma vez que, em que pesem sejam fundamentais para combater injustiças manifestas que a má distribuição de renda impõe, não se preocupam de ma-

neira expressiva com as necessidades intrínsecas a uma vida digna e que são alheias a bens meramente traduzíveis em valores monetários.

Assim, de acordo com Nussbaum (2013), compõe um rol não taxativo de capacidades os seguintes itens: (i) vida: ser capaz de viver uma vida humana de duração normal, sem morrer prematuramente por conta da violência ou por enfermidades sanáveis; (ii) saúde corporal: ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; estar adequadamente nutrido ser capaz de ter um abrigo adequado; (iii) sentimento, imaginação e pensamento: Ser capaz de usar os sentidos, de imaginar, pensar, e raciocinar - e para fazer essas coisas de forma humana, uma maneira informada e cultivada por uma educação adequada (...) ser capaz de utilizar a imaginação com garantias de liberdade de expressão com respeito ao discurso político e artístico e à liberdade de exercício religioso, sendo capaz de ter experiências agradáveis e evitar a dor não benéfica; (iv) emoções: ser capaz de estabelecer vínculos com coisas e pessoas; ser capaz de amar aqueles que amam e cuidam de nós, sendo capaz de sofrer a sua ausência, para experimentar saudade, gratidão e raiva justificada, não tendo, portanto, um emocional marcada ou aprisionado pelo medo ou ansiedade; (v) razão prática: ser capaz de formar uma concepção do bem e se envolver em uma reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida; (vi) afiliação: ser capaz de viver com e em relação aos outros, reconhecer e mostrar preocupação com os outros seres humanos e de se engajar nas várias formas de interação social, sendo capaz de imaginar a situação de outro e ter compaixão por essa situação, tendo a capacidade de exercício da justiça e a amizade; ser capaz de ser tratado como um ser digno de quem valor é igual à dos outros; (vii) outras espécies: ser capaz de viver com preocupação em relação aos animais, plantas, e com o mundo da natureza; (viii) diversão: ser capaz de rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas e finalmente, (ix) Controle sobre o ambiente: que subdivide-se em (a) controle político: ser capaz de participar nas escolhas políticas que efetivamente governam a própria vida, tendo os direitos de participação política, liberdade de expressão e liberdade de associação e (b) o controle material: ser capaz de manter a propriedade (tanto os imóveis como os móveis), tendo o direito de procurar emprego numa base de igualdade com os outros. (NUSSBAUM, 2013).

Percebe-se, portanto, que a fim de enriquecer o desenvolvimento humano de uma coletividade necessitada, se faz preciso conceder além dos meios básicos de subsistência, elementos, traduzidos em bens jurídicos e materiais, que sejam capazes de corresponder em certa medida

com as exigências por liberdades e capacidades conforme as listadas por Nussbaum. É partindo desta noção que se passa à análise dos programas do Bolsa Família e do Auxílio Brasil, mais especificamente, a fim de estabelecer como se relacionam com a abordagem das capacidades.

O benefício Bolsa Família, instituído como política pública de transferência de renda através da Lei Federal nº 10.836/2004, objetivava o combate à pobreza e as desigualdades sociais, problemas sensivelmente importantes no Brasil desde a sua concepção como Estado Nacional. Os destinatários do Bolsa Família eram pessoas cadastradas no CadÚnico, pobres, ou seja, que possuíam renda per capita de até R\$ 178,00, e extremamente pobres, cuja renda per capita é de R\$ 89,00 (BRASIL, 2020), cujos valores repassados eram, à data do final da vigência do programa, de R\$ 178,00 per capita para famílias em situação de extrema pobreza, e o variável, para outras faixas econômicas, de R\$ 82,00, sendo pago até o limite de cinco por família (R\$ 410,00) e, em caso de adolescentes entre 16 e 17 anos, de R\$ 96,00 mantido o limite de dois (R\$ 192,00)..

Ainda, de acordo com os ditames do Decreto nº 6.135/2007, a titularidade do cartão disponibilizado para os saques dos benefícios era concedida à pessoa de 16 anos ou mais, de preferência do sexo feminino, que também seriam responsáveis pelas condicionalidades exigidas que se caracterizam em preencher e manter atualizado o Cadastro Único junto aos SUAS nos municípios, aplicar os recursos repassados no bem-estar da família; manter a frequência escolar das crianças e os adolescentes de seis a dezessete; acompanhar e zelar pela saúde da família através de consultas periódicas e da vacinação, além de participar em reuniões e atividades programadas pela equipe municipal de assistência social (MARIANO; CARLOTO, 2009).

O impacto deste programa na economia brasileira teve uma magnitude que não se pode minimizar, uma vez que

[...] cerca de 70% dos recursos do programa alcançaram os 20% mais pobres, reduzindo a pobreza em 15% e a extrema pobreza em 25%. A conclusão consta do trabalho feito por pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) que analisou “Os efeitos do Programa Bolsa Família (PBF) sobre a pobreza e a desigualdade: Um balanço dos primeiros 15 anos (IPEA, 2019).

O Programa que em 2021 atendia 14,7 milhões de famílias igualmente responde de forma direta por uma redução de 10% nos índices de

desigualdade, correspondendo em um aumento considerável no poder de compra de famílias em grave situação de desassistência, além de promover o aumento de *capabilities* dos destinatários visto que o programa pode atingir os problemas que para Sen (2013, p. 18) são o alvo das políticas que buscam o desenvolvimento humano. São elas “[...] pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.

O Bolsa Família – PBF foi substituído em 2022 pelo Programa Auxílio Brasil, gestado ainda durante a vigência da pandemia global do novo coronavírus iniciada em março de 2020. Este programa sucessor do Bolsa Família e anunciado em outubro de 2021 e regulado legalmente pela Lei Federal nº 14.284/2021 prevê o aumento de 20% nos valores dos benefícios anteriormente pagos pelo Bolsa Família, respeitando os mesmos critérios e exigências para o cadastramento e manutenção da concessão da renda.

Os benefícios diferem, além dos valores, também medida em que o Auxílio Brasil propõe a adição de incentivos ao esforço individual e à emancipação produtiva, conforme o art. 5º da Lei do Programa Auxílio Brasil – PAB, que assim os lista:

Art. 5º Além dos benefícios financeiros previstos no art. 4º desta Lei, compõem o Programa Auxílio Brasil os seguintes incentivos ao esforço individual e à emancipação:

- I - o Auxílio Esporte Escolar;
- II - a Bolsa de Iniciação Científica Júnior;
- III - o Auxílio Criança Cidadã;
- IV - o Auxílio Inclusão Produtiva Rural;
- V - o Auxílio Inclusão Produtiva Urbana.

Estes auxílios incrementam o valor básico do Auxílio Brasil de acordo com o sucesso e bom desempenho realizado pelos beneficiários nas áreas de interesse, carregando um forte caráter meritocrático nos critérios avaliativos. Para os fins deste resumo, não cabe esmiuçar os critérios de cada um, uma vez que sequer os valores foram estabelecidos para estes acréscimos.

Finalmente, a política de cadastramento das famílias que fariam jus ao Auxílio Brasil, assim como era feito com o Bolsa Família, se dará a partir do CadÚnico, administrado pelas prefeituras, que identifica, con-

trola e organiza a concessão dos auxílios. Contudo, se observa uma crescente acumulação da demanda reprimida de famílias que, ainda que aptas ao recebimento do PAB. De acordo com a Confederação Nacional dos Municípios – CNM (2022),

[...] o aumento de pode ser explicado por alterações na matriz do programa, como ampliação da renda per capita para definição de extrema pobreza, que passou de R\$ 89,00 para R\$ 105,01; e pobreza, que passou de um intervalo de R\$ 89,01 a R\$ 178,00 para R\$ 105,01 a R\$ 210,00; assim como o benefício composição familiar, antes concebido no escopo do PBF nos benefícios variáveis, que cobria a faixa etária de 16 a 17 anos, e com o PAB passa a ser direcionado também a jovens de 18 a 21 anos incompletos.

Ainda que exista um aumento na demanda reprimida e ajustes na forma de cadastramento ainda sejam necessários no caso do PAB, é inegável a importância de programas de transferência de renda, sua manutenção e expansão, mormente quando mais uma onda de crises econômicas é sentida no Brasil e vitimizam um sem fim de famílias. Ao ser capaz de alimentar, vestir e suprir as necessidades mais básicas dos seus destinatários, os programas PBF e PAB são capazes de aumentar significativamente algumas liberdades substantivas e capacidades humanas, ao garantir de forma subsidiária, a sobrevivência, níveis de saúde, educação e consumo.

Contudo, a distribuição de renda *per se* não é capaz garantir plenamente um maior desenvolvimento humano, uma vez que existem capacidades e liberdades substantivas que não são atingidas apenas com o incremento da renda familiar, tais como a igualdade de oportunidades, o acesso ao cenário político deliberativo, ao escrutínio público de orçamento e políticas públicas, ao acesso igualitário e equânime aos espaços de ensino, cultura e lazer. Sem a garantia de que os indivíduos possam acessar e gozar das *capabilities* e ter a liberdade de escolher levar a vida que têm razão de valorizar e sem distorções de foco observacional de escolha, os índices de felicidade e desenvolvimento humano ficarão prejudicados, se observando um paradoxal aumento de renda, sem um real aumento no bem-estar dos indivíduos em situação de fragilidade.

Assim, se observa que a hipótese do trabalho se confirma ao compreender que, em que pese a importante contribuição dos programas Bolsa Família e Auxílio Brasil no combate a pobreza no Brasil, apenas a transferência de renda, sem outros programas de desenvolvimento de

capacidades e liberdades substantivas, os índices de desenvolvimento humano não acompanharão de forma proporcional os níveis de aumento na renda familiar e individual.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Cidadania. *Bolsa Família*. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/bolsa-familia>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CNM. *Desproteção Social: Demanda reprimida do Programa Bolsa Família e Auxílio Brasil (PAB)*. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/biblioteca/exibe/15359>. acesso em 10 jul. 2022.

IPEA. *Bolsa Família reduz pobreza e desigualdade em 15 anos*. Disponível em: [https://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&id=34949](https://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=34949). 2019. Acesso em 10, jul. 2022.

MARIANO, Silvana Aparecida; CARLOTO, Cassia Maria. *Gênero e combate à pobreza: programa bolsa família*. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 17, n. 3, p. 901-908, 2009.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. *Auxílio Brasil*. Disponível em: [http://www.mds.gov.br/webarquivos/sala\\_de\\_imprensa/boletins/boletim\\_bolsa\\_familia/2021/abril/Boletim\\_BFInforma783.html#:~:text=No%20m%C3%AAs%20de%20abril%2C%20o,milh%C3%B5es%20recebendo%20benef%C3%ADcios%20do%20PBF](http://www.mds.gov.br/webarquivos/sala_de_imprensa/boletins/boletim_bolsa_familia/2021/abril/Boletim_BFInforma783.html#:~:text=No%20m%C3%AAs%20de%20abril%2C%20o,milh%C3%B5es%20recebendo%20benef%C3%ADcios%20do%20PBF). Acesso em 09, jul. 2022.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes. 2013.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the 21st century*. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014. 768 p.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras. 2010.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras. 2013.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras. 2010.



# INTERVENÇÃO POPULAR EM POLÍTICAS PÚBLICAS: É POSSÍVEL DEMOCRATIZAR O FIES?

Popular intervention in public policies: is it possible to democratize Fies?

Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos<sup>1</sup>  
Reginaldo de Souza Vieira<sup>2</sup>

- 
- 1 Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos, doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Membro do NUPED - Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. E-mail: <igor.gomide@yahoo.com.br>.
  - 2 Reginaldo de Souza Vieira, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Coordenador do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania. E-mail: <reginaldovieira@unescc.net>.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar as mecânicas de avaliação do Fies enquanto política pública de acesso ao Ensino Superior adotadas pelo Governo Federal e pelo Comitê Gestor do Fies sob o ponto de vista da participação democrática, a exemplo do que ocorre em políticas públicas de outras áreas, como na saúde e na segurança pública.

Inicialmente, avalia-se que apesar do impacto e relevância do programa dentro das políticas de ensino, não há uma instância de participação dos usuários da política pública, entidades ou de pesquisadores sobre o tema, o que torna as normas do Fies mais suscetíveis a planos de governo transitórios e influências externas à equipe ministerial.

O trabalho será desenvolvido tendo referência o método dedutivo e por meio de uma pesquisa bibliográfico-documental, para definir o ponto de partida teórico sobre a construção do Fies o estado da arte teórico da participação democrática na construção de políticas públicas.

## A CONSTRUÇÃO DO FIES

O Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) fora originalmente proposto na MP 1.827/1999 após a Exposição de Motivos Interministerial (EMI) 082/1999, na qual é inserido como medida para “ampliação das condições de acesso à educação de nível superior” (BRASIL, 1999).

Ao diferir o pagamento pelo ensino, possibilitando o pagamento posterior à graduação, o Fies tem duplo papel: incentivar a busca pelo Ensino Superior por parte daqueles(as) que não dispõem de elasticidade financeira para tanto e minimizar a evasão escolar.

Mais do que uma simples política de crédito, após reedições e a sua conversão em Lei (Lei 10.260/2001), o Fies é uma importante ferramenta do Governo Federal para atingir metas e compromissos internacionais, bem como incentivar o desenvolvimento do ensino superior no Brasil.

Assim, há remodelações e reconstruções do Fies a cada gestão governamental, “algumas substituindo outras buscando uma maior eficácia, outras alterando objetivos pela percepção de conveniência da Administração Pública” (SANTOS, 2021).

Os problemas trazidos pelas diferentes conveniências das gestões do executivo federal levaram à uma necessidade de criar um Comitê Gestor do Fies (CG-Fies), a quem é atribuída desde 2017, a formulação e supervi-

são da execução do Fies, é formado apenas por representantes do Estado – três representantes do Ministério da Educação, quatro representantes do atual Ministério da Economia, e um representante da Casa Civil:

O Comitê tem como competência definir a política de oferta de financiamento estudantil para o Fies - em consonância com as metas do Plano Nacional de Educação (PNE) 2014-2024, os requisitos de concessão, as condições técnicas e operacionais e aprovar o Plano Trienal do Fies e seus ajustes anuais, considerando os impactos orçamentários e financeiros ao longo do tempo. Sua criação fortalece a governança do Fies ao tornar colegiadas as decisões, o acompanhamento e a avaliação dos resultados do programa, trazendo conhecimento e capacidade diversos e dando maior transparência à tomada de decisão. (BRASIL, 2017a).

Na exposição de motivos da Medida Provisória nº 785/2017, que instituiu o Comitê Gestor do Fies, justificam os ministros propositores:

37. Com o objetivo de aperfeiçoar a gestão do FIES, está sendo proposta a criação do Comitê Gestor Interministerial, que terá como competência definir as diretrizes e prioridades da política de financiamento estudantil para o FIES, em consonância com as metas do Plano Nacional de Educação - PNE, os requisitos de concessão, as condições técnicas e operacionais e a aprovação do Plano Trienal do FIES e seus ajustes anuais, considerando os impactos orçamentários e financeiros ao longo do tempo.

38. A criação do Comitê fortalecerá o planejamento e a governança do FIES, ao tornar colegiadas as decisões, o acompanhamento e a avaliação dos resultados do programa, trazendo conhecimentos e capacidades diversos para a tomada de decisão. (BRASIL, 2017b)

O Comitê surge então com esse caráter estabilizador e de racionalização da política pública, de modo a buscar garantir a sua viabilidade, já que as despesas administrativas do programa aumentaram 2.300% entre 2011 e 2016 (NEVES, FARENZENA, BANDEIRA, 2021).

Embora o CG-Fies represente um avanço no contexto da governança do programa, a composição integral por representantes não apenas do Estado, mas do Executivo Federal, cuja nomeação é simples (bastando uma nova publicação para a substituição do representante), não possibi-

lita nem um controle estabilizador sobre a política pública, nem que as reformas instituídas por este Comitê serão benéficas aos(às) usuários(as).

## **CONTROLE POPULAR DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR CONSELHOS**

Desde que a intervenção estatal na sociedade deixou de ser um dilema moral e começou a ser tratada de maneira sistematizada e impessoal (ao contrário dos privilégios anteriormente concedidos) o tratamento do indivíduo destinatário de uma determinada política como um objeto passivo nesta construção não é mais cabível.

Em um Estado Democrático de Direito, construído pela representação dos ideais de seus cidadãos bem como por princípios fundamentais da dignidade humana, os usuários de políticas públicas (estas intervenções ativas sistematizadas e construídas de modo a alcançar os objetivos postos no art. 3º da Constituição Federal) não podem ter sua participação limitada ao pleito eleitoral (em que elegem intermediários para construir o Estado) ou às convocações estatais de participação *top-down* (como plebiscitos e referendos).

Desta forma, a construção e abertura de espaços para participação popular *bottom-up*, a partir da tônica de movimentos sindicalistas e de luta popular frente governos autoritários passados, em que seja dada voz à democracia radical, com todas as contradições de uma sociedade desigual e plural, de modo a construir (ainda que em âmbito local ou setorial) as políticas públicas e a agenda do Estado. Como explica Vieira (2013, p. 341), tal movimento busca solucionar “a tensão e a contradição que envolvem as relações entre a Sociedade e o Estado encontram-se na raiz da dicotomia histórica realizada na construção da modernidade burguesa”.

O plano de fundo para estas discussões é a percepção de que a democracia não é um direito natural, mas como afirmam Santos e Avritzer (2002, p. 41), é uma forma sócio-histórica que implica uma constante ruptura “com tradições estabelecidas e, portanto, a tentativa de instituição de novas determinações, novas normas e novas leis” – a indeterminação, ou ao menos, a constante mudança está no âmago definidor da democracia.

O agente público eleito, portanto, passa a cada vez mais ser limitado dentro de seu espectro de discricionariedade. Se por um lado a participação pública dá a tônica do que deve ser alcançado quando há estruturas de participação popular regulamentadas, do outro lado, a organização esta-

tal tem cada vez mais se tornado burocrática, na tentativa de consolidação das ações de Estado face as de governo ou de gestões pontuais.

Neste sentido, a definição de políticas públicas pré-determinadas e anunciadas por meio de objetivos e metas confere maior credibilidade (SOUZA, 2006) e estabilidade, viabilizando, por meio da transparência e burocracia, a racionalização dos esforços. As políticas públicas podem ser definidas então como:

[...] um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos. (SARAVIA, 2006, p. 29).

Destaca-se que as políticas públicas apesar de terem como objetivo central ações destinadas a sociedade, nem sempre são construídas com a sociedade, o que pode criar obstáculos para o seu reconhecimento e legitimidade por seus(suas) usuários(as).

Se o objetivo é racionalizar e burocratizar, possibilitando um escrutínio e discussão científicos, devem ser formuladas, em conjunto com as políticas públicas, as normas de fiscalização, discussão e avaliação destas políticas públicas, para que se proponham modificações a partir da implementação e execução destas.

É neste ponto em que é essencial a participação popular. São os usuários da política pública que percebem, em primeiro plano, quais são os principais problemas da sua implementação e podem apontar soluções mais práticas e concretas para os problemas a partir desta perspectiva.

Neste sentido, a implantação de conselhos setoriais específicos, tal qual na saúde, pela construção do Sistema Único de Saúde, ou na segurança pública, em diversas construções posteriormente reunidas em volta do Sistema Único de Segurança Pública são exemplos concretos de que estas instâncias são possíveis de serem adotadas. Como afirma Carneiro (2006, p. 150):

A emergência de conselhos setoriais superando o formato anterior que os identificava exclusivamente com o plano do território, representa um avanço. O formato setorial dos conselhos permite, pelo menos potencialmente, a superação de desigualdades regio-

nais e uma compreensão mais global da política, permitindo uma atuação mais consistente na definição de diretrizes de políticas que caminhem no sentido da equidade e da efetividade.

No caso da saúde, a criação do SUS e a forma de implementação e a representatividade paritária entre usuários e outros personagens (profissionais da saúde, gestores, fornecedores) nos conselhos de saúde possibilita uma verdadeira advocacia (*advocacy*) na saúde, pelas quais podem ser efetivadas diversas ações como:

- a) a articulação com outros atores sociais com vistas a reconhecimento de determinada postulação na área do direito à saúde;
- b) ações de natureza política, junto aos poderes e a mídia, para chamar a atenção sobre o tema postulado;
- c) intervenção direta junto aos órgãos administrativos responsáveis pela resolução do pleiteado;
- d) interposição de ações judiciais ou representação perante o Ministério Público;
- e) articulação das mídias e ferramentas virtuais para mobilizar a atenção para a demanda requerida;
- f) representar junto aos organismos internacionais situações de desrespeito à dignidade humana na saúde (VIEIRA, 2013, p. 349).

Os conselhos, portanto, não são órgãos de pacificação social cuja responsabilidade é transmitir e convencer a população sobre a agenda posta, mas o local onde o debate sobre a política pública é construído e as argumentações ponderadas para que não só seja avaliada a execução e implementação, mas também sejam reajustados os métodos e as ações ali delineados para que os objetivos sejam alcançados.

Enquanto os membros da burocracia estatal estão preocupados com os caracteres técnicos e orçamentários da política pública (sua viabilidade, seus resultados tangíveis e os retornos esperados), os membros da sociedade participantes dos conselhos podem trazer os avanços concretos (ou as fragilidades práticas) da política posta, para a partir dessa discussão, incrementar a política pública de modo a garantir a permanência de seus pontos fortes e corrigir seus pontos fracos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A importância do Fies para o ensino superior brasileiro é inegável. Foi utilizado por praticamente metade dos ingressantes da rede privada de ensino entre 2014 e 2016, contemplando, ao menos nesses três

anos, quase quatro milhões de ingressantes (BRASIL, 2022). Porém, essa expansão entre 2014 e 2017 é bastante questionável diante de vários aspectos e não foi precedida de embasamento técnico que garantisse a viabilidade e continuidade do programa.

Neste sentido, o Fies foi reformado em 2017 para a instalação de um Comitê Gestor, que possibilitaria a análise e deliberação acerca das metas, resultados e das modificações na política pública de modo que ela continue viabilizada bem como alcance maior eficiência, dissociando-se da liberalidade do Administrador Público eleito.

Ocorre que o CG-Fies, quando instalado, previu a participação de membros provenientes unicamente do Executivo Federal, sem abrir espaço para membros externos, sejam do próprio Estado ou da sociedade. Este controle exercido pelo Comitê deixa ao largo da discussão os principais envolvidos com a política de crédito educativo: os usuários.

Embora haja a visão do necessário controle burocrático com fundamentos técnicos, as experiências brasileiras de participação social nas instâncias decisórias sobre políticas públicas demonstram a possibilidade – e relevância – de se dar voz e voto para aqueles que, de outra forma, acabam por serem vistos como objetos da ação estatal.

Os conselhos de saúde, em que há participação de usuários, fornecedores, profissionais e membros da Administração Pública, ou mesmo os conselhos municipais de segurança pública, paritários entre membros provenientes do Estado e da Sociedade, são exemplos claros de que a inserção da sociedade traz resultados positivos, seja em discussões locais ou setoriais. Assim, pode-se ter, a partir de uma única estrutura, a *accountability* orçamentária que o Fies carecia bem como a *accountability* democrática que ainda está em falta.

## REFERÊNCIAS

APRILE, Maria Rita; BARONE, Rosa Elisa Mirra. *Educação superior: políticas públicas para inclusão social*. Revista @mbienteeducação, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 39 - 55, mar. 2018. Disponível em: <<http://publicacoes.unicid.edu.br/index.php/ambienteeducacao/article/view/534/505>>. Acesso em: 07 dez. 2021.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória 1.827*, de 27 de maio de 1999. Diário do Congresso Nacional, 1º jul 1999, p. 9210.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *As alterações propostas no FIES – MP nº 785/2017*. Brasília: Ministério da Fazenda, out 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/boletim-de-avaliacao-de-politicas-publicas/arquivos/2017/as-alteracoes-propostas-no-fies-outubro-2017>>. Acesso em 11 jul 2022.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória 785*, de 6 de julho de 2017. Brasília: Presidência da República, jul 2017. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-785-6-julho-2017-785164-exposicaodemotivos-153332-pe.html>>. Acesso em 11 jul 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Diretoria de Estatísticas Educacionais. *Resumo técnico do Censo da Educação Superior 2020*. Brasília: Ministério da Educação, 2022. Disponível em: [https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas\\_e\\_indicadores/resumo\\_tecnico\\_censo\\_da\\_educacao\\_superior\\_2020.pdf](https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/resumo_tecnico_censo_da_educacao_superior_2020.pdf)>. Acesso em 13 jul 2022.

CARNEIRO, Carla B L. Conselhos de Políticas Públicas: desafios para sua institucionalização. In: SARAVIDA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete. *Coletânea de políticas públicas - volume 2*. Escola Nacional de Administração Pública (Enap), 2006. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2915>>. Acesso em 06 jul 2022.

NEVES, Rodrigo Meleu; FARENZENA, Nalú; BANDEIRA, Denise Lindstrom. *Reformulações e implementação do Fies (1999-2020): um preâmbulo*. *Revista de Financiamento da Educação*, Porto Alegre, v. 11, nº 6, p. 1-35, 2021. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/fineduca/article/view/100940/61058>>. Acesso em 07 jul 2021.

SARAVIDA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. In: SARAVIDA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (orgs.). *Coletânea de políticas públicas – volume 1*. Brasília: ENAP, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3132>>. Acesso em 13 mar 2022.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/>>. Acesso em: 02 jul 2022.

SANTOS, Boaventura de S; AVRITZER, Leonardo. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS: Boaventura de S. *Democratizar a democracia*.

SANTOS, Igor G D G. *Fies como viabilizador o Ensino Superior Privado no interior: resultados preliminares a partir da alocação de recursos entre 2010-2019*. In: III Jornada de Desenvolvimento e Políticas Públicas, 2021, Criciúma. *Anais...*: Criciúma: Unesc, 2021.

VIEIRA, Reginaldo de S. *A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde*. 2013. 540f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2013.



# O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO PROTEÇÃO DA PESSOA POBRE NO BRASIL

El transconstitucionalismo como protección del pobre en Brasil

Elias Guilherme Trevisol<sup>1</sup>

---

1 Mestrando em Direito, com área de concentração em Direitos Humanos e Sociedade, pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, pós-graduado em Direito Processual Penal e em Direito Processual Civil. Membro do Grupo de estudos NUPED/UNESC. Advogado. *e-mail*: egtrevisol1@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

A pobreza é um fenômeno social que está em franco crescimento, principalmente, no mundo pós-pandemia pelo Coronavírus-19. Embora não seja um fato puramente nacional, as pessoas em situação de pobreza no Brasil vêm crescendo em proporções alarmantes, devendo a sociedade, o Estado e as próprias pessoas buscarem soluções para sua redução e proteção das pessoas nessas condições.

Na sociedade globalizada e tecnológica atual, tanto a informação, quanto a economia e o próprio direito possuem contornos extranacionais, mesclando fatores diretivos que podem influenciar nas decisões jurídicas ou mesmo políticas de um país a outro.

Pode-se dizer, inclusive, que após a segunda guerra mundial em 1945, o Ocidente passou a encartar os direitos humanos e plasmá-los, ainda que numa perspectiva hegemônico-europeia, a todos demais países, principalmente, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU).

Os diálogos constitucionais internacionais a partir da perspectiva do pós-guerra, ao menos em países de matrizes democráticas, foram produtivos no que se refere também aos direitos sociais, diminuição das desigualdades e da pobreza das nações.

O eixo axiológico disposto pela ONU na Declaração Universal, assim como os pactos internacionais que se sucederam podem, portanto, dar uma resposta à proteção das pessoas em situação de pobreza no Brasil contemporâneo, principalmente, se houver a aplicação do chamado transconstitucionalismo. Para tanto, desenvolve-se a pesquisa mediante método dedutivo, sendo que a técnica de coleta se desenvolveu por documentação indireta.

## DESENVOLVIMENTO

O marco teórico liberal, apesar de algumas variáveis a depender da ideologia empregada, caracterizam a miséria, a extrema pobreza de uma pessoa, como um demérito individual, falta de sorte ou acaso, a ordem natural e providencial das coisas, passando uma ideia de que a pobreza é apenas resultado do esforço (mérito) ou não do indivíduo (LOSURDO, 2020, p. 101).

A exemplo da ótica liberal quanto ao alcance da riqueza pelo indivíduo é meritocrática, SEN (2009) relaciona a pobreza com privação de capacidade, como sendo uma liberdade substantiva, ou seja, uma aptidão real de uma pessoa para fazer diferentes coisas que ela valoriza.

Utilizando-se da liberdade como busca central da realização pessoal, substrato que fundamenta a vida em sociedade, Amartya Sen conceitua a busca pela prosperidade mantendo uma fetichização da liberdade e de um mundo privado de bens materiais para alcance de tal, considera ele, portanto, perfeitamente possível o alcance da liberdade no capitalismo (LAMAS; OLIVEIRA, 2017, p. 70).

É preciso ressaltar que a fórmula que subordina a igualdade à liberdade possui uma inegável cláusula limitativa ao princípio formulado: apenas pode ser considerado válido a partir de um nível mínimo de renda, afastando tal premissa do Terceiro Mundo, incluindo o Brasil (LO-SURDO, 2020, p. 94).

A desigualdade socioeconômica no Brasil, atualmente, pode ser definida como um produto ou resultado de um padrão de poder mundial racista, sexista e homofóbico inaugurado a partir da expansão capitalista, cujas bases são a hierarquização de seres e ao extermínio daqueles que não seguem sua lógica (PÁDUA; JUNIOR; SILVA, 2020, p. 72).

Numa perspectiva estritamente financeira, o Brasil registrou no primeiro trimestre de 2022 uma inequívoca queda percentual de 8,7% nos rendimentos médios quando comparado ao primeiro trimestre de 2021 (IPEA, 2022).

Além disso, em 2021, após a diminuição do auxílio emergencial do Governo Federal contra a pandemia por Coronavírus-19, houve o registro da menor renda domiciliar per capita em 10 (dez) anos, além de aumentar a proporção de pessoas que vivem sem qualquer tipo de rendimento no país (IBGE, 2022).

Com base nos dados acima é possível afirmar que a lógica liberal para a busca da prosperidade não alcança todos os diferentes indivíduos, enquanto suas diversas necessidades e não possibilita a todos a liberdade substantiva, dessa forma, busca-se a superação dos paradigmas *capitalismo-colonialismo-patriarcado* para que haja uma (re)construção social e constitucional da nação, que permita a todos viverem de forma plural, em paz e com vistas ao bem viver (SCUSSEL; WOLKMER, 2021, p. 121).

Desde o início da era cristã, houve uma crescente proteção aos vulneráveis, escravizados e pobres. Mesmo a escravidão coexistindo por

mais de 400 anos com o cristianismo e sendo os cristãos os melhores clientes dos escravistas árabes, a civilização ocidental logrou, após alguns séculos e muitas lutas, assegurar uma crescente consciência sobre dignidade humana (HESBURGH, 1980, p. 36).

A hipótese da investigação, portanto, é que a rede intrincada de conexões conferida pela nova ordem mundial entre instituições desagregadas, compreende mecanismos de estabilização de expectativas normativas na tomada de decisões coletivas sobre temas comuns e acaba por vincular redes de cooperação e administração de conflitos entre diversas Cortes, diante do surgimento de problemas semelhantes acerca dos direitos fundamentais, Direitos Humanos e limitação do poder, que ultrapassam as fronteiras dos respectivos Estados (ARAÚJO, 2017, p. 37-38).

É nesse sentido de entrelaçamento de sistemas jurídicos, de forma global e multinível, que matérias comuns sobre direitos fundamentais, Direitos Humanos e limitação do poder de Estados são enfrentados por Cortes distintas (ARAÚJO, 2017, p. 41).

Para a implementação do transconstitucionalismo é necessário que haja um engajamento transnacional por parte das Cortes estatais, adotando um modelo mais flexível de decisão, especialmente, aquelas voltadas aos direitos fundamentais e aos Direitos Humanos, validando um aprendizado recíproco por meio de uma rede transversal construtiva, em especial para combater comportamento provincianos dado a problemas constitucionais pelos Estados (NEVES, 2009, p. 251-293).

CORTINA (2020, p. 165) precursora do termo aporofobia, como sendo a aversão ao pobre, ensina que erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades é um desafio dos séculos XX e XXI, mundo que nos coube, felizmente, viver.

Fazendo uso do transconstitucionalismo, o julgamento do caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (também conhecido como caso “*niños de la calle*”), julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 19 de novembro de 1999, cuja sentença concluiu que o Estado da Guatemala violou, de fato, o art. 4º (direito à vida), art. 5º (integridade pessoal), art. 7º (liberdade pessoal) e art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em função do sequestro, da detenção arbitrária, de Henry Contreras, Federico Túnchez, Julio Roberto Sandoval e Jovito Cifuentes (CIDH, 2022).

A Corte IDH, baseada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, concluiu que a Guatemala violou o art. 19 da

CADH, cumulado com o art. 1.1 da mesma, por conta do assassinato de Anstraum Villagrán Morales, Julio Roberto e Sandoval, Jovito Cifuentes, todos menores de dezoito anos e que viviam em condições socioeconômicas absolutamente precárias.

Por fim, após afirmar as violações acima referidas e abrindo a fase de reparações e custas, a Corte IDH contou com o voto conjunto dos juízes Cançado Trindade, presidente da Corte IDH naquela época, e Abreu Burelli, que asseveraram o caráter fundamental do direito à vida, o qual requer medidas positivas de proteção do Estado, não havendo mais dúvidas que este direito faz parte do domínio do *jus cogens*.

O Estado da Guatemala foi, ainda, obrigado a designar uma escola ou centro educacional com os nomes das vítimas e foi obrigado a cumprir os desejos da mãe de Henry Giovanni Contreras no que se refere à exumação dos restos mortais no sentido de realizar um sepultamento apropriado em local determinado pela família.

A proteção dada às vítimas no caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* é um precedente valioso quanto a proteção às pessoas pobres, podendo ser utilizado no direito interno brasileiro, inclusive, através da aplicação de precedentes internacionais no direito interno, inaugurado pelo caso *Gelman vs. Uruguay* em que a Corte IDH reconheceu como a sua jurisprudência como fonte do Direito Internacional dos Direitos Humanos, portanto, vinculante a todos Estados que aderem à sua jurisdição e à CADH.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada com base na bibliografia colhida, estabelece que a influência europeia na colonização ocidental e quanto a estrutura de poder produziu, historicamente, pessoas subalternizadas, economicamente pobres e que após a pandemia por Coronavírus-19, só vem aumentando.

Além disso, os aportes teóricos foram úteis para visualizar alternativas à proteção das pessoas pobres, inclusive, num mundo global, através do transconstitucionalismo.

Mais que isso, a abordagem pluriversal dos direitos humanos, plasmando-o na proteção necessária à pessoa pobre, traz consigo valioso aprendizado quando se abre diálogos constitucionais entre Cortes internacionais, como se percebe no caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*.

Assim, conclui-se que o transconstitucionalismo é um instrumento hábil a proteção dos direitos das pessoas em situação de pobreza, na medida em que propicia um diálogo aberto entre Cortes e Estados com problemas similares, podendo, as soluções diversas, se adequarem ao direito brasileiro na busca da proteção do vulnerável.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Claudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a consciência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CACIATORI, Emanuela; FAGUNDES, Lucas Machado; PATRÍCIO, Ághata July Goularte. *Pluralismo jurídico: no processo constituinte boliviano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CIDH. *Corte Interamericana de Derechos Humanos* – Disponível em <[https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=321](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=321)> Acesso em 26/07/2022.

CORTINA, Adela. *Aporofobia, a aversão ao pobre: Um desafio para a democracia*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

HESBURGH, Theodore Martin, 1917. *O imperativo humanitário*. Trad. De Paulo Roberto Palm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

IBGE – *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34052-em-2021-rendimento-domiciliar-per-capita-cai-ao-menor-nivel-desde-2012>> Acesso em 13 de junho de 2022.

IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo; MASTRODI, Josué. *Sobre o conceito de políticas públicas*. Revista de Direito Brasileira. Edição eletrônica. PDF.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Avançada. Disponível em <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220610\\_cc\\_54\\_notas\\_25\\_rendimentos\\_e\\_horas\\_trabalhadas.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220610_cc_54_notas_25_rendimentos_e_horas_trabalhadas.pdf)> Acesso em 13 de junho de 2022.

LOSURDO, Domenico. *Liberalismo: entre civilização e barbárie*. 2ª Ed. São Paulo, SP: Anita Garibaldi; Fundação Maurício Grabois, 2020.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PÁDUA, Thiago Aguiar; JÚNIOR, Airto Chaves; SILVA, Denival Francisco da. *Quotidianus II: A questão criminal das drogas*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

SCUSSEL, Jaqueline; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. *Pensar os direitos humanos no século XXI: Por um giro descolonial*. Florianópolis: Conceito Atual Editora, 2021.

SEM, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Editora Schwarcz LTDA. Edição eletrônica. PDF.

WOLKMER, Antônio Calos. *Introdução ao pensamento crítico*. 9ª Ed. Florianópolis, 2015.



# CONTRATOS EDUCACIONAIS: UMA ANÁLISE DO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DE ACESSO À EDUCAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA IMPREVISÃO E SUPERVENIÊNCIA

Educational contracts: analysis of the rights of people  
with disability of access to education from the perspective  
of the theory of unprevision and supervenience

João Paulo Santiago Gregorine<sup>1</sup>  
Lisandra Inês Metz<sup>2</sup>

- 
- 1 Estudante de direito do sétimo período da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC
  - 2 Advogada, bacharela em direito (Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC), Pós-Graduada em Educação Especial e Inclusiva com Ênfase em Gestão (Faculdade Dom Alberto). Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. E-mail: <lisandra\_metz@hotmail.com>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3108215443687509>.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objetivo averiguar se adaptações contratuais educacionais se enquadrariam em algum aspecto da teoria da imprevisão e da superveniência quando o contratante é uma pessoa com deficiência. A pergunta que se procura responder com esse trabalho é: o direito à educação das pessoas com deficiência é plenamente garantido por um contrato educacional de cunho privado?

Para responder ao problema foi utilizado método de investigação hipotético-dedutivo, ao analisar a legislação vigente no que tange o direito à educação e a teoria da imprevisão e superveniência, afim de construir uma base que permita verificar no terceiro item a efetividade dessas políticas e a possibilidade de inclusão de pessoas com deficiência ao contratar serviços educacionais de ensino privado, através de exemplos rotineiros hipotéticos.

Por fim, sendo o contrato educacional na maioria das instituições de ensino privada de adesão, as adaptações de acessibilidade necessárias para permitir o acesso à educação do estudante com deficiência de forma plena, podem ser excessivamente onerosas para a instituição, necessitando avaliar caso a caso, assim como elencar prioridades para que o contrato continue mantendo a função social pela qual ele foi originalmente criado.

## PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO DE ACESSO À EDUCAÇÃO

A educação é uma ferramenta de transformação da sociedade em diversos aspectos, pois possibilita mais oportunidades a todos e dignifica a pessoa humana. O acesso das pessoas com deficiência a esse direito passou por um processo evolutivo que tem se intensificado desde que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – conhecida como Convenção de NY – foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, em 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009).

O direito de acesso à Educação está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 205, esclarecendo que este é um dever do Estado e da família. No entanto, ao analisar as demais garantias do capítulo III da seção I da CF, percebemos que há menção apenas do dever que o Estado possui de viabilizar esse acesso as pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino, através de atendimento especializado, não especificando o “como” fazer isso.

Sendo assim, compreendendo a relevância de garantir às pessoas com deficiência o acesso a esse direito de forma igualitária, indiferentemente se a instituição de ensino for pública ou privada, a Convenção de NY, a qual tem status de emenda constitucional, instituiu ainda no caput do artigo 24 que “os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida”, ou seja, que não haja uma distinção em decorrência de alguma deficiência (BRASIL, 2009, p. 3).

Mesmo com a evolução da legislação nesse sentido, diversas são as vezes em que o acesso das pessoas com deficiência que ingressam em instituições de ensino a esse direito –desde a educação básica até o ensino superior – não é pleno. Por isso, é relevante observar nesse ponto do trabalho que, na medida que a Convenção de NY passou a obter mais relevância, consequentemente a pauta passou a estar presente em mais ambiente e debates nacionalmente, fazendo com que novas perspectivas surgissem sobre a temática e consequentemente novas garantias legais fossem criadas.

Seis anos após a incorporação da Convenção no ordenamento jurídico, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) veio para somar na luta pelos direitos das pessoas com deficiência, ampliando as garantias de acessibilidade e trazendo mais detalhes de extrema necessidade para servir como ferramenta potente no processo inclusivo em ambientes de ensino (BRASIL, 2016).

O dever de garantir o acesso à educação que até então era do Estado e da família, passou a ser também da sociedade, de acordo com o artigo 8º da LBI (BRASIL, 2016). Essa alteração fez com que pessoas da sociedade que convivem diretamente com estudantes com deficiência também tenham a responsabilidade de proporcionar recursos de acessibilidade que promovam uma maior inclusão do estudante com deficiência, sejam professores que atuam na educação, na saúde, na comunicação, no esporte ou em qualquer área que componha o seu dia a dia (FEMINELLA; LOPES, 2016).

Além disso, no que tange a qualidade do acesso à educação, o parágrafo único do artigo 27 da LBI, deixa explícito que a comunidade escolar também se torna mais um pilar responsável, colocando as pessoas com deficiência “a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação” (BRASIL, 2016, p. 19).

Seguindo essa linha de raciocínio, uma das maiores conquistas da LBI foi assegurar o ingresso de pessoas com deficiência em instituições de

cunho privado sem qualquer distinção em decorrência de sua deficiência. No entanto, a existência dessas políticas públicas não é necessariamente a garantia de que esses direitos sejam assegurados em um plano real.

Por isso, para fins deste trabalho, será analisado somente o negócio jurídico que é firmado entre a instituição de ensino privada a nível superior e o aluno com deficiência, afim de verificar a plenitude do cumprimento dos contratos que são firmados, considerando aspectos que não são possíveis de sanar ao utilizar como base somente dispositivos legislativos.

Por fim, o item 2 irá esclarecer aspectos essenciais sobre a teoria da imprevisão e superveniência, em consonância com a legislação que a prevê, levando em consideração a necessidade de adaptações que cada contratante apresenta e muitas vezes não estão previstas expressamente nas cláusulas contratuais educacionais.

## **TEORIA DA IMPREVISÃO E SUPERVENIÊNCIA EM CONTRATOS EDUCACIONAIS: UM DIÁLOGO ENTRE LEI GERAL E LEI ESPECIAL**

O sistema educacional vem sendo muito modificado e reciclado à medida que as tecnologias e legislação tem avançado. No entanto, os contratos educacionais permanecem, em sua maioria, tendo como característica a adesão dos contratantes, tornando essa relação mais “mecânica” e menos humanizada, de acordo com França (2021). Nesse sentido, França ainda esclarece que em contratos educacionais:

Demonstra-se claro que o empresário já tem predisposta as cláusulas contratuais tendo em vista que a educação privada quando contratada pelo aluno consumidor ou alunos consumidores, estes se encontram diante de um instrumento pré-estabelecido, isto é, a relação é bilateral, porém sua formulação é unilateral (FRANÇA, 2021, p. 22).

Observa-se que nesses contratos o termo utilizado nas cláusulas para se referir a quem está sendo prestado o serviço é “estudante/aluno”, mas será que esse termo também engloba as pessoas que tem algum tipo de deficiência? Para fins deste trabalho, serão mencionados nesse item dispositivos legislativos presentes no Código do Consumidor (CDC) e no Código Civil (CC) em relação a teoria da imprevisão e superveniência, para que no item 3 seja possível utilizar esse embasamento como ferra-

menta de análise nas situações hipotéticas de adaptações de acessibilidade do negócio jurídico em pauta.

Inúmeras são as vezes em que há um conflito entre a utilização da lei geral ou a especial quando surgem fatos imprevisíveis e supervenientes ao que foi pactuado no contrato educacional. No entanto, é importante ressaltar que o Código do Consumidor foi “a primeira legislação a tratar expressamente desse tema no ordenamento jurídico brasileiro” de acordo com França (2021, p. 27).

Ao utilizar o Código de Defesa ao Consumidor para analisar algum fato imprevisível ou superveniente do negócio jurídico entre instituições de ensino privadas e estudantes com deficiência, é considerado que as instituições estão prestando um serviço em favor de alunos ou estudantes, os quais são destinatários finais. Afinal, ao efetuarem o pagamento das mensalidades em retribuição pelo serviço prestado pelas instituições, caracteriza-se automaticamente essa relação como uma relação de consumo.

Sendo assim, o dispositivo mais significativo do CDC nessa temática é o inciso V do art. 6º, o qual prevê que “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990, p. 1). A partir disso, é possível compreender que o contrato pode ser revisado mesmo que o fato superveniente seja previsível, dispensando o elemento de imprevisibilidade. Essa previsão legal traz uma maior segurança ao consumidor para que quando houver casos excepcionais se possa evitar um desequilíbrio entre as partes e tentar obter uma equidade.

Por outro lado, diferente do CDC, o CC deixa implícito a necessidade do elemento da imprevisibilidade, tendo também outros elementos essenciais para essa teoria – a excepcionalidade e onerosidade – que estão expressos no texto do artigo 478 (BRASIL, 1990, 2002). Ou seja, existe a possibilidade de resolução do contrato desde que exista comprovadamente algum acontecimento que extrapole o que foi pactuado originalmente e tenha se tornado excessivamente oneroso, garantia essa para ambas as partes em proporções iguais, não possuindo uma maior proteção para o consumidor, como é o caso do CDC (BRASIL, 1990).

Além disso, outro dispositivo do CC relevante nesse ponto do trabalho é o artigo 479, que busca uma alternativa para que não haja a ruptura do contrato, ao possibilitar que o credor ofereça formas equitativas das condições estabelecidas neste. Já o art. 480, segue a mesma perspecti-

va, mas enfatizando alternativas que possam evitar onerosidade excessiva, a parte que entender que as obrigações couberem somente a si “poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la” (BRASIL, 2002, p. 1).

Os dispositivos mencionados no parágrafo acima são ferramentas muito úteis para buscar alternativas que venham a solucionar o desequilíbrio causado por um fato excepcional, mas que ao mesmo tempo não se desvinculem da função social do contrato, permitindo que haja uma liberdade social, nos moldes do art. 421 do CC (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, reforça-se que em contratos de cunho privado, como no caso em tela, deverá prevalecer “o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, conforme redação do parágrafo único do art. 421 do CC (BRASIL, 2002, p. 1). O Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil corrobora com esse princípio ao conceituar que “fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação” (CJF, 2002, on-line).

Sendo assim, quando o estudante é uma pessoa com deficiência, é interessante que a instituição de ensino tenha ciência dessa característica, para que possa prever as possíveis adaptações de acessibilidade que necessitará realizar para viabilizar o acesso ao seu serviço desde a propositura do negócio jurídico. De qualquer forma, existem muitas deficiências e cada indivíduo possui limitações distintas, o que acarreta em necessidades e adaptações distintas, devendo ser avaliado caso a caso, o que ficará mais compreensível através dos exemplos do item 3.

### **ADAPTAÇÕES EM NEGÓCIOS JURÍDICOS FIRMADOS COM PESSOAS COM DEFICIÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA IMPREVISÃO E SUPERVENIÊNCIA EM CONTRATOS EDUCACIONAIS**

A segurança jurídica que é estabelecida ao firmar um contrato visa a estabilidade social dele e o equilíbrio entre os contratantes. Uma vez estabelecido o negócio jurídico entre uma instituição de ensino privada e o estudante com deficiência, existem alguns fatores que, em decorrência de peculiaridades da deficiência, exijam que adaptações de acessibilidade sejam realizadas afim de incluir plenamente o aluno ou estudante.

Levando em consideração que os contratos educacionais são de adesão, mesmo que a instituição tenha ciência que o estudante ou aluno

é uma pessoa com deficiência ao realizar o negócio jurídico, dificilmente será possível prever todas as adaptações necessárias para garantir o acesso pleno ao seu serviço, pois cada pessoa com deficiência, mesmo que tenha a mesma deficiência, possui diferentes limitações.

Sendo assim, como proceder quando surge algum fato superveniente e imprevisível? Deve-se priorizar o direito do consumidor (estudante ou aluno com deficiência), devendo a instituição realizar qualquer adaptação de acessibilidade que o aluno solicitar para que ele tenha o pleno acesso ao serviço que foi contratado ou deve ser avaliado caso a caso e somente as solicitações devem ser atendidas caso não se torne excessivamente oneroso para a instituição?

Não existe uma única resposta ou solução para esses casos. No entanto, para que haja uma melhor compreensão do que seriam essas adaptações, serão utilizados alguns exemplos práticos que irão ilustrar como supostamente ocorreriam em um plano real. Suponhamos que o contratante seja uma pessoa surda apenas sinalizada, ou seja, utiliza a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS). Para que essa pessoa tenha acesso as aulas, é necessário um intérprete de Libras, assim como também em eventos da instituição.

A LBI, por sua vez, prevê na situação mencionada acima que seria obrigação da instituição de ensino garantir o acesso a esse direito fundamental através da disponibilização de tradutores e intérprete de Libras e estes ainda “devem possuir nível superior, com habilitação, prioritariamente, em Tradução e Interpretação em Libras” de acordo com inciso II do §2º do Art. 28 (BRASIL, 2016, p. 21). E tendo em vista que o §1º estipula que as instituições privadas deverão obrigatoriamente atender ao inciso XIII, que dispõe sobre o acesso à educação superior em igualdade de condições e oportunidade com as pessoas sem deficiência, esse serviço é tido como essencial para o contratante tenha pleno acesso ao serviço contratado, independentemente se a disponibilização desse profissional se torne excessivamente onerosa para a instituição.

Dessa forma, se analisarmos esse exemplo pela perspectiva do consumidor, o caso não é excepcional e nem mesmo imprevisível, é algo corriqueiro e considerado algo comum no dia a dia dessa pessoa surda, pois trata-se de uma adaptação de comunicação, devido a sua deficiência. Será que poderia ser utilizado a teoria da imprevisão e superveniência pelo fato de ter sido alterada a balança econômica da relação ao consubstanciar onerosidade excessiva para a instituição?

Entendemos que nesse caso se trata de um direito fundamental do estudante. Portanto, caso a instituição não disponibilizasse um intérprete de Libras, estaria obstaculizando o acesso ao serviço que foi contratado. No entanto, se um estudante que utiliza cadeira de rodas solicitar que a universidade tenha vagas para estacionamento cobertas para que não se molhe em dias de chuva, a aplicação da teoria da imprevisão e superveniência já muda de cenário. Afinal, impactaria não somente na estrutura da instituição, como também envolveria um número maior de profissionais, tais como arquiteto, engenheiro, pedreiro, entre outros.

O fato do estacionamento coberto causar mais mudanças não necessariamente descaracteriza como uma adaptação de acessibilidade essencial quanto ao acesso ao serviço da instituição de ensino, principalmente quando as aulas ocorrem de forma presencial. Por outro lado, independentemente da alteração se tornar excepcionalmente onerosa, o valor que for utilizado para viabilizar essa acessibilidade arquitetônica é na verdade um investimento, pois mais pessoas com deficiência que utilizam cadeira de rodas, assim como idosos e outras pessoas com alguma enfermidade temporária de locomoção, poderão usufruir.

O último exemplo de adaptações de acessibilidade em contratos educacionais firmados com pessoas com deficiência que será analisado sob a perspectiva da teoria da imprevisão e superveniência se enquadra como acessibilidade atitudinal. Suponhamos que uma pessoa com deficiência que tenha mobilidade reduzida e necessite do auxílio de um andador se inscreveu para uma disciplina que a sala destinada se encontra no 5º andar do prédio e este não possua elevador. Caso a pessoa solicitasse que um elevador fosse colocado no prédio, se assemelharia ao caso do estacionamento coberto em termos de modificação onerosidade excessiva, mas existe uma solução mais simples para isso: destinar alguma sala de aula que se encontre no térreo do mesmo prédio.

Todas as pessoas com deficiência possuem suas peculiaridades e cada uma delas poderá necessitar de adaptações distintas. Algumas de adaptações de acessibilidade de cunho metodológico, outras de programática e entre outros tipos de acessibilidade. O contrato de adesão impossibilita que o estudante com deficiência participe da elaboração desse documento.

Por isso, a instituição de ensino deverá analisar caso a caso e priorizar as adaptações que possuem mais urgência quanto ao acesso ao seu serviço, podendo utilizar da teoria da imprevisão e superveniência apenas quando a adaptação não estiver atrelada a função social desse con-

trato, ou seja, quando for alguma adaptação que não necessariamente irá obstaculizar o direito fundamental de acesso à educação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de acesso à educação das pessoas com deficiência em todos os níveis deve ser priorizado, por se tratar de um direito fundamental e que dignifica a pessoa humana. A instituição de ensino deverá oferecer as condições de acessibilidade que possibilitem não só o acesso da pessoa com deficiência o serviço, como também viabilize a autonomia e inclusão dentro deste ambiente para que possa desfrutar da mesmas oportunidades e condições que os alunos sem deficiência.

A extinção de contratos de adesão para alunos com deficiência possibilitaria uma elaboração conjunta do instrumento, o que possivelmente evitaria que adaptações posteriores fossem requisitadas e conseqüentemente não ocasionaria um desequilíbrio entre as partes. Além disso, quanto mais a instituição investir em adaptações de acessibilidade, mais pessoas com deficiência tendem a se sentir incluídas e optar pela instituição de ensino.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, seção 1, Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009.

BRASIL *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990.

BRASIL Ministério Público do Trabalho, Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região, *PCD Legal. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*: promulgada em 6 de julho de 2015. Vitória: Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região, 2016.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL – CJF. Enunciado nº 366. IV Jornada de Direito Civil. *CJF*, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/486>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

FEMINELLA, Ana Paula; LOPES, Laís de Figueirêdo. *Disposições gerais / Da igualdade e da não discriminação e cadastro-inclusão*. In: FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquezim (Orgs.) *Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência – comentada*. Campinas: Fundação FEAC, 2016. p. 9-32.

FRANÇA, Diogo Carvalho. *Teoria da imprevisão: estudo acerca dos efeitos da pandemia da COVID-19 nos contratos de prestação de serviços educacionais*. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2021.

# A DESTRUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO POR DENTRO: CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, PRÁTICAS DESCONSTITUINTES E A ADPF 622

The destruction of the constitution from the inside: abusive constitutionalism, disconstitutive practices and ADPF 622

Tiago de Sousa Moraes<sup>1</sup>

---

1 Mestrando em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, Pós-Graduando lato sensu em Direito Público pela FACULDADE EDUCAMAI S ? UNIMAI S sob gestão de GG EDUCACIONAL LTDA., Pós-Graduado lato sensu em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Pós-Graduado lato sensu em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Vale do Acaraú-UVA, integrante do Grupo de pesquisa “Controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público”, vinculado ao CNPQ coordenado pela prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Caroline Müller Bitencourt, integrante do grupo de pesquisa Teoria do Direito: da academia à prática coordenado pelo professor Francisco José Borges Motta (FMP) e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-UFMS, com bolsa de Iniciação Científica pelo PIBIC-CNPq (2014/2016). Pesquisador na área de Hermenêutica Jurídica, Teorias da Decisão Judicial, Filosofia e Teoria do Direito, Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais e Direito Constitucional com ênfase na disciplina Processo Constitucional/Controle de Constitucionalidade. Advogado OAB/CE nº 36.046. E-mail: tiagomoraes.advoabce@gmail.com

## INTRODUÇÃO

Não é de hoje que muitos teóricos discutem e tentam propor soluções para os dilemas, de natureza jurídico-política, gerados a partir da relação entre o ambiente social convulsionado por crises institucional/política e ou constitucional e a conseqüente desestabilização do ambiente democrático.

O fato é que a sociedade tem cada vez mais possibilitado a escalada do autoritarismo, principalmente quando elege através dos processos majoritários, políticos eleitos que encarnam em seus atos de governo práticas flagrantemente inconstitucionais e antidemocráticas. Isso acaba desestabilizando o ambiente institucional, ocasionando frequentes embates entre os Poderes e abre espaço para uma ruptura silenciosa da democracia.

Dito isso, o ambiente político-institucional do Brasil dos últimos anos tem mostrado sinais de mau funcionamento das instituições e até mesmo uma possível suspensão das promessas realizadas pela Constituição de 1988, o que vem ocasionando o desaparecimento do desejo de viver em democracia por parte de alguns cidadãos e por parte da classe política brasileira.

A pesquisa terá como foco propor reflexões sobre o constitucionalismo abusivo e a presença de práticas desconstituintes no cenário atual de erosão democrática, analisando a ADPF 622 como um caso modelo para discutir o encaixe dessas proposições teóricas na decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o problema que conduz essa investigação é: considerando o atual contexto político-institucional de erosão democrática no Brasil, as ações administrativas e governamentais praticadas no âmbito do caso da ADPF 622 podem ser classificadas como práticas autoritárias dentro de um quadro de constitucionalismo abusivo desenvolvido pelo professor David Landau ou a proposta do professor Cristiano Paixão sobre práticas desconstituintes estaria mais adequada ao que foi discutido nesta decisão do Supremo Tribunal Federal?

Os objetivos deste ensaio são modestos e se resumem a desenvolver os conceitos de constitucionalismo abusivo e práticas desconstituintes, bem como analisar a ADPF 622 a partir dessas duas perspectivas teóricas.

Orienta o desenvolvimento da pesquisa o método de abordagem dialético, de cunho analítico-dogmático, valendo-se de leituras e interpretações dos escritos de Landau (2020), Paixão (2020) e de outros au-

tores relevantes para o desenvolvimento da temática. As considerações apresentadas neste trabalho serão de ordem analítica, ou seja, pelo caminho dos conceitos e explicações teóricas acerca do constitucionalismo abusivo e das práticas desconstituintes, bem como discussões sobre a erosão da democracia no debate contemporâneo, viabilizadas por revisão bibliográfica e diálogos doutrinários qualificados com juristas nacionais e estrangeiros envolvidos com as temáticas.

As técnicas de pesquisas estão resumidas em pesquisa bibliográfica feitas a partir de livros, revistas, periódicos, notícias, teses, dissertações, dentre outros.

O que se espera ao final percorre um caminho que necessariamente evidencie a ideia de que uma leitura adequada do contexto atual e das práticas governamentais que desrespeitam os valores constitucionais, deve proporcionar respostas jurídico-constitucionais mais alinhadas com o comando constitucional que determina o STF como guardião da Constituição.

## DESENVOLVIMENTO

A atual crise institucional brasileira não surpreende nem o mais otimista cientista político. A cada dia um novo capítulo é escrito seguindo uma metodologia que muito se aproxima a um terror em cadeia<sup>2</sup> escrito pelos Poderes. A democracia é colocada em xeque diuturnamente por aqueles que deveriam protegê-la, pois só alcançaram seus cargos públicos através de procedimentos estabelecidos/consolidados pela/na Democracia liberal.

Aliada a essa crise, uma outra tem impossibilitado uma relação minimamente harmônica entre os Poderes, principalmente entre o atual chefe do Poder Executivo e o Supremo Tribunal Federal. O atual presidente vem constantemente investindo contra as instituições democráticas, principalmente o STF, alegando que algumas decisões judiciais<sup>3</sup> são responsáveis por estabelecer o caos institucional. Isso acaba se tornando

---

2 Terror em cadeia faz alusão a uma forma deturpada do romance em cadeia de Dworkin. Ver: DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

3 BORGES, Beatriz; SANT'ANA, Jéssica. Bolsonaro anuncia perdão da pena a Daniel Silveira, condenado a 8 anos e 9 meses de prisão pelo STF. G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/04/21/bolsonaro-anuncia-indulto-pa-ra-deputado-daniel-silveira.ghtml>. Acesso em: 11 mai. 2022.

uma arma poderosa para um governo que se mostra indisposto a cumprir os preceitos constitucionais, sobretudo em relação as amarras constitucionais dos freios e contrapesos, fundamentando-se no argumento de destruir os inimigos – invisíveis – do país que impedem o desenvolvimento nacional e sua governabilidade. Como afirma Snyder (2019, p. 23): “O oligarca faz a travessia para a política real partindo de um mundo de ficção, e governa invocando o mito e fabricando crises”.

Uma crise constitucional faz acender um sinal de atenção, uma recorrente lembrança de que os dispositivos constitucionais, por mais que tenham sido criados para permanecerem íntegros durante muito tempo, reforçando o desejo de uma existência duradoura, não se mostram resistentes a práticas políticas que buscam reverter importantes conquistas constitucionais estabelecidas pela Constituição de 1988 (PAIXÃO, 2018, p. 107).

Para provocar essa crise, o Executivo não necessita editar medidas provisórias ou se empenhar pela aprovação de projetos de lei. A principal estratégia de uma prática desconstituinte é a aptidão de “destruir por dentro”<sup>4</sup>, ou seja, fazer uso de ações administrativas que desobedecem frontalmente ao texto constitucional através da retirada das grades mínimas de proteção social estabelecidas pela Constituição, bem como a partir do descompromisso público de alguns de seus dispositivos fundamentais (PAIXÃO, 2020a, n.p). É nesse sentido que afirmam Levitisky e Zibblatt (2018, p. 17): “Muitos esforços do governo para subverter a democracia são ‘legais’, no sentido de que são aprovados pelo Legislativo ou aceitos pelos tribunais”.

A desconstrução “por dentro” pode ser observada facilmente nas ações governamentais dos últimos anos: as políticas públicas de combate ao racismo não existem mais, o meio ambiente está sendo ainda mais vilipendiado, não existe incentivo à cultura e o patrimônio histórico está totalmente desprotegido. Isso tudo está em curso porque as instituições competentes para promover melhorias nessas áreas fundamentais da vida social brasileira estão sendo desfiguradas em seu propósito ou se mostram descaradamente atuantes contra a tutela de bens constitucionais

---

4 A desconstrução “por dentro” pode ser verificada todos os dias: não há políticas públicas de combate ao racismo, não há preservação do meio ambiente, não há fomento à cultura e não há conservação do patrimônio histórico, porque as instituições encarregadas de zelar por essas áreas cruciais da vida social brasileira estão com suas atribuições esvaziadas ou se colocam frontalmente contra a proteção de bens constitucionais (PAIXÃO, 2020b, n.p).

(PAIXÃO, 2020b, n.p). Como afirma Paixão: “A postura desconstituinte torna explícita uma atitude de destruição da Constituição” (2020a, n.p).

O momento atual de luta contra a Constituição não é caracterizado por uma intensa atuação de atores políticos empenhados em escrever uma nova carta constitucional. O novo tempo de iniciativas dispostas a desfigurar a constituição não apela nem mesmo pela aprovação de emendas constitucionais (PAIXÃO, 2020b, n.p). Portanto, objetivo de desconstruir os valores constitucionais continua existindo, apenas a estratégia foi modificada. Agora é possível atacar a Constituição de maneira mais sutil, através de ações e omissões do Poder Executivo que atingem demandas sociais cruciais exigidas pela ordem constitucional.

O receituário desconstituinte dos últimos anos não mediu esforços para subverter mecanismos constitucionais em favor da degradação do ambiente democrático. A utilização do processo legislativo em total afronta à Constituição, o esvaziamento de preceitos constitucionais em plena pandemia, a desarticulação da máquina institucional voltada à efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição, comprovam a reação desconstituinte que se anuncia no Brasil contemporâneo (PAIXÃO, 2020b, n.p).

Ao contrário das práticas passadas, quando os governos autoritários eram em regra instituídos através de golpes militares ou outras medidas inconstitucionais, os aspirantes a autocratas de hoje se esforçam para demonstrar que estão dispostos a respeitar formalmente as normas constitucionais (LANDAU, 2020, p. 21).<sup>5</sup>

Para melhor compreensão dessas reflexões alinhadas ao propósito do estudo faz-se necessário definir o que se entende por constitucionalismo abusivo. O professor Landau define constitucionalismo abusivo como a degradação do ambiente democrático de um Estado através da utilização de mecanismos de mudança constitucional. O autor menciona que os mecanismos de mudança da Constituição se referem aos métodos de mudanças formais (excluindo os informais) – emenda e substituição constitucionais (LANDAU, 2020, p. 22). E a principal finalidade dessas

---

5 Com muita frequência, o atual presidente, Jair Bolsonaro, se mostra indisposto por ter que “jogar dentro das quatro linhas da Constituição. Nesse sentido, ver: ANDRADE, Thainá. Bolsonaro: “Embrulha estômago jogar dentro das 4 linhas da Constituição”. Correio Braziliense, 2022. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/03/4996327-bolsonaro-embrulha-estomago-jogar-dentro-das-4-linhas-da-constituicao.html>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

mudanças constitucionais é “tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes” (LANDAU, 2020, p. 22).

As grades formais de proteção contra mudanças que desnaturam por completo o espírito da Constituição estão se revelando meras folhas de papel<sup>6</sup>, pois dia a dia, em frente aos nossos olhos, regimes autoritários e quase autoritários se utilizam de uma retórica constitucional contra o texto expresso da Constituição (LANDAU, 2020, p. 19).<sup>7</sup> E é por isso que “o constitucionalismo abusivo é muito mais difícil de detectar do que as ameaças autoritárias tradicionais” (LANDAU, 2020, p. 19).

Em resumo, o constitucionalismo abusivo:

envolve o uso dos mecanismos de mudança constitucional - emenda constitucional e substituição constitucional - para minar a democracia. Embora os métodos tradicionais de derrubada democrática, como o golpe militar, estejam em declínio há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semi-autoritários é cada vez mais predominante. Poderosos presidentes e partidos podem projetar mudanças constitucionais de modo a tornar difícil a sua substituição no poder e desarmar instituições, como os Tribunais de Justiça, que possam fiscalizar seus atos enquanto governo. As constituições resultantes desses processos ainda parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais, mas, de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a própria ordem democrática (LANDAU, 2020, p. 18).

Importa, ainda, observar que existe um risco sério em mudanças constitucionais que são desvirtuadas para alcançar uma finalidade inconstitucional e antidemocrática, pois permitem que players autoritários removam valores constitucionais conquistados com muito esforço democrático.

Ainda, é importante mencionar que, em muitos países, aos atores autoritários modificam a Constituição, utilizando-se de ferramentas es-

---

6 Expressão utilizada por Lassalle no clássico livro: LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

7 Tramita na Câmara dos Deputados uma PEC que prevê ao Legislativo anular decisões do STF. Ver: NASCIMENTO, Houldine. PEC que suspende decisões do STF reúne 45 assinaturas. PODER 360, 2022. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/congresso/pec-que-suspende-decisoes-do-stf-reune-45-assinaturas/>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

tabelecidas na própria ordem constitucional, para finalidades ainda mais perigosas. Como por exemplo: 1) retirar membros de oposição política atuantes no parlamento, substituindo-os por membros da base governista; 2) enfraquecer a autoridade dos tribunais – ou até mesmo desativá-los –, destituir membros do Poder Judiciário, aumentar o número de ministros na Corte Constitucional e nomear para esses novos cargos pessoas alinhadas politicamente com o governante autoritário, bem como usar essa mesma estratégia em outros órgãos de fiscalização; e 3) promover interferência e controle governamental sobre a mídia e outras instituições relevantes (LANDAU, 2020, p. 21).

Isso posto, nesse contexto, passa-se a análise da ADPF 622, mais especificamente o voto condutor do Ministro relator Barroso.

O julgamento do caso envolveu a análise da constitucionalidade do Decreto presidencial n. 10.003/2019 (dispõe sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente — CONANDA), em razão do referido decreto ter alterado as regras sobre a constituição e o funcionamento do CONANDA e principalmente pelo fato do decreto destituir, imotivadamente, no decorrer do exercício do mandato, todos os seus membros.

O ministro Barroso, em seu voto, destaca que:

o constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático (BRASIL, 2021, p. 15).

Na ementa e no próprio voto transcrito, Barroso enfatiza a necessidade de evitar os problemas relacionados ao constitucionalismo abusivo que, no cenário internacional, está associado ao retrocesso democrático e ao descumprimento de direitos fundamentais. Nesse sentido, conceitua o fenômeno do constitucionalismo abusivo como uma “prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação” (BRASIL, 2021, p. 2).

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto condutor do Ministro Barroso, buscou responder dois questionamentos fundamentais para a resolução do caso: 1) Existe norma constitucional que exige a participação de entidades da sociedade civil na construção e na fiscalização da execução de políticas públicas relacionadas aos direitos de crianças e adolescentes? e; 2) No caso de resposta afirmativa na primeira pergunta, as medidas adotadas pelo Decreto n. 10.003/2019 restringem a participação das entidades da sociedade civil ao ponto de desnaturar a determinação da norma constitucional?

As duas perguntas foram respondidas de maneira afirmativa. Portanto, existe sim comando constitucional que assegura a participação de entidades representativas da sociedade civil na formulação e no controle das políticas públicas para crianças e adolescentes, bem como o decreto presidencial frustra o comando constitucional e as alterações promovidas pelo decreto são consideradas restritivas ao ponto de esvaziar e inviabilizar o cumprimento do mandamento constitucional.

Em resumo, o ministro destacou que a Constituição estabelece no artigo 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, proteção integral, bem como a Constituição determina no artigo 204, inciso II, que a formulação de políticas públicas referente ao controle das respectivas ações deve ocorrer com participação da população, por meio de organizações representativas. Dessa forma, o ministro conclui que esses dois comandos constitucionais foram desrespeitados pela edição das medidas restritivas estabelecidas pelo Decreto n. 10.003/2019.

Um outro ponto de destaque na decisão é a sinalização feita pelo ministro de que é competência do STF, na condição de corte suprema no que tange a interpretação e guarda da Constituição, zelar pelo adequado funcionamento do ambiente democrático. Por essa razão, é que o Supremo Tribunal Federal tem frequentemente atuado como bastião na defesa da democracia e tem respondido duramente às constantes práticas, institucionais ou civis, que evidenciam o avanço do autoritarismo na sociedade brasileira. E, nesse sentido, começa a construir uma atuação da suprema corte como contrapeso constitucional efetivo na manutenção do ambiente democrático e na desarticulação de práticas autoritárias e antidemocráticas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com isso, conclui-se que as medidas restritivas do decreto 10.003/2019 que foram declaradas inconstitucionais pela ADPF 622/DF, devem ser caracterizadas como ações governamentais que visam destruir por dentro a Constituição, ou seja, são medidas que integram o que Cristiano Paixão chama de práticas desconstituintes. Portanto, o fenômeno do constitucionalismo abusivo, conceituado como a utilização de mecanismos de mudança constitucional voltados para a degradação do ambiente democrático, analisado pelo ministro Barroso na ADPF 622/DF, não é a leitura mais adequada do ponto de vista teórico em relação ao caso concreto narrado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thainá. Bolsonaro: “Embrulha estômago jogar dentro das 4 linhas da Constituição”. *Correio Braziliense*, 2022. Disponível em: <<https://www.correio-braziliense.com.br/politica/2022/03/4996327-bolsonaro-embrulha-estomago-jogar-dentro-das-4-linhas-da-constituicao.html>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo*. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.

BORGES, Beatriz; SANT’ANA, Jéssica. *Bolsonaro anuncia perdão da pena a Daniel Silveira, condenado a 8 anos e 9 meses de prisão pelo STF*. G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/04/21/bolsonaro-anuncia-indulto-para-deputado-daniel-silveira.ghtml>. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 622*, relator (a): Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2021, Processo Eletrônico DJe-097, divulgado em 20/05/2021, publicado em 21/05/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755918124>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

Dworkin. Ver: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. UC David Law Review, vol. 47, n. 1, nov. 2013, p. 189-260.

LANDAU, David. *Constitucionalismo abusivo*. Tradução: Ulisses Levy Silvério dos Reis; Rafael Lamera Giesta Cabral. REJUR - Revista Jurídica da UFERSA Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

NASCIMENTO, Houldine. *PEC que suspende decisões do STF reúne 45 assinaturas*. PODER 360, 2022. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/congresso/pec-que-suspende-decisoes-do-stf-reune-45-assinaturas/>>. Acesso em: 12 jul. 2022

PAIXÃO, Cristiano. *A construção do futuro: os 30 anos da Constituição de 1988*. In: dossiê nº 62: 30 anos da constituição cidadã. Revista Humanidades: – Universidade de Brasília, n.67, jul./dez., 2018.

PAIXÃO, Cristiano. *Destruindo “por dentro”: práticas desconstituintes do nosso tempo*. Coletivo transforma MP, 2020a. Disponível em: <https://transformamp.com/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo/>. Acesso em: 06 mai. 2022.

PAIXÃO, Cristiano. *Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo*. Jornal GGN, 2020b. Disponível em: <https://jornalgnn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-chronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 09 mai. 2022.

SNYDER, Timothy. *Na contramão da liberdade: A guinada autoritária nas democracias contemporâneas*. Tradução: Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

**ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE:  
EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIO**

**GRUPO DE TRABALHO 02**





# HARDBALL CONSTITUCIONAL: DA POLARIDADE POLÍTICA À INSEGURANÇA JURÍDICA

Constitutional hardball: the political polarity to legal insecurity

Nicolas da Rocha Machado<sup>1</sup>

---

1 Graduando do curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e do curso de Administração Pública e Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Pesquisador dos grupos de pesquisa “Teoria do Direito: da academia à prática” e “Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional”, ambas pertencentes ao PPGD/FMP; Endereço: <http://lattes.cnpq.br/7378283227503043>; Email: machadoni@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O Hardball Constitucional, ou como traduzido “Catimba Constitucional” (GLEZER, 2020), nada mais é do que a utilização mecanismos legais para violar os valores constitucionais e das instituições democráticas (TUSHNET, 2003). No contexto atual, cada vez mais há se discutido sobre esse tema no âmbito acadêmico, tendo em vista alguns embates institucionais entre os poderes do Estado que vem acontecendo no globo.

Além disso, há se destacado, ao redor do mundo também, a chamada polarização política, fenômeno onde há uma difusão da sociedade entre ideologias políticas. Ou seja, grande parte da população tem, em seu âmago, divergências políticas-ideológicas que ocasionam, por si só, confrontos internos na sociedade (BOMEY, 2021). Nos países emergentes, tipicamente com baixo nível de escolarização, a problemática se destaca, pois, os “confrontos” políticos-ideológicos possuem uma construção argumentativa extremamente pobre que além de viciar outros debates, também criam um falso sentimento de pré-compreensão sobre temas complexos.

Nessas perspectivas, esse trabalho conduzirá um estudo transdisciplinar, entre a teoria do direito e a análise econômica do direito, a fim de avaliar se a polarização política, agravada pela prática da catimba constitucional, traz prejuízos aos agentes econômicos e ao desenvolvimento da economia, essencialmente em países emergentes, pela via da insegurança jurídica trazida.

A insegurança jurídica, nada mais é do que a instabilidade e/ou incerteza acerca da uniformização da resposta jurídica desejável, em outras palavras, ela é uma indeterminação do cenário juridicamente prescrito. Nesse cenário, o problema desta pesquisa gira em torno se a polarização política, assim como o fenômeno da catimba constitucional em paralelo, gera certa insegurança jurídica ao sistema de justiça, e em caso positivo, o que essa insegurança em específico afeta aos agentes econômicos e se essas consequências têm grandes impactos para a economia nacional.

Tem-se como hipótese que a insegurança jurídica se constata como, não necessariamente a instabilidade das normas no mundo dos fatos — tais como sua ineficiência, em seu descumprimento ou em sua aplicação em ambiguidade —, mas uma instabilidade no mundo ficto, ou seja, no momento em que os agentes paralelos à aplicação dessas normas descredibilizam sua aplicação, mitigando sua eficiência. Dessa forma, entende-se, *a priori*, que a descredibilidade do poder judiciário, que

vem ganhando forma contemporaneamente, para os agentes econômicos traz uma sensação de insegurança jurídica formal, trazendo incerteza ao mundo negocial e de investimento nacional.

A pesquisa utiliza-se da metodologia dedutiva, ao traçar premissas maiores a fim de se chegar em premissas menores. Foi desenvolvido com mecanismos de investigação da teoria do direito, em especial pelo fenômeno do *rule of law*, e a análise econômica do direito, em sua vertente da dimensão positiva/descritiva — o qual se ocupa em compreender como a economia reage no ordenamento jurídico.

No que pertine, a análise econômica do direito, ou “*Laws and Economics*” (AED), em sua dimensão positiva/descritiva se debruça no estudo do impacto prático do direito sobre o mundo, isto é, estuda a repercussão do direito na sociedade sobre o viés econômico, tais quais mudanças de cultura e/ou comportamento de uma determinada classe ou sociedade devido a uma nova norma que altera a economia de sua região de ação. Assim, nesta pesquisa será utilizado das ciências econômicas como uma ciência de assistência à possível previsão das consequências da técnica jurídica, ou seja, utilizar-se-á a economia como meio de interpretação dos efeitos do hardball constitucional na sociedade.

## DO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL

Em *prima facie* é necessário conceituar do que se trata o fenômeno do “Constitutional Hardball” (TUSHNET, 2003), a fim de podermos compreender seus impactos reais no cenário socioeconômico. Assim, sua conceituação nada mais é do que a tomada de ações que violam valores sem ultrapassar as regras legais. Nesse sentido, há uma aparência de legalidade no sentido estrito da interpretação literal da lei com uma análise segmentar do ato, a qual não se convalida se examinada com uma visão holística, ou seja, por fatos isolados ou reiterados.

Em outras palavras, o Hardball Constitucional é a manifestação do desgaste institucional advindo de práticas que, embora dentro do princípio da legalidade — atribuindo-lhe aparente licitude —, não possuem a finalidade prevista democraticamente, e se analisadas individualmente podem ser relacionadas ao jogo democrático do “Checks and Balances”, no entanto, com uma visão de diversos atos realizados no tempo, possível caracterizar uma Catimba Constitucional (GLEZER, 2020), por parte dos atores do “jogo democrático”.

No cenário brasileiro, essa fragilização do “Checks and Balances” — equilíbrio institucional — se agrava constantemente dentro do jogo democrático (VIEIRA, 2018), ao se confundir o jogo político, esse muito pela influência da polarização política proveniente do crescimento exacerbado do conservadorismo ideológico.

Isto é, o jogo político é uma forma de equilíbrio representativo no governo. Diversas representações políticas utilizam-se de meios persuasivos, a fim de que uma maioria priorize suas pautas favorecidas de seu viés ideológico, muitas vezes em troca da ajuda em outras pautas (VIEIRA, 2018). Esse jogo político é completamente legítimo, é uma forma de representações ideológicas ganharem e cederem em diversas pautas para cumprir um dever coletivo. Do mesmo jeito, o jogo político pressupõe certa difusão oposição e governo, até como meio de “freio” de uma autocracia supostamente democrática. A polarização política é uma latência exagerada e externalizada do jogo político ao povo, no entanto, é cabível esclarecer que isso não faz de todo o mal o jogo político, esse inclusive é pressuposto para um bom desenvolvimento do jogo democrático.

Entretanto, os dois jamais devem ser confundidos, sob pena de uma instauração de uma séria crise democrática. O jogo democrático não envolve governos ou partido político, como no jogo político, mas sim instituições e poderes de Estado. Assim, confundir um certo embate de uma representação ideológica com uma instituição democrática, causa problemas institucionais.

Segundo Souza Neto (2020), após a segunda grande onda de democratização mundial nas décadas de 70 a 90 do século XX, a qual abarcou o Brasil, nasce uma concepção sólida das democracias liberais, no entanto, como previamente adiantado, tal concepção democrática vai sendo mitigada gradualmente na atualidade. Dessa forma, na contemporaneidade brasileira, assim como em outros países, há uma crise democrática vivenciada, muito causada pela: (i) perda do sentimento de representatividade, por parte dos mandatários políticos<sup>2</sup>; e (ii) sensação de distanciamento do Estado com sua população.

Embora, muito parecidos e ambos somarem entre si, os dois fatores geradores de uma crise democrática são distintos. O sentimento da re-

---

2 O conceito atual de “mandato político” nasce na França, após a revolução de 1789, onde cai a ideia do direito privado que esse mandato, assim como os advogados, seria das pessoas que investiram ele nesse cargo — ou seja, seu grupo político (Eleitorado) —, nascendo a concepção que representa toda a população — representatividade coletiva — independentemente da ideologia.

apresentação política, gera um pressentimento, mesmo que erroneamente, de pertencimento das políticas e lideranças que influenciam diretamente sua vida, reforçando a legitimidade do ente estatal. Tal pressentimento, ainda que a política esteja influenciando negativamente sua vida, faz com que o indivíduo sinta uma expectativa de mudança política, muito pela legitimidade atribuída por ele.

Já a percepção de distanciamento do Estado, apesar de aumentar o sentimento da não representação política, ela ainda existe em um cenário em que não há essa sensação. Essa percepção se dá quando o cidadão entende que mesmo sendo representado corretamente na política, essas políticas não chegam ou não são visadas para sua classe ou grupo social.

Um dos primeiros grandes desgastes na representação brasileira, se instala, com uma certa força, no fim do século XIX e início do século XX, o qual o Estado começa a aumentar de tamanho, a fim de atender diversas pautas de prestação e assistência social, devido à mudança brusca do eleitorado brasileiro. Além disso, mais contemporaneamente, o Estado começa a ficar mais técnico e especializado, a fim de dar maior efetividade em suas políticas, gerando uma ideia de distância do povo, muito pela divergência de comunicação entre o povo e o governo, em países de baixa escolarização.

Essa crise democrática concebeu uma retaliação ao “político profissional” — especialista em questões político-burocráticas e não na representação popular — (SOUZA NETO, 2020), dando espaço aos políticos antipolítica e anti burocracia, fazendo um “by-pass” institucional. Esses políticos, muito fortalecidos em países emergentes, devido à alta porcentagem de analfabetos funcionais, apresenta soluções que, em que pese, nos termos práticos para especialistas não seja viável para a solução, é lógico e de fácil compreensão para o povo. Além disso, há em seus discursos a ideia de que o problema da alta burocratização está nas instituições democráticas.

Ademais, há outro fator histórico que fortaleceu tanto o sentimento de distanciamento do Estado quanto de falta de representatividade política no Brasil, sendo a falsa ideia implantada que lideranças tipicamente progressistas, que possuem grande representação das classes mais baixas — vulneráveis e hipossuficientes —, estariam deixando para trás as pautas de igualdade material — inclusão social —, em favor de uma agenda identitária — como lutas por igualdade de gênero, LGBT’s entre outros. Nesse sentido, o cidadão comum passou a entender que não tinha alguém para representá-lo, favorecendo os discursos populistas para essa classe e/ou

grupo social que se entendiam abandonados — majoritariamente pessoas de baixa escolarização —, e os discursos e ideias de um passado glorioso.

Tais narrativas, foram protagonizadas, em suma, por políticos conservadores tendo mais sucesso em ativar identidades populistas de direita do que os progressistas em ativar identidades populistas de esquerda. Segundo Graber (2018), a onda populista conservadora é uma reação do firmamento constitucionalista do final do século XX, que atribuiu para novos grupos e classes sociais direitos igualitários.<sup>3</sup>

Dessa forma, os fenômenos do hardball constitucional, autoritarismo furtivo e constitucionalismo abusivo são os mecanismos utilizados a fim de se estabelecer uma fragilização democrática, e não mais a força bruta — força militar. Dessa forma, a “ditadura constitucional” está substituindo os temas dos déficits democráticos (HIRSCHL, 2004). Isto é, os defensores da democracia transformadora — bem-estar social — não estão vendendo-lhe bem porque no cognitivo do povo — sem informação livre e nítida — está perdendo adeptos (GRABER, 2018).

Importante salientar, também, que além de todo esse movimento, com a revolução “informática” — uma maior acessibilidade a redes de tecnologias de informação rápida (internet) — agrava-se a polarização política e conjuntamente a instabilidade institucional através do movimento das “fake news”. Assim, atualmente com a inserção tecnológica no jogo político a sociedade da informação trouxe o cyber-populismo ou tecno-populismo. Tecno-populistas são aqueles que reforçam a ideia falsa de uma (i) reforma no sistema; (ii) insatisfação com a política atual; (iii) culpa desses problemas devido à mudança moral da sociedade; e (iv) o desencanto com o poder político. Ou seja, o cyber-populismo ou tecno-populismo se confunde muito ao populista clássico (MAGRANI, 2014), entretanto sua diferenciação é que aquele utiliza-se das redes de informação rápida tanto para divulgações de informações que lhe geram votos, como também para compreender as melhores “tendências políticas” do momento.

A construção das “Fake News” são pensadas de diferentes formas para possuírem engajamentos diferentes em cada grupo e classe social. Campanhas virtuais pensadas para cada Estado, bairro e pessoa para

---

3 De acordo com o autor, a democracia constitucional se tornou um sistema que promove a dignidade humana por meio: (i) compromissos com liberdades políticas robustas; (ii) prosperidade econômica compartilhada; (iii) inclusão; (iv) secularismo; e (v) tribunais independentes.

maior atingimento do desconhecimento e sua propagação eficiente.<sup>4</sup> Importante destacar, também, que a “Fake News” não é apenas a divulgação de literais notícias integralmente falsas, mas também que distorcem parcialmente o fato, realizando um pré-juízo de valor em cima deles ou que induzem o destinatário a pensar algo por narrativas implícitas — sem falar expressamente o que se deseja que o eleitorado pense — fazendo que o público ache que construiu o pensamento sozinho, dando uma falsa percepção de autoria da opinião acerca do fato (MORAIS; FESTUGATTO). Além disso, os algoritmos das redes de informação reforçam a customização da informação digital, fazendo que diversas pessoas fiquem presas em uma bolha ideológica-social,<sup>5</sup> reforçando desinformação e induzido para novas informações viciadas. Muito em voga pelo fenômeno da “pós-verdade” — aquilo que está depois da verdade, o “achômetro”.

## DA CRISE INSTITUCIONAL

Nesse cenário, de embates institucionais, as cortes constitucionais acabam ganhando um protagonismo, tendo em vista sua atribuição de guarda constitucional (BRASIL, 1988). Não só na perspectiva do hardball constitucional, na qual cabe a corte identificar e “frear” tais atos com esses objetivos, como também da polarização política que ocasiona mais leis inconstitucionais. Ou seja, temos como proteção do estado democrático as cortes constitucionais.

Ademais, a instância constitucional por ser pautada em decisões contra-majoritárias (pró-minorias)<sup>6</sup> faz com que a maioria pró-populismo seja contra suas decisões. Em especial no Brasil, como o Supremo julga tanto em concentrado quanto em difuso a super mediação da corte ocasiona uma confusão entre suas duas funções para a população sem conhecimento técnico jurídico.

---

4 Tais mecanismos utilizados pela campanha de Trump conjuntamente com a Cambridge Analítica, ao desenvolver uma ferramenta que permitisse conhecer os potenciais eleitores do ex-presidente americano e influenciar suas decisões.

5 Denominado pelos doutrinadores de Teoria da Câmara de Eco de Bolhas.

6 Importante ressaltar que muitos doutrinadores — Hirschl e Graber — vão contra a romantização do aumento do judiciário, visto que em alguns países o poder judiciário, essencialmente as cortes constitucionais, são vistas como um agente que barra pautas de direitos sociais. Assim, o maior argumento deles é que os tribunais são melhores em inibir ações prejudiciais (reparar o passado) do que promover direitos (prevenir no futuro).

Conforme Levitsky e Ziblatt (2019), o fim das democracias liberais iniciam-se com ataques à Suprema Corte, porque incumbe-lhes proteger as democracias.

A disputa política, no cenário brasileiro, acabou envolvendo o STF, por causa: (i) do protagonismo da corte, em tempos de crise institucional, em parar políticas inconstitucionais; e (ii) função de promoção as instituições democráticas, que vai de encontro com a argumentação contrária às instituições pela anti burocracia dos políticos populistas.

Esse envolvimento da corte no jogo político, ou melhor, com essa imposição de ações da corte neste jogo político — e não democrático — ela começa a receber uma grande descredibilização de seus atos, por parte dos seguidores dos políticos populistas. Nesse sentido, no movimento da perda dessa credibilidade de uma instituição democrática de suma importância é muito utilizado a argumentação de que a corte em suas decisões contrárias aos políticos populistas praticam ativismo judicial. Entretanto, o termo ativismo judicial nasce de um jornalista americano<sup>7</sup> onde narra as decisões tomadas por alguns magistrados da Suprema Corte Americana, diante de um comportamento de jurisdição defensiva (*judicial restraint*), oriunda de um pensamento eminentemente positivista, onde se esquivavam de enfrentar casos relevantes e essenciais à sociedade (*New Deal*).

A perda da credibilidade das decisões do órgão máximo do poder judiciário, e até muitas vezes um questionamento acerca da sua legitimidade e imparcialidade no julgamento de algumas ações, faz com que haja uma certa instabilidade jurídica. Essa instabilidade se assemelha mais a uma sensação de possível mudança de entendimento, para fins de confronto político, do que efetivamente uma troca nos entendimentos. Muito dessa sensação advém, não só, desse envolvimento da corte no jogo político, como explicado acima, mas também como uma construção, elaborada por alguns partidos mais identificados com pautas populistas conservadoras, a fim de se mitigar a estabilidade do judiciário, através de fake news.

Além disso, a polarização política não afeta só o STF na totalidade, mas a própria justiça eleitoral vem sofrendo uma sensação de instabilidade jurisprudencial, que por óbvio, causa insegurança jurídica aos demandantes. Nesse sentido, cerca de 95% das ações, que envolvem fake

---

7 O jornalista era Arthur M. Schlesinger Jr., onde na revista “Fortune” em 1947, teve a missão de construir o perfil político e ideológico dos nove membros da Suprema Corte norte-americana, que na época enfrentava um momento de tensão política com o governo Franklin Delano Roosevelt, cujo teor consubstancia-se em aprovar o new deal (plano político e econômico). O artigo se intitulava “The Supreme Court: 1947”.

news, são movidas por partidos políticos, e no polo “reclamado” a maior concentração é contra agentes econômicos de tecnologia, cerca de 59,3% (SABA, 2021). Essa concentração de ações contra agentes econômicos contratados para divulgações, acerca de um tema sem definição jurisprudencial — tendo em vista se tratar sobre fenômeno recente no Brasil — gera diversas decisões divergentes.

Contrastes nas decisões do judiciário, estão presentes em qualquer ordenamento jurídico, em especial aqueles em sistemas onde as normas jurídicas, gerais e abstratas, sendo flexíveis e passíveis de interpretações diversas (ZENATI, 2003). O direito por ser uma ciência social aplicada, já há de se esperar diversas respostas para o mesmo caso, pelo simples fato do conteúdo jurídico não se tratar de uma ciência exata.

Em suma, possuindo, ou não, divergência nas decisões o que traz a insegurança jurídica ao agente econômico é sua mera sensação, não precisando, necessariamente, haver uma insegurança real, bastando uma ficta.

Há de se esclarecer, que o poder judiciário não é o único autor desse “mundo de insegurança jurídica”, visto que o próprio “direito” está em crise, fruto da polarização política e do fenômeno do Hardball Constitucional, onde o legislativo acaba por criar e modificar um número exorbitante de leis de diversos assuntos. Além disso, muitas vezes essas leis não tiveram quaisquer estudos de conflitos de normas existentes, sendo criadas, não decorrente das transformações sociais e/ou da necessária adequação do direito na sociedade, e sim, da movimentação da polarização do mundo político e do aumento da ansiosa pressão social, conseqüente da inserção do engajamento político de leigos. Ademais, muitas dessas leis extinguem ou modificam direitos e deveres já existentes gerando uma confusão na população, e conseqüentemente um aumento no ajuizamento de ações.

Sem falar que essas leis produzidas têm, em sua ampla maioria, linguagem complexa, prolixa, inequívoca e genérica dando margem a uma gama de interpretações para as normas jurídicas abstratas. Assim, quanto mais modificações e criações de normas no ordenamento jurídico, com linguagem complexa e ambígua, maiores as chances de antinomias e de contradições internas (TARUFFO, 2001).

No executivo, não está muito distante a realidade do poder legislativo, onde ele legisla por medidas provisórias, assuntos que, na maioria das vezes, necessita de mais estudo e pesquisa do verdadeiro impacto que tais políticas podem causar, ignorando, em diversos momentos, que polí-

ticas feitas em “impulso ansioso”, mesmo que na melhor das intenções, só gera insegurança à população e pode acarretar graves efeitos indesejados.

Tais discussões já fizeram o estado ser classificado como “Estado-Inimigo” (DINAMARCO, 2000), em todos seus âmbitos federativos, por trazer mais incertezas à sua própria população do que afirmações sobre seus direitos e deveres.

Dessa forma, diante de todas essas situações, o judiciário se vê cada vez mais obrigado a resolver conflitos e incertezas da população gerada pela polarização política, os quais nem mesmo o próprio legislativo sabe mais as verdadeiras interpretações das normas que fizeram, gerando mais insegurança jurídica.

## **AS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS**

Essa insegurança jurídica gerada, isto é, incerteza de qual a resposta jurídica correta, a fim que seja adotada pelos agentes econômicos é uma assimetria informacional no mercado, que nada mais é que uma “falha de mercado”. A assimetria da informação é a ausência da completude de informações para os agentes econômicos agirem no mercado. Essas incompletudes são comuns no mercado, visto que nem todos os agentes econômicos (compradores e vendedores) conhecem todas as vantagens e desvantagens da transação econômica. Entretanto, manter o mercado “às cegas”, com relação a decisões judiciais, que devem ser mais concisas e exatas possíveis, é um entrave à obtenção de relações econômicas mais eficientes (RIBEIRO; GALESKI, 2009).

Além disso, essas incompletudes acabam gerando certos custos de transação, que serão embutidos nos preços, pela incerteza do agente econômico de sua vitória ou perda no judiciário em eventual revisão do negócio jurídico. Conforme Sztajn (2004, p. 9), são “aqueles custos que, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos por agentes, mas que decorre de conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante o exposto, percebe-se que a fragilização constitucional, conjuntamente com o agravamento da polarização política gera uma percepção da população de inconsistência de decisões, e até mesmo de erro na técnica jurídica. Isto é, a população constrói, ou é induzido a construir

por fake news, que a resposta jurídica mais desejável perante o ordenamento não está sendo feita pelo judiciário, em especial a Suprema Corte.

Essa insegurança jurídica ficta, criada no imaginário popular, agrava uma desconfiança e conseqüentemente uma descredibilização do poder judiciário.

Assim, a descredibilização do guardião do direito e a sensação de incerteza da resposta quando buscado o poder judiciário traz consigo instabilidade no mundo negocial. É intuitivo, concluir que no mercado a incompletude da informação jurídica é a mais indesejável, visto que essa é a “instância recursal” de todas as outras.

Dessa forma, a assimetria informacional é onerada em todos os agentes, não havendo igualdade no conhecimento jurídico, pois essa não depende apenas de sua literalidade, mas, na verdade da análise ao caso concreto. Isso causa um aumento de preços, tendo em vista que o agente econômico irá embutir em seu produto e/ou serviço de eventuais revisões contratuais de seus consumidores.

Em síntese, a reorganização das lideranças conservadoras conseguiram reativar sua majoritariedade política, em países emergentes, utilizando-se de argumentos anti-*status quo* usando em seu favor um desgaste econômico e distanciamento de um Estado mais especializado do povo. Essas narrativas causaram um confronto político-ideológico, e conseqüentemente uma polarização política, na qual abarcou o poder judiciário instalando-se técnicas do Hardball Constitucional, a fim de se estabelecer mais espaços de poder no Estado. A mitigação e descredibilização das cortes constitucionais e ao poder judiciário, constitui uma incerteza e descrença em suas decisões.

Dessa forma, neste cenário brasileiro há certa insegurança jurídica, mesmo que ficta, ao sistema de justiça, e ela afeta aos agentes econômicos que ou deixam de entrar no mercado brasileiro por falhas de mercado de assimetria da informação jurídica ou tem que embutir o preço dessas incertezas em seus produtos e/ou serviços. Ou seja, a polarização política, assim como o fenômeno da catimba constitucional em paralelo, tem como consequência grandes impactos para a economia nacional.

## REFERÊNCIAS

BOMEY, Nathan. *Bridge Builders: Bringing People Together in a Polarized Age*. 1st ed. Wiley, 2021.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões Vinculantes*. Revista de Processo. São Paulo, a. 25, n. 100, p. 166-192, out/dez. 2000. P. 168

GLEZER, Rubens. *Catimba constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

GRABER, Mark A. *What's in crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism, and the Fate of Constitutional Democracy*. In: LEVINSON, Sanford; GRABER, Mark A.; & TUSHNET, Mark. *Constitutional democracy in crisis?* New York: Oxford University Press, 2018.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. Harlow, England: Penguin Books, 2019.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

MORAIS, José Luiz Bolzan; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. *Fake News: A Desinformação na Era Digital e a Afetação da Democracia*. (Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Jose+Luis+Bolzan+de+Morais+e+Adriana+Martins+Ferreira+Festug.pdf/7b292ecb-017b-474b-1d06-f9e28af1c551>).

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SABA, Diana Tognini et al. *Fake news e eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020; Eduerj.

SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo CPC*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, n. 133, p. 7-31, jan.-mar. 2004

TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. *Rivista trimestrale di Diritto e procedura Civile*. Milano: v. 55, n. 1, p. 11-31, 2001.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, vol. 37, p. 523-553, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Cia das Letras, 2018

ZENATI, Frédéric. *La notion de divergence de jurisprudence* In: PASCAL, Ancel; RIVIER, Marie-Claire. *Les divergences de jurisprudence*. Saint-Étienne: Université de Saint-Étienne, 2003.



# AS MUDANÇAS NOS PADRÕES DE CONSUMO E A NECESSIDADE DE REVISÃO TEMPORAL DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA COMO MECANISMO DE INCLUSÃO SOCIAL

Changes in consumption patterns and the need for a temporal  
review of tax selectivity as a mechanism for social inclusion

Andrei de Oliveira<sup>1</sup>  
Yduan de Oliveira May<sup>2</sup>  
Guilherme Delfino Gueiral<sup>3</sup>

- 
- 1 Pesquisador do DISE - grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica; Mestrando em Direito (UNESC). Graduado em Direito pela Universidade do Sul do Estado de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Direito Tributário pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI/Ânima. E-mail: andrei@amarantemadeira.adv.br.
  - 2 Prof. Dr. Yduan de Oliveira May (PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, ym@unesc.net);
  - 3 Pesquisador do DISE - grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica; Mestrando em Direito (UNESC). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Damásio. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera. E-mail: guilhermegueiral@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Propõe-se uma análise acerca da aplicação do instituto denominado seletividade tributária como mecanismo de inclusão social diante das mudanças nos padrões de consumo havidas. Parte-se do questionamento de como a técnica da seletividade tributária pode contribuir para a inclusão social, considerando-se que, com base no referido instituto, produtos essenciais e consumidos pela grande massa devem ter uma menor carga tributária, ao contrário daqueles considerados supérfluos (MOREIRA, 2016, P. 97)

Assim, a pergunta de pesquisa propriamente dita é em que medida a mudança dos padrões de consumo da sociedade deve ser levada em consideração na aplicação da seletividade tributária em vistas a efetivação da inclusão social? Inicialmente, e de modo empírico, tem-se que com a evolução da sociedade e sobretudo o surgimento de novas tecnologias, os produtos consumidos massivamente pela população sofrem alterações nos padrões.

Toma-se por exemplo a internet. Em meados dos anos 80, poucos eram os espaços que tinham tal tecnologia à disposição, sendo reservados em sua grande parte a ambientes acadêmicos, e aos que podiam pagar pelo escasso serviço. Entretanto com a chegada dos anos 2000, e uma grande difusão desta tecnologia, inclusive pelo poder público, a internet tornou-se necessária à sociedade, estando presente em residências, espaços laborais e ambientes públicos (GONÇALVES, 2018). Claramente, houve uma alteração no padrão de consumo, vez que, uma tecnologia acessível a poucos, tornou-se algo essencial.

A carga tributária deste serviço, por sua vez, não acompanhou o raciocínio lógico da essencialidade. A ideia é que, pela técnica da seletividade tributária, adotada pelos estados brasileiros, produtos essenciais tenham menor carga tributária. O serviço de disponibilidade de internet possui uma alíquota de ICMS em Santa Catarina, por exemplo, de 25%, carga idêntica as bebidas alcoólicas, cigarro e outros produtos supérfluos, estando inclusive acima da alíquota padrão do Estado, que é 17% (SANTA CATARINA, 1996).

Diante disto, nossa hipótese é no sentido de que as mudanças nos padrões de consumo da sociedade devem ser acompanhadas pela legislação tributária, sobretudo pela aplicação da técnica da seletividade tributária, o que a nosso ver, trará a efetivação da inclusão social, vez que produtos

essenciais devem ser menos tributados pois são consumidos pela grande massa da população, e sem uma “revisão” da legislação tributária, ter-se-á uma estagnação legislativa e um desacordo com os padrões de consumo.

Os mais abastados financeiramente certamente podem pagar pelos produtos com alta carga tributária, todavia, a população que integra a menores faixas de renda fica tolhida de acessar bens e serviços essenciais que possuam uma grande exação.

O objetivo geral deste trabalho é compreender em que medida deve-se considerar, na aplicação da seletividade tributária, as mudanças dos padrões de consumo da sociedade, para a realização da almejada inclusão social. Os objetivos específicos são descrever os institutos da seletividade tributária e da essencialidade; Analisar as mudanças de padrão de consumo e sua correlação com a essencialidade; Comparar a tributação de determinados produtos, em vistas a examinar se há ao menos uma busca pela inclusão social.

Efetua-se a revisão da literatura e da legislação em vistas a descrever os conceitos de justiça fiscal, seletividade tributária e essencialidade dos bens e serviços. Para analisar as mudanças de padrão de consumo, efetuamos análise quantitativa nos dados de consumo das famílias, disponíveis no sistema do IBGE, e na supridora de energia catarinense CELESC, e os marcos legais relativos a produtos e serviços específicos, a saber, internet, energia elétrica, microcomputadores e celulares, os quais, notadamente tiveram um aumento no consumo. E, realiza-se estudos na produção contemporânea científica e legislativa acerca do tema inclusão social através da tributação, realizando comparações entre as alíquotas de produtos essenciais e não essenciais e a aplicação ou não da seletividade tributária sobre eles.

## **DESENVOLVIMENTO**

Realiza-se inicialmente uma explanação acerca dos conceitos dos institutos da seletividade tributária e da essencialidade, em vistas a trazer ao leitor a compreensão destes e situá-lo na pesquisa.

O sistema constitucional tributário brasileiro se valeu da técnica denominada seletividade tributária em razão da essencialidade dos produtos e serviços. Tal medida foi positivada de modo expreso no texto constitucional de 1988, entretanto, fora delegada aos Estados membros a competência para a aplicação da mesma.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...]

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços; (BRASIL, 1988)

Desde já se percebe que compete aos Estados membros legislar acerca do instituto da seletividade, aplicando-se o mesmo com base na essencialidade dos produtos.

Acerca do instituto da essencialidade propriamente dita, tem-se que se trata de uma característica dos produtos e serviços que a coletividade, ou seja, um maior número de habitantes do país faz uso, e que de fato, são necessários, ao contrário daqueles que somente as altas camadas de maior poder aquisitivo acessam, que em regra são de alto valor. (BALEEIRO, 1977, p. 90, apud MOREIRA, 2016)

Na mesma linha de pensamento, a seletividade tributária em razão da essencialidade encontra guarida na legislação, conforme já explicado, e pode ser compreendida, à luz dos estudos desenvolvidos em sede de doutorado de Mesquita (2020, p. 62), no sentido de que deve haver uma tributação graduada em razão da essencialidade de cada produto, ou seja, de acordo com suas características no ponto em que mercadorias mais essenciais devem ter uma adequação da tributação.

Trata-se de uma forma de tributar privilegiando uma carga tributária menor aos produtos que são mais necessários a maior parte da população. Tal premissa inaugura a exposição acerca do termo justiça fiscal, que, ao fim ao cabo, é o maior objetivo do sistema tributário pátrio, uma justa tributação. Faz-se uma advertência ao fato de que o presente trabalho não busca exaurir a produção de conhecimento ou a legislação com relação aos temas aqui abordados, mas tão somente expor de forma sistematizada os tópicos abordados no trabalho original.

Ainda, com relação ao tema justiça fiscal, ou justiça tributária, prudente enfatizar que a delimitação deste tema perpassa os domínios do conhecimento humano, vez que conforme Santos (2020, p. 19) há um conceito multidimensional de justiça. Os ramos do conhecimento, e em especial do direito são interligados e não isolados, assim, traçar-se-ão ele-

mentos atinentes ao conceito de justiça fiscal e não necessariamente o conceito final de tal instituto.

Tem-se, portanto, não uma delimitação conceitual estática, mas complexa e que necessita de observância de que, embora se almeje a justiça, sempre haverá uma certa parcela de injustiça e desigualdade no sistema tributário. A Justiça Fiscal, portanto, é o objetivo fim de diversos elementos componentes do regramento tributário, dentre os quais o presente trabalho aprofunda-se na seletividade e essencialidade tributária.

Diante dessas premissas, necessário fez-se no corpo da pesquisa de se expor os dados quantitativos relativos a existência ou não de mudanças nos padrões de consumo da sociedade, em vistas a analisar-se, ao fim, a relevância de tais dados para a aplicação do instituto da seletividade tributária, através de revisões temporais, o que, espera-se, poderia trazer inclusão social aos contribuintes, sobretudo aqueles das mais baixas camadas de renda.

Analisando-se os dados disponíveis na rede mundial de computadores, pode-se observar uma drástica mudança nos padrões de consumo dos produtos e serviços ora estudados, os quais são energia, internet, celulares e computadores, notadamente, produtos relacionados ao mundo digital.

Com relação aos padrões de consumo de energia, em consulta às bases de dados históricas do IBGE, observou-se um aumento do número de residências com acesso à energia elétrica, entre os períodos de 2001 a 2015. Em 2001, havia 45.531.000 domicílios com iluminação elétrica, e cerca de 1.889.000 sem. Em 2015, todavia, havia 67.840.000 domicílios com iluminação elétrica, enquanto apenas 197.000 não.

Ainda, em vistas a trazer maior riqueza de dados, efetuamos uma análise a partir da base de dados da supridora catarinense de energia elétrica, CELESC, que possui um histórico da quantidade de unidades consumidoras (UC) com marco inicial em 1994. Para operacionalizar a presente pesquisa, utilizamos os dados correspondentes a um intervalo de 20 anos, entre 01/2000 e 01/2020. Em 01/2001 haviam cerca de 1.645.117 unidades consumidores ligadas, enquanto em 01/2020 haviam cerca de 3.061.299 unidades ligadas, totalizando uma diferença de cerca de 1.416.182.

Percebe-se que, estamos falando de dados referentes a anos posteriores a 2000, ou seja, época em que a energia já estava amplamente difundida. Para elucidar ainda mais a pesquisa, a base de dados da CELESC possui um quantitativo do consumo em MWh, o que demonstra um amplo au-

mento do consumo de energia. O consumo em 01/2000 foi de 963.564,955 MWh, enquanto em 01/2020 foi de cerca de 2.302.750,286 MWh, o que resulta em uma diferença de consumo de 1.339.185,331 MWh.

Com relação às mudanças do padrão de consumo de internet, tem-se um cenário semelhante de ampliação do consumo. Realizamos a análise das bases de dados do IBGE a qual compilamos abaixo a diferença entre os períodos de 2003 e 2015. Em 2003 cerca de 5.720.000 residências tinham acesso à internet, enquanto em 2015 o número era de cerca de 27.535.000, totalizando um aumento de 21.815.000 residências com acesso à internet.

Situação semelhante ocorreu com relação à existência de Celulares (desassociados de telefones fixos), e Microcomputadores por residência, no mesmo período de 2003 a 2015. Em 2003 haviam 7.641.000 residências que possuíam computadores e 5.602.000 com celular. Em 2015 o número de residências com microcomputador subiu para 31.420.000 e o número relacionado a existência de celulares para 39.476.000, o que resulta em uma diferença de residências com microcomputador de 23.779.000 a mais e de com celular de 33.874.000 a mais.

Sabe-se que a referida pesquisa realizada pelo IBGE não reflete com exatidão a realidade dos domicílios brasileiros, entretanto, fornece dados relevantes para a presente pesquisa, e para a compreensão da evolução no consumo de itens relacionados à integração digital o que certamente, contribui para a inclusão social.

Em consulta ao ordenamento jurídico pátrio, percebe-se que houve iniciativas do poder legislativo para o consumo dos itens acima estudados, a exemplo da lei 9.742 de 1997, que estabelecia como dever do poder público “garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas” e “estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira”. (BRASIL, 1997)

Restou claro, portanto, que o poder público incentivou a expansão do acesso digital, o que contribuiu para uma mudança no padrão de consumo referente a tais itens, os quais passaram de acessos restritos às altas camadas de renda da sociedade, para uma popularização a grande parte da população.

Cotejando-se esta evolução de consumo, com os conceitos traçados de seletividade tributária com base na essencialidade e de justiça fiscal, pode-se perceber a necessidade de que tais produtos, sem excluir

todos os demais que tenham sofrido situação semelhante, devem ter um tratamento tributário adequado, notadamente com alíquotas reduzidas, em vistas ao cumprimento dos preceitos da justiça tributária.

Adentra-se, portanto, no ponto em que o direito tributário pode, aqui no sentido de poder/dever, ser instrumento de inclusão social, vez que, através da aplicação das técnicas devidas, proporciona o acesso igualitário aos bens de consumo, e serviços essenciais. Ribeiro (2008, apud Rêgo, 2019, p. 102) escreve que a tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da população, atuando de fato, como interventor social, em vistas a maior justiça e possibilidade de acessos à população.

Nesta linha de entendimento, tem-se que determinados produtos, possuem uma carga tributária menor do que outros, a exemplo dos itens da cesta básica de alimentos<sup>4</sup>, os quais no estado de Santa Catarina possuem redução na base de cálculo do ICMS de 41,667% ou 58,823% a depender do produto. Claramente, os produtos que integram a cesta básica de alimentos são essenciais, de modo que a aplicação desta benesse tributária cumpre o papel de inclusão social, ao proporcionar um preço menor em tais produtos. A nosso sentir, o raciocínio aplicado a estes produtos que são essenciais, deve ser igualmente aplicado aos demais produtos essenciais.

Entretanto, embora tenha-se a previsão constitucional, e o legislador catarinense, a exemplo, tenha adotado a técnica da seletividade em razão da essencialidade, conforme observou-se no parágrafo retro, tal premissa não se aplica na prática aos produtos analisados nos quadros anteriormente apresentados.

As alíquotas de ICMS sobre energia elétrica e sobre os serviços de telecomunicação no estado de Santa Catarina possuem há um longo lapso temporal, especificamente desde 2001 e 1996 respectivamente, um percentual de 25% (SANTA CATARINA, 1996) (SANTA CATARINA, 2001)- não nos olvidemos da alíquota de 12% de ICMS para o consumo de energia de até 150 KWh (SANTA CATARINA, 2001), entretanto, a média brasileira de consumo por residência é superior<sup>5</sup>, e a benesse se aplica somente a consumidores residenciais, o que faz a redução tributária ter efeito mitigado.

---

4 Itens como Arroz, Farinha de trigo, macarrão, pão francês, feijão e outros, constantes no artigo 11 – A e 11 – B do Anexo 2 do RICMS/SC.

5 O consumo médio do Brasil é 165,25 KWh em 12/2019, e superior a 150KWh em todo o ano de 2019, conforme pesquisa da Eletrobrás/Procel.

Do mesmo modo, os equipamentos eletrônicos estudados a título de exemplo neste trabalho, microcomputadores e celulares, possuem uma carga tributária alta no Estado de Santa Catarina, especificamente de 17%, que é alíquota geral do RICMS/SC (SANTA CATARINA, 2001). Em contraste, alguns produtos que notadamente não são essenciais possuem alíquotas idênticas aos produtos destacados nesta pesquisa, tais como cigarro e bebida alcoólica, que possuem alíquota de ICMS de 25% igualmente à energia elétrica e internet, e produtos como joias e salgadinhos de batata, que possuem alíquota de 17%, conforme previsão no RICMS/SC. (SANTA CATARINA, 2001)

Percebe-se, portanto, a discrepância entre os preceitos constitucionais e a aplicação do direito tributário, com relação a certos produtos e serviços, o que nos leva a seguinte conclusão: de fato, o legislador catarinense tem aplicado a técnica da seletividade tributária em razão da essencialidade de determinados produtos, entretanto, tal premissa não é válida para todos os produtos. Isto se dá, ao que nos parece, pelas mudanças havidas nos padrões de consumo, desde a edição da legislação de regência tributária, aqui, especificamente ao Estado de Santa Catarina, tomado como exemplo deste estudo.

Até o presente momento, confirma-se a hipótese de que deve haver observância das mudanças dos padrões de consumo na aplicação da seletividade tributária em razão da essencialidade, o que ensejará, ao menos em certa medida, a inclusão daqueles que carecem de tais produtos/serviços necessariamente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em síntese, com a coleta de dados nos órgãos disponíveis, bem como a análise da legislação tributária trouxe à tona a compreensão de que o sistema tributário efetivamente aplica a técnica da seletividade tributária em razão da essencialidade, todavia, as mudanças nos padrões de consumo fazem com que o sistema fique relativamente defasado, vez que produtos e serviços que antes eram acessíveis apenas às camadas superiores da sociedade, passaram a fazer parte do cotidiano da maioria da população, tornando-se essenciais à vida em sociedade.

A falta de evolução legislativa, no sentido de considerar produtos como artigos eletrônicos e serviço de internet como itens essenciais impede, ou ao menos dificulta, o acesso de parte da população a estes itens, contribuindo para um contexto de injustiça fiscal, no ponto em que o tri-

buto gera referidos entraves. Não há como prever a periodicidade em que se darão as mudanças nos padrões de consumo da população, mas é certo que de acordo com a evolução da sociedade, em especial em relação às tecnologias que surgem, seja no ramo de telecomunicações, informática ou alimentação, deve haver uma revisão do sistema tributário em vistas ao cumprimento do preceito constitucional de inclusão social através de uma tributação mais adequada.

A arrecadação tributária possui um fim precipuamente fiscal, para fornecer aos cofres públicos os recursos necessários para a consecução do fim estatal, entretanto, ao mesmo tempo, a exação deve se dar de forma a preservar os preceitos constitucionais do *Welfare State*.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.* Diário oficial da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm#:~:text=L9472&text=LEI%20N%C2%BA%209.472%2C%20DE%2016%20DE%20JULHO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20dos,Constitucional%20n%C2%BA%208%2C%20de%201995](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm#:~:text=L9472&text=LEI%20N%C2%BA%209.472%2C%20DE%2016%20DE%20JULHO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20dos,Constitucional%20n%C2%BA%208%2C%20de%201995). Acesso em: 08/06/2022.

CELESC. *Dados de Consumo*. 2021. Disponível em: <https://www.celesc.com.br/home/mercado-de-energia/dados-de-consumo>. Acesso em 14/06/2022.

ELETROBRÁS/PROCEL. *PPH – Programa de Posse e Hábitos 2019 – Domicílio*. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNzZkNjZiZDMtOWE3MC00MTU1LTg1NmQtMjM5ZGFjNTFjMTY2IiwidCI6IjhhMGZmYjU0LTk3MTYtNGE5My05MTU4LTllM2E3MjA2ZjE4ZSJ9>. Acesso em 16/06/2022.

GONÇALVES, Lucas Henrique. *A universalização da internet: a evolução do Brasil no panorama global*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55201>>. Acesso em 07/06/2022.

HAMMES, Leila Viviane Scherer; KUNTZ, Tatiele Gisch. *Educação e cidadania fiscal: um instrumento de justiça e inclusão social*. Seminário Nacional Demandas

Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul, 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/22036>. Acesso em 11/06/2022.

IBGE. Sistema IBGE de Recuperação Automática – SIDRA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Tabela 2387 - Domicílios particulares permanentes e Moradores em domicílios particulares permanentes, por classes de rendimento mensal domiciliar e existência de microcomputador, acesso à Internet e tipo de telefone*. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/2387>. Acesso em: 16/06/2022

IBGE. Sistema IBGE de Recuperação Automática – SIDRA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Tabela 1959 - Domicílios particulares permanentes e Moradores em domicílios particulares permanentes, por classes de rendimento mensal domiciliar, situação do domicílio e iluminação elétrica*. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/1959>. Acesso em: 16/06/2022

MESQUITA, Cassio Vinícius Henrique Silva da Rocha. *ICMS e o princípio constitucional da seletividade tributária: efetividade da sua aplicação no paradigma do Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_Cassio-ViniciusHenriques-SilvaDaRochaMesquita\\_8282.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Cassio-ViniciusHenriques-SilvaDaRochaMesquita_8282.pdf). Acesso em 16/06/2022.

MOREIRA, Bernardo Motta. *A seletividade e a progressividade das alíquotas de IPVA como realização da justiça fiscal*. In: DERZL, Misabel Abreu Machado; MELO, João Paulo Fanucchi de Almeida. (Coord). JUSTIÇA FISCAL. Belo horizonte: Del Rey, 2016. P. 97 – 113.

SANTA CATARINA. *Decreto 2.870 de de 27 de agosto de 2001. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação do Estado de Santa Catarina*. Diário Oficial do Estado. Disponível em: [https://legislacao.sef.sc.gov.br/html/decretos/2001/dec\\_01\\_2870.htm](https://legislacao.sef.sc.gov.br/html/decretos/2001/dec_01_2870.htm). Acesso em 07/06/2022.

SANTA CATARINA. *Lei 10.297 de 26 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e adota outras providências*. Diário Oficial do Estado. Disponível em: [148](http://legis-</a></p></div><div data-bbox=)

lacao.sef.sc.gov.br/consulta/views/Publico/Frame.aspx?x=/html/leis/frame\_leis.htm.Acesso em 07/06/2022.

SANTOS, Marivaldo Andrade dos. *Justiça fiscal: A promoção da efetividade dos direitos fundamentais do contribuinte Mestrado em Direito Constitucional e Processual Tributário. Dissertação de Mestrado.* Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em direito. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/24806/1/Marivaldo%20Andrade%20dos%20Santos.pdf>. Acesso em: 04/06/2022.

RÊGO, Hiolanda Silva. *Ação afirmativa no âmbito tributário para a inclusão do negro no mercado de trabalho do estado da bahia.* Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito. Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/30633>. Acesso em: 16/06/2022.



# VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE COMO MECANISMO FACILITADOR NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

*Value-principle fraternity as a facilitating  
mechanism in conflict resolution.*

Marco Silva Rieth<sup>1</sup>  
Yduan de Oliveira May<sup>2</sup>

- 
- 1 Marco Silva Rieth mestrando em Direito - UNESC, Pesquisador no DISE, grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), marcorieth12@gmail.com.
  - 2 Yduan de Oliveira May, PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), ym@unesc.net.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca a aplicação da Fraternidade como valor-princípio a fim de ser um mecanismo facilitador na resolução de conflitos.

O problema reside que o atual escopo jurídico se limita a tratar da resolução de conflitos de forma engessada, ao passo que a valor-princípio Fraternidade como mecanismo facilitador rompe com esta concepção, buscando o denominador comum.

Ou seja, a Fraternidade, como valor-princípio, pode atuar como um instrumento facilitador a ser apresentado as partes envolvidas, potencializando se vislumbrar a resolução almejada, que muitas vezes ainda não foi sequer apreciada como factível.

Nesse sentido, há a hipótese de que o valor-princípio possa romper o paradigma de que o operador jurídico não seja um mero reprodutor da lei e do conflito, e diante deste instituto jurídico reflita sobre a questão em sintonia aos impactos de pensar em sociedade.

O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, de natureza qualitativa, abrangendo referências bibliográficas, diplomas legais e jurisprudência sobre o tema.

## DESENVOLVIMENTO

A Fraternidade pode ser considerada como um valor-princípio, e a sua consagração está pautada na Constituição Federal de 1988. Também, trata-se de um desdobramento da valor máximo alçado no texto constitucional, que se trata da dignidade da pessoa humana na sua máxima eficácia, uma vez que todos devem merecer essa guarida, sem existir qualquer tipo de distinção (BRASIL, 1988).

Salienta-se que o estudo da Fraternidade como valor-princípio aqui apresentado, há como a utilização do marco teórico a referência bibliografia da professora Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Além do marco teórico em si, a própria instrumentalização prática da Fraternidade como valor-princípio é de construção de sua autoria.

Diante desta temática, o alinhamento do entendimento da Fraternidade enquanto valor e um bem relacional figura na perspectiva de que: “[...] a Fraternidade é um bem relacional, que faz parte da consciência humana, que necessita ser vivenciada, permitindo o exercício de uma vida digna para todas as pessoas (OLIVEIRA; CASTAGNA, 2021, p. 349).

No mesmo sentido, a Fraternidade é alçada ao um valor universal, disposta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, nos termos do Art. 1º “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de Fraternidade” (DUDH, 1948).

Na linha da Fraternidade tratada como valor-princípio, evidencia-se como um desdobramento natural da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Oliveira e Castagna (2021, p. 353):

Infere-se neste quarto aspecto da Fraternidade que o elo essencial apto a unir pessoas é, precisamente, o seu aspecto “humano” e como tal todo ser humano merece tratamento digno, havendo de ser reconhecido perante o Direito como tal. Exemplo concreto disto é o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DH), ao estipular que “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

A ambivalência da Fraternidade é situada ora como valor, ou ora como princípio, segundo lecionam Oliveira e Castagna (2021, p. 350):

Por outro lado, esta dimensão relacional da Fraternidade, como valor, não está sozinha. Junto a ela, se coloca a sua dimensão jurídica, enquanto princípio acolhido pelo Constitucionalismo moderno, quando algumas Constituições, de forma direta ou indireta começaram a inserir a Fraternidade, ora como valor, ora como princípio

A esse respeito, a Fraternidade pode ser considerada um instrumento facilitador, e ainda, um mecanismo necessário para alterar os comportamentos e as responsabilidades que cada um deve ter consigo e para com o outro, enquanto membros da família humana (OLIVEIRA; CASTAGNA, 2021, p. 362).

A Fraternidade é também alçada como valor-princípio na Constituição da República Federativa de 1988. A Fraternidade ao lado da igualdade e da liberdade amparam o adequado Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA; NICKNICH, 2020, p. 2).

Em paralelo, a Fraternidade é enxergada diante da relevância há de obter a dignidade de todos os indivíduos, segundo Oliveira e Castagna (2021, p. 350):

Sendo assim, uma relacionalidade fraterna, pode ser uma atitude de superação do discurso liberal e individualista, caracterizado pelos egoísmos particulares que mesmo na atualidade, não deixam que na prática exista uma convivência voltada para o Outro, para o Nosso, para o Coletivo, resultando no desrespeito à dignidade de todas e todos os seres humano

A acepção da Fraternidade como valor-princípio é visualizada no texto da Constituição Federal de 1988, conforme lecionam Oliveira e Castagna (2021, p. 363):

Além disso, se verificaram os elementos que caracterizam a Fraternidade enquanto categoria axiológica e jurídica, demonstrando que é princípio fundamental, inscrito no Preâmbulo da Constituição de 1988, baseado na unidade comum entre os seres humanos, de forma pacífica, consensual e relacional em torno dos Direitos Humanos, especialmente na dignidade da pessoa humana, gerando direitos e, também, obrigações perante a comunidade humana

No mesmo rumo, diante do seu acolhimento constitucional, verifica-se que é importante trazer a concisão da Fraternidade como um valor-princípio, que não se limita aos aspectos morais e religiosos, conforme o entendimento esboçado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (STF, 2016):

- a) O princípio da Fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A Fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a Fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;
- b) A Fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);

A Fraternidade traz direitos, mas ao mesmo tempo, implica o ônus de obrigação e responsabilidade, conforme Oliveira e Castagna (2021, p. 353):

Dessa forma com a caracterização da Fraternidade é possível afirmar que a mesma é um princípio fundamental, inscrito na Constituição Federal de 1988, baseado na unidade comum entre os seres humanos, de forma pacífica, consensual e relacional em torno dos Direitos Humanos, especialmente na dignidade da pessoa humana, onde as diferenças e divergências não devem ser motivo de desrespeito tampouco de segregação ou exclusão. Ao contrário, pois além de gerar Direitos, abarca também compromissos e responsabilidades para com todos os membros da “comunidade humana”, seja ela nacional, internacional ou global.

Diante de um mundo sistêmico e conturbado, a noção de pequenos verbos acima ilustrados, tais como, “defender”, “conversar” e “cuidar”, são os que podem fazer crer em uma mudança positiva, ainda que a melhor compreensão é que todos eles devem estar concatenados e não isolados entre si.

Ao ter a compreensão deste entendimento, canaliza-se que não basta apenas reivindicar os direitos, e sim assumir a responsabilidade com o outro a fim de almejar o “nosso”, no sentido de almejar a sociedade de forma coletiva em respeito à dignidade de todos os seres que fazem parte da família humana (OLIVEIRA; CASTAGNA, 2021, p. 363).

A questão relacional está direcionada a interligação de cidadão para com outro cidadão, ou do cidadão com a comunidade, e também, aliado à participação do Estado (OLIVEIRA; CASTAGNA, 2021, p. 350).

Deste modo, a finalidade é verificada a fim de sua dimensão relacional e jurídica ser aplicada em múltiplas possibilidades para a humanidade, e ainda, nas mais diversas áreas, conforme explica Oliveira e Castagna (2021, p. 348):

O valor-princípio Fraternidade em suas dimensões relacional e jurídica oferece múltiplas possibilidades para a Humanidade, nas mais diversas áreas, pois admite uma abrangência e riqueza de sentido suficientes para perpassar os mais diferentes campos e situações com os quais os juristas deparam-se, permitindo uma abordagem distinta daquela que comumente se aplica no Direito, uma vez que, seu enfoque é o reconhecimento do Outro considerado em sua condição de ser dotado de dignidade por ser humano.

A questão do individualismo exacerbado também é fruto da compreensão de que os princípios da liberdade e da igualdade ganham

o devido protagonismo, enquanto o instituto da Fraternidade foi ignorado em muitas das constituições modernas, conforme Oliveira e Castagna (2021, p. 350):

É importante lembrar que o Princípio da Liberdade abarca os direitos políticos e civis e o Princípio da Igualdade abrange os direitos sociais, econômicos e culturais. Porém, desde o início do Constitucionalismo moderno de características predominantemente liberais e individualistas, as primeiras Constituições modernas - Americana de 1787 e a Francesa de 1791 -, optaram por dar maior ênfase a Liberdade e a Igualdade, deixando de lado a Fraternidade, ou seja, afastando e impedindo a incorporação da Fraternidade enquanto valor-princípio

Isso significa que, a Constituição Americana de 1787, que foi a primeira Constituição escrita ocidental, e de igual modo, a Constituição da França de 1791, afastaram a implementação do valor-princípio da Fraternidade, o que desaguou para a mitigação deste instituto.

Sobre essa particularidade, o escopo social e jurídico devem estar intimamente relacionados a fim de salvaguardar o adequado entendimento do valor-princípio da Fraternidade, segundo os ensinamentos de Oliveira e Castagna (2021, p. 361):

Sem o reconhecimento social e jurídico do valor-princípio Fraternidade, as pessoas acabam buscando a realização de suas liberdades e igualdades, com base em suas individualidades, negando a Humanidade que é própria de todos os seres humanos

Essa perspectiva é substancialmente convalidada pela liberdade, igualdade, paz, justiça e fraternalmente compartilhada por toda a Humanidade (OLIVEIRA; CASTAGNA, 2020, p. 362).

A particularidade da Constituição na era pós-modernidade, figura no sentido de que o valor constitucional deve estar em sintonia aos contornos atuais. Nessa direção, leciona Oliveira e Nicknich (2020, p. 4):

A pós-modernidade implica na concepção de uma coexistência fraterna com ênfase na inclusão, no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da sustentabilidade, que significa entre tantas coisas, defender, conversar e cuidar.

Este compromisso repercute na responsabilidade e no dever jurídico, de modo que, necessita incumbir a todos, segundo Oliveira e Castagna descrevem (2021, p. 350):

[...] ou seja, um compromisso de todos os seres humanos e, de instituições públicas e privadas, que atuam em uma sociedade livre e plural para com o alargamento e concretização da liberdade e da igualdade, que ficam basicamente prejudicadas pela ausência do valor-princípio Fraternidade

Diante disso, a Fraternidade deve ser visualizada a partir do prisma que é possível os direitos individuais cederem espaço, e incluir também os direitos que envolvem o conjunto da sociedade, assim como, acompanhado dos deveres e responsabilidades que há para com o Outro (OLIVEIRA, 2020).

A Fraternidade utilizada como valor-princípio deve remeter à ideia de algo importante para o ser humano, e a categoria deve estar ligada ao um instrumento capaz de assegurar o direito à sustentabilidade (OLIVEIRA; NICKNICH, 2020, p. 2).

Isso porque, a Fraternidade em paralelo ao direito à sustentabilidade está pautada na interpretação que o comprometimento com a sustentabilidade se tornou um princípio, segundo o qual o uso dos recursos naturais deve satisfazer as necessidades da presente geração, e não pode de forma alguma comprometer a satisfação das necessidades das gerações futuras (OLIVEIRA; NICKNICH, 2020, p. 2).

Por essa razão, a Fraternidade é o instrumento pelo qual se irradia o direito à sustentabilidade, isto é, a Fraternidade atua na garantia para assegurar a concretização de tal direito, conforme elucidativamente abordado (OLIVEIRA; NICKNICH, 2020, p. 8).

Ou seja, vivencia-se a Fraternidade na sua essência. Seja no sentido de que não há como se preocupar com apenas os seus interesses individuais, na medida em que irá implicar em prejuízo ao próximo. Ou ainda, ao discernimento quanto aos problemas do imediatismo, que irá implicar o próprio seio familiar, tão longo na próxima geração.

O ambiente fraterno faz com que seja cultivado o comprometimento a ser algo próspero no sentido da longevidade, ao ser possível perpassar gerações humanas.

Ainda, a compreensão do entendimento da Fraternidade como valor-princípio faz com que a preocupação a ser proposta não fique adstrita puramente ao aspecto positivo, ou seja, limitado ao modelo legalista.

Até porque, em relação à Fraternidade, identifica-se que não há como ser imposta por uma instância superior ou exterior, uma vez que somente pode originar-se das pessoas humanas. Por isso, deve-se ter em vista que a Fraternidade reside em nós (MORIN, 2021, p. 12).

Há a necessidade de surgir indagações no ponto de vista do que é fundamental para todos os seres humanos. Ou ao menos ter como fundamento a razão de existir por trás da taxatividade da lei e não somente mantê-la porque assim se positivou o império da lei.

Ao atrelar a Fraternidade como valor-princípio traz também a noção de se sensibilizar com a realidade que um conflito emerge na sua camada social, de modo que, é possível promover um engajamento fraterno (OLIVEIRA, 2020).

O que naturalmente a Fraternidade começa a ocupar o plano institucional e político, favorecer a completa cidadania, a plenitude dos direitos e deveres e o respeito à dignidade de todas as pessoas humanas (OLIVEIRA, 2020). Nesse raciocínio, é evidente que ainda muito se trata sobre o rompimento do império da lei, mas pouco se explora o espírito da lei. Por isso, a Fraternidade como valor-princípio inicia-se desde a preocupação daquele futuro operador de Direito na qualidade jurista, conforme leciona Oliveira e Castgna (2021, p. 359):

Além disso, é importante esclarecer que no ambiente acadêmico, a compreensão de conteúdos teóricos e a prática - vivência relacional -, da Fraternidade é fundamental para se obter uma visão humanista do Direito, pois o objetivo do Curso de Graduação em Direito não pode ser o de apenas formar meros leitores e reprodutores da normas, mas antes disso, permitir que cada estudante possa entender e se sensibilizar com a realidade conflitual na qual está envolvido e, na medida do possível promover um engajamento fraterno quando da atuação no plano institucional e político.

A Fraternidade também deve ser visualizada no sentido de que todos os indivíduos possuem o escopo de ser um sujeito “egocêntrico” e “reflexivo-eu” a fim de se auto afirmar frente à sociedade. Tal necessidade advém da importância do ser humano preocupar-se com questões

de valor extintivo, como saber se alimentar, defender e a querer viver (MORIN, 2021, p. 12).

Igualmente, há outro escopo inerente ao ser humano, que se trata de um valor manifestado desde o nascimento, tais como o valor inato o recém-nascido espera pelo sorriso, pelo carinho, pelo afago, pelo olhar da mãe, do pai, do irmão, e etc. Ou seja, desde a infância precisa-se estar alinhado com aspectos que estão na órbita de “nós” e do “tu” (MORIN, 2021, p. 13).

Diante destas considerações, percebe-se que valores de autoafirmação devem estar em sintonia com os valores de cunho social, seja na perspectiva do núcleo duro do seio familiar, ou ainda, em sintonia com a sociedade que deve fazer parte e se sentir parte dela.

Nesse sentido, sintetiza-se Morin (2021, p. 13):

Os seres humanos precisam do florescimento do seu “eu”, mas este não pode produzir-se plenamente a não se no “nós”. O “eu” sem o “nós” se atrofia no egoísmo e sucumbe na solidão. O “eu” precisa pelo menos do “tu”, de uma relação de pessoa a pessoa afetiva e afetuosa. As fontes do sentimento que nos impulsionam na direção do outro, de modo coletivo (nós) ou pessoal (tu) constituem portanto as fontes da Fraternidade.

Ainda, Morin explica que a riqueza humana está situada na diversidade, e por isso, a importância da Fraternidade. A partir dela, encontra-se a compreensão, algo dificilmente vivenciado atualmente:

Não resta dúvida que a unidade humana se expressa na diversidade das pessoas e das culturas e que essa diversidade contém a unidade humana. Falemos de outro modo: a unidade humana é o tesouro da diversidade humana, a diversidade humana é o tesouro da unidade humana. Isso significa que compreender o outro requer o reconhecimento de nossa humanidade comum e o respeito das diferenças. Essas são as bases a partir das quais a Fraternidade poderia se desenvolver entre todos os humanos face ao nosso destino comum em uma aventura comum. Paradoxalmente, no momento atual, precisamos cada vez mais de Fraternidade humana que, por toda parte, volta a se fechar nas culturas particulares. (2021, p. 40-41)

Até porque, a convivência humanitária não pode estar atrelada somente à questão econômica, porque se assim o for, reduz o ser humano

a um “objeto de cálculo” com a única intenção de obsessão pelo lucro. A sociedade não pode se inclinar ao único imperativo de um pensamento fundado no cálculo e nas rentabilidades máximas (MORIN, 2021, p. 43).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identifica-se que a Fraternidade como valor-princípio contribui para a compreensão do direito na sua ambiência coletiva, ao reconhecer a importância do Outro na sua consagração dimensional e jurídica.

A questão dimensional está atrelada justamente a ser uma mecanismo facilitador de conflitos nas mais diversas relações humanas, ao permitir que as pessoas visualizem ser possível pensar desta maneira, uma vez que o individualismo por si só não se sustenta.

Em paralelo, a posição jurídica ocupa a ideia de direitos e deveres devem ser enfrentados com os mesmos ônus e responsabilidade, porque nada adianta insurgir direitos sem fazer jus às responsabilidades de forma ampla, e por isso, caminha-se na mesma linha a noção de atribuir deveres aos indivíduos.

A máxima da dignidade da pessoa humana deve ser valorada quando todos possam estar imbuídos, e para chegar neste perímetro de alcance, há de se levar em consideração a preocupação com o Outro esteja incluso e abrigado nesta vivência fraterna de ostentar direitos e fazer parte de uma relação jurídica capaz de atender e ceder direitos.

Diante disso, a Fraternidade como valor-princípio não se repousa a traçar, conforme já descrito, “balizas” ou atacar uma situação estanque, até porque esse é um dos fundamentos que se almeja mitigá-lo.

Deste modo, o cerne da questão reside na sua faceta de criar mecanismos que possam fazer com que os indivíduos não sejam meros reprodutores da lei, e contextualizar a solução para aquele problema específico, de modo que, a Fraternidade seja enfrentada como um instrumento apto a auxiliá-los a chegar neste denominador comum.

## REFERÊNCIAS

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: 05/07/2022

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 0206169-53.2016.8.21.7000* RS. 5ª turma. 17 nov. 2016. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 05/07/2022.

*DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04/06/2022

MORIN, Edgar. *Fraternidade: para resistir à crueldade do mundo*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Palas Athena, 2ª edição, 2021.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; CASTGNA, Fabiano Pires. *Educação, Direito e Fraternidade: O valor-princípio Fraternidade e a crise no ensino jurídico: repensando a formação dos atores do direito*. Instituto Brasileiro de Educação em Direitos e Fraternidade. Editora Ascres:Caruaru, 2021.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Pandemia, Direito e Fraternidade: um mundo novo nascerá: A pandemia da COVID-19 versus pandemia da violência contra as mulheres: a essencialidade da Fraternidade como aptidão para mudanças*. Instituto Brasileiro de Educação em Direitos e Fraternidade. Editora Ascres:-Caruaru, 2020.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; NICKNICH, Mônica. *A Fraternidade como valor-garantidor da sustentabilidade: um diálogo entre a proteção ilegal e a inclusão do “outro”*. 2020.



# A UNIFORMIZAÇÃO DE ARRANJOS INSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTO PARA A REGULAR CONSERVAÇÃO DA EMPRESA NO ÂMBITO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

The standardization of institutional arrangements as an instrument for the regular conservation of the company within the scope of the leniency agrément

Pedro Henrique Monteiro<sup>1</sup>  
Carlos Rodolpho Glavam Pinto da Luz<sup>2</sup>  
Yduan de Oliveira May<sup>3</sup>

- 
- 1 Pedro Henrique Monteiro, Mestrando em Direito (PPGD/UNESC), Pesquisador no DISE, grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), phmontt@gmail.com.
  - 2 Carlos Rodolpho Glavam Pinto da Luz, Mestrando em Direito (PPGD/UNESC), Pesquisador no DISE, grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), pintodaluzadvogados.com.br.
  - 3 Yduan de Oliveira May PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), ym@unesc.net.

## INTRODUÇÃO

A utilização de acordos de leniência para a solução de problemas de corrupção envolvendo empresas e o setor público foi inserida em 2013 no Direito brasileiro pela Lei n. 12.846, que ficou conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira. Essa solução foi implementada no contexto de um movimento internacional anticorrupção (KOEHLER, 2012) ocorrido duas décadas antes, que envolveu a assinatura de diversos tratados internacionais e a criação de leis anticorrupção em vários países.

O presente trabalho tem como problema identificar se a uniformização dos arranjos institucionais pode servir como instrumento para a regular conservação da atividade empresarial no âmbito do referido acordo de leniência, ante a insegurança jurídica causada pelos diferentes interesses de diversos órgãos estatais.

No âmbito dos acordos de leniência anticorrupção, as empresas ou outras entidades privadas têm interesse em minimizar as indenizações a pagar e normalizar suas atividades econômicas e contratos públicos o quanto antes.

A diversidade de agentes governamentais que podem atuar diante de condutas lesivas tornou os instrumentos de acordos de leniência altamente complexos e imprevisíveis, deixando as empresas ou outros atores sem a certeza que estão endereçando e negociando suas responsabilidades com o órgão adequado.

A hipótese é compreender que é necessária a uniformização de arranjos institucionais para uma consequente maior segurança jurídica, ante a necessidade de uma visão amplamente panorâmica que a empresa necessita ter para que possa visualizar o acordo de leniência como um instrumento consensual vantajoso para a conservação da empresa.

O objetivo geral é uniformizar os arranjos institucionais com o intuito de oferecer uma maior segurança jurídica para as empresas no âmbito do acordo de leniência como possível solução para a conservação da empresa.

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, pelas técnicas procedimentais de pesquisa bibliográfica e documental, abrangendo a análise de artigos, de doutrinas e de leis, com alicerce nos métodos de procedimento científico.

## DESENVOLVIMENTO

A ideia de que a atribuição investigatória das infrações da Lei Anticorrupção é exercida por meio de competência unilateral, o acordo de leniência permite a substituição de parcela desses atos unilaterais por um ato bilateral, no qual a Administração e particulares estejam mutuamente obrigados. (DA SILVA, 2018)

Na regulamentação legal do acordo de leniência (RIBEIRO, 2017) só ocorrerá à proposição do acordo se houver interesse da Administração na obtenção de novos elementos probatórios. A própria legislação dispõe que da colaboração deverá resultar a identificação dos demais envolvidos e a célere obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sobre apuração.

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi acolhido o argumento referente a possibilidade de o TCU sancionar empresas que lograram celebrar acordo de leniência com outras autoridades acabaria por fragilizar o instrumento legal, tornando ineficiente a ação estatal:

Assim, por todas as razões expostas, a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com os princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica. Embora a sanção de inidoneidade aplicada com base na Lei 8.443/1992 não esteja contemplada expressamente na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), a aplicação desta penalidade pela Corte de Contas resultará em ineficácia da cláusula que prevê a isenção ou a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013, pois os efeitos práticos das sanções mencionadas são semelhantes, senão coincidentes (BRASIL, 2020, p. 49).

No caso fático supracitado, foram impetrados mandados de segurança por empresas que celebraram acordos de leniência com alguma instituição estatal ou com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Em alguns casos específicos do caso em comento, empresas celebraram acordos de forma conjunta com a AGU e CGU e, em outras situações, com o MPF e o Cade. Porém, apenas uma empresa conseguiu assumir compromisso perante esses quatro órgãos.

Apesar de terem celebrado acordos de leniência, as pessoas jurídicas foram sancionadas ou ameaçadas de serem sancionadas pelo TCU pelos mesmos fatos objeto dos acordos. Por isso, as empresas demandaram por segurança para afastar a possibilidade de sofrerem sanção do TCU, momento em que o Supremo Tribunal Federal acolheu o argumento de que a possibilidade de o TCU sancionar empresas que lograram celebrar acordo de leniência com outras autoridades traria grande insegurança jurídica.

Na ausência de dispositivos normativos, o caminho a ser seguido é a cooperação institucional direta entre os órgãos governamentais envolvidos na questão. A definição prévia do papel de cada entidade, ainda que constituída por prática ou com base em acordo de cooperação, traria maior previsibilidade aos proponentes da leniência, além de reduzir o número de conflitos institucionais

Alguns debates têm indicado a necessidade de se criar um “balcão único” para as empresas interessadas em celebrar um acordo de leniência (MACEDO; SANT’ANA, 2019). A ideia de balcão único materializa o desejo da empresa de decidir claramente sobre os procedimentos que seguirá ao trabalhar com o Estado, abordando de forma única as questões pendentes que possa ter com o Estado perante todos os órgãos públicos legítimos.

Em agosto de 2020, o Ministério da Justiça, a CGU, a AGU e o TCU firmaram o Acordo de Cooperação Técnica em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei no 12.846, de 2013 (BRASIL, 2020). O instrumento busca estabelecer um conjunto de princípios aplicáveis à celebração de acordos de leniência, reconhecendo as competências de cada órgão e, em uma perspectiva mais operacional, medidas para garantir o reforço da cooperação e o consequente ambiente sólido ao acordo firmado.

Ocorre que a própria celebração de tal acordo não contou com a participação do MPF. Por meio de manifestação técnica (BRASIL, 2020), ele entendeu que o acordo não contemplava de forma adequada suas competências constitucionais e não contribuía para o incremento da segurança jurídica no regime legal dos acordos de leniência previstos na Lei no 12.846/2013.

Portanto, apesar dos esforços para estabelecer uma coordenação institucional, o acordo falhou em seu início ao não incluir o Ministério Público Federal. Desde então, algum tempo após a assinatura do acordo, não há notícias de que o acordo trouxe um melhor alinhamento institucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, de forma pragmática, quem atua em prejuízo da Administração Pública, avalia se os benefícios resultantes do acordo superam os seus custos, buscando firmar um acordo de leniência anticorrupção. Envolve basicamente o valor, prazos e condições que ela tem que pagar, além do dimensionamento dos efeitos das sanções penais.

As mudanças ocorridas no Brasil nos últimos anos penalizaram mais os casos de corrupção, o que torna atraente um acordo de leniência à medida que mitigam os custos à empresas e estimulam a confissão dos atos lesivos. No entanto, principalmente no que diz respeito à distribuição de poder entre os agentes públicos, os arranjos institucionais estabelecidos levam à instabilidade nos acordos de leniência anticorrupção, enfraquecendo a proposta original.

Os interesses dos órgãos públicos envolvidos na execução dos acordos de leniência variam de um participante para outro. O Ministério Público busca maximizar as condenações criminais e o valor que as empresas pagam. De forma semelhante, o Tribunal de Contas pretende uma indenização máxima. O ente lesado (União, estado, município, Distrito Federal ou suas entidades) busca minimizar o impacto na atividade econômica e maximizar o ressarcimento.

Com o desenho de um arranjo institucional complexo, com sobreposição de competências e divergência de vontades, os resultados demonstram haver dificuldades para harmonizar os interesses de todos esses participantes pela falta de delimitação do papel de cada um e de regras de coordenação, o que acaba impedindo que seja proporcionado uma maior segurança jurídica para as empresas para que participem do acordo de leniência.

## REFERÊNCIAS

BRASIL Controladoria-Geral da União; Advocacia-Geral da União; Ministério da Justiça e Segurança Pública; Tribunal de Contas da União. Acordo de Cooperação Técnica [...] *em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei no 12.846, de 2013*. Brasília, DF: República Federativa do Brasil, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/11/cgu-agu-e-pf-definem-procedimentos-para-troca-de-informacoes-sobre-acordos-de-leniencia-e-delacoes-premiadas/act.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL Ministério Público Federal. 5a Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. *Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada. Nota Técnica no 2/2020 – 5a CCR*. Nota Técnica da Egrégia 5a Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF), através de sua Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada (CPAALCP), sobre o Acordo de Cooperação Técnica assinado pela Advocacia-Geral da União (AGU) [...]. [Brasília, DF]: MPF, 2020b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf/view>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Mandado de Segurança 36.496/DF. Votoconjunto MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e MS 36.526. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de maio de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756394245>. Acesso em: 13 dez. 2021

DA SILVA, Rodrigo Chamorro. Acordo de leniência e compliance: perspectivas no enfrentamento da corrupção empresarial. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Fundação Escola do Ministério Público, Porto Alegre, 2018.

KOEHLER, Mike. *The story of the Foreign Corrupt Practices Act*. Ohio State Law Journal, [s. l.], v. 73, n. 5, p. 929-1.013, 2012. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/71554>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. *Balcão único para negociação de acordos de leniência no Brasil*. SSRN, [s. l.], p. 1-36, 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3424277](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424277). Acesso em: 16 jun. 2022.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 233.

# O ESTÍMULO DA EDUCAÇÃO DO TITULAR DOS DADOS PESSOAIS: UM MECANISMO DE PROTEÇÃO CONTRA A EXCLUSÃO SOCIAL DO CONSUMIDOR

The stimulus of education of the holder of personal data: a protection mechanism against the social exclusion of the consumer

Larissa Oliveira Palagi de Souza<sup>1</sup>  
Mariany Oliveira Barcelos<sup>2</sup>

- 
- 1 Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada. Pesquisadora dos grupos de pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental,” “Teoria do Direito: da academia à prática” e “Colisão De Direitos Fundamentais E O Direito Como Argumentação”.
  - 2 Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. Pesquisadora dos grupos de pesquisa PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos versus Interesses Privados” e “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental.”

## INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objeto tratar da necessidade de estimular a educação do titular dos dados pessoais no tocante ao fornecimento dos dados pessoais. O que se pretende com o presente trabalho é demonstrar que mais do que informado, o titular dos dados pessoais deve ser educado quanto à importância e impacto que os dados pessoais têm no contexto atual na qual a sociedade se encontra, principalmente em relação ao mercado de prestação de bens e serviços, para fins de evitar a exclusão social, a partir do superendividamento.

A sociedade, ao longo do tempo, sofreu diversas formas de organização social, sendo que em cada época, havia um elemento central para o seu desenvolvimento. Nesse contexto, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, o interesse social não estava mais voltado para o que se poderia produzir, mas sim para quais serviços poderiam ofertar.

A partir do interesse social voltado para os produtos que poderiam ser ofertados por setores como bancário, securitário e educacional, por exemplo, passou-se a buscar maior assertividade em tais ofertas, o que, na atualidade, com a sociedade sendo impulsionada pela informação, é cada vez mais tangível. O elemento central para o desenvolvimento da economia na sociedade dita como pós-industrial é a informação, a qual foi sedimentada pela recente revolução tecnológica.

A sociedade, movimentada pela revolução tecnológica, traz para a economia novas formas de ativos, como, por exemplo, os dados pessoais. Este cenário, coloca em evidência questões como a privacidade, acesso à determinados bens e serviços por parte dos consumidores, maior segmentação de perfis por parte das empresas para fornecimento de produtos e serviços mais assertivos que correspondam à legítima expectativa dos consumidores, assim como, para que ampliem seu público alvo, o que ocasiona impactos significativos na produção e oferta e, portanto, impacto econômico.

Por outro lado, o cenário de fornecimento de dados pessoais à todo instante pelos titulares e acesso a tais dados pessoais por parte de empresas, colocou em evidencia problemas que já são conhecidos em outros contextos sociais, como por exemplo, discriminação, exclusão, impossibilidade de acesso à determinados bens e serviços por determinados grupos sociais, os quais, já são deixados às margens da economia e da sociedade em um contexto geral.

Diante disso, o Brasil, diferente de outros países que já contavam com uma proteção específica aos dados pessoais, promulgou recentemente a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a qual tem como objetivo regulamentar e dar diretrizes de comportamento às atividades que tratam dados pessoais, assim como tem a intenção de conceder maior proteção aos titulares dos dados pessoais. Ainda, como forma de conceder maior segurança jurídica ao titular dos dados pessoais, foi aprovado no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional (PEC nº 17/2019), que incluiu no rol de direitos fundamentais a referência ao direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais (artigo 5º, LXXIX da Constituição Federal).

Nesse sentido, torna-se evidente que os dados pessoais possuem ampla relevância para o desenvolvimento social e econômico, o que ensejou em uma regulamentação nacional específica para que não sejam os dados pessoais, os quais estão incluídos como direitos fundamentais, tratados de forma que possam acarretar violações aos diversos direitos dos titulares que advém de tais informações pessoais concedidas.

Nesse contexto de proteção dos dados dos titulares, é a relevância de se impulsionar mecanismos de educação para o titular dos dados pessoais, para que este encontre-se ciente da importância que o fornecimento dos dados pessoais tem para o desenvolvimento da sua vida em uma sociedade movimentada pela tecnologia e pelo fornecimento de produtos e serviços mais personalizados e assertivos e qual o impacto que o fornecimento irrestrito dos dados pessoais a todo momento pode ocasionar para si ou seus familiares.

A metodologia utilizada no trabalho privilegia a abordagem hipotético-dedutiva e o trabalho está pautado na pesquisa bibliográfica analisando a legislação e doutrina especializada sobre o assunto. A técnica de coleta de dados será por meio de documentação indireta e qualitativa, buscando analisar a documentação existente para chegar à conclusão da importância e necessidade de educar o titular dos dados pessoais sobre a relevância dos dados pessoais para o contexto atual no qual ele está inserido e qual é o impacto que o fornecimento irrestrito dos dados pessoais pode ocasionar para si ou seus familiares, dentro do contexto consumerista.

A fim de estruturar a abordagem desse tema, o trabalho está estruturado em três pontos. O primeiro ponto apresenta os dados pessoais como ativo econômico no contexto social atual. Na sequência, demonstra-se que a educação do titular dos dados pessoais atua como mecanis-

mo de prevenção de exclusão social, uma vez que a preservação dos dados pode desestimular o marketing direcionado que levam ao consumo em excesso. Por último, busca-se apresentar os reflexos da utilização dos dados do titular deseducado na Lei do Superendividamento.

## **OS DADOS PESSOAIS COMO ATIVO ECONÔMICO NO CONTEXTO ATUAL**

A organização social econômica de uma sociedade não é estática, ela altera-se com o decorrer do tempo, dependendo, necessariamente, dos valores os quais detém-se como fundamentais para aquele contexto social.

No contexto atual, a informação é o elemento nuclear do desenvolvimento econômico (SIQUEIRA JUNIOR, 2009, p. 218). Ensina Bruno Ricardo Bioni que “a informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade” (2021, p. 5). A partir dessa perspectiva, os dados pessoais possuem ampla relevância para o estímulo da economia, já que a partir deles é possível uma segmentação por parte dos prestadores de bens e serviços muito mais assertiva.

Compreende-se por dados pessoais “toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018).

Nessa linha, com as novas técnicas de processamento de dados proporcionadas pelos avanços tecnológicos é possível transformar probabilidade em estatística, criar perfis, obter informações mais completas sobre os comportamentos dos consumidores e diferente das outras modalidades de ativo econômico, os dados pessoais configuram uma espécie importante, porque eles são inesgotáveis, duráveis e reutilizáveis (MOURA, 2019, p. 12).

Claudia Lima Marques e Guilherme Mucelin sustentam que “uma classe refinada de técnicas de IA está revolucionando o modo como os fornecedores estão conduzindo o mercado” (2020, p. 414). A possibilidade de tornar os dados fornecidos pelos titulares mais escalável, a partir das revoluções tecnológicas, dá ao mercado de consumo nova estrutura.

Os bens e serviços ofertados passaram a observar as preferências dos consumidores, inserindo-os numa posição ativa no ciclo de consumo (TORRES, 2009, p. 24), ou seja, o consumidor não apenas consome, mas também influencia na produção do bem de consumo (BIONI, 2021, p. 13). A construção de perfil (*profiling*), a partir dos dados pessoais, pode ser uti-

lizada, à título exemplificativo, na atividade securitária, especialmente para a tomada de decisão sobre a contratação (MIRAGEM, PETERSEN, 2020, p. 7), influenciando, portanto, o estabelecimento da relação contratual.

Na forma apresentada, os dados pessoais configuram, portanto, uma recente e importante fonte de movimentação econômica, uma vez que a partir da atividade de tratamento é possível aferir com maior precisão quais as preferências dos consumidores. A demanda de oferta e produto torna-se mais assertiva, eis que quanto maior a chance do bem ou serviço ofertado se encaixar nas preferências dos consumidores, maior é a chance de consumo/contratação.

Nesse contexto, em que os dados pessoais se tornaram uma relevante fonte de ativo econômico, surge a Lei Geral de Proteção de Dados, que traz, principalmente, nos artigos 2º, 7º e 8º a questão do consentimento do titular dos dados. O artigo 2º, II, destaca o fundamento da autodeterminação informativa, o qual, conforme Bruno Miragem e Luiza Moreira Petersen (2020, p. 8) confere ao indivíduo o poder de controlar o fluxo de seus dados, decidindo quando e dentro de quais limites eles serão utilizados. O artigo 7º da referida legislação dispõe que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado dentro das hipóteses nele previstas.

No entanto, apesar da recente promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, que confere ao titular de dados ao controle sobre seus dados pessoais, os consumidores encontram-se em uma situação de vulnerabilidade quando trata-se acerca da importância dos seus dados pessoais e os impactos que o fornecimento irrestrito pode causar para si e seus familiares.

Compreende-se assim, que não é possível ignorar a relevância dos dados pessoais para a sociedade atual, que desenvolve-se, quase que integralmente, baseada nas informações que recebe e que oferece, sendo necessário observar que o titular dos dados pessoais, apesar de informado, não é educado sobre a importância que esses dados pessoais tem para o mercado em si e quais os impactos que causam em sua vida, sendo, portanto, imprescindível educar o titular dos dados pessoais sobre a relevância que os dados têm no contexto atual.

## **OS REFLEXOS DA AUSÊNCIA DE EDUCAÇÃO NA UTILIZAÇÃO DOS DADOS DO USUÁRIO DIANTE DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS**

Os dados pessoais do usuário são de grande relevância para aqueles que os captam, pois o consumidor não apenas consome, mas produz bem de consumo por meio de suas informações (BIONI, 2022, p. 13).

Diante desse cenário, o consumidor se percebe em situação de hipossuficientes, principalmente, porque seus dados são usados para que ele consuma mais. Não obstante, como bem afirma o sociólogo Zygmunt Bauman, “O problema não é consumir; é o desejo insaciável de continuar consumindo...”. Assim, é visível que o consumo sem limites pode gerar danos irreversíveis a vida dos indivíduos agravando a vulnerabilidade dos consumidores e potencializando as chances de superendividamento. Em uma sociedade de relação de consumo em massa, como bem entende o sociólogo, é muito mais relevante os imediatismos do que o planejamento a longo prazo (BAUMAN, online).

A exclusão econômica do consumidor, é uma das consequências geradas pela desinformação do consumidor em relação aos seus dados pessoais. Ela resulta a sua exclusão social, pois no instante em que ele está privado de ter acesso a certos produtos, isso contribui para que deixe de ter acesso a direitos sociais básicos como saúde, educação, vestuário, entre outros bens essenciais.

A atualização do Código de Defesa do Consumidor pela Lei 14.181,2021, trouxe o princípio da prevenção e tratamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor. Outrossim, o artigo 6.º, refere-se aos direitos e deveres no mercado de consumo, prevendo a educação dos consumidores e fornecedores. Portanto, é necessário atrelar esses dois princípios como intuito de garantir informações adequadas aos consumidores sobre as práticas e utilizações dos seus dados pessoais, especialmente, para que não corram o risco de se tornarem superendividados (BRASIL, 2021).

A Lei do Superendividamento incluiu a necessidade das fases de prevenção (antes de acontecer o endividamento e o superendividamento do consumidor) e o tratamento do superendividamento dos consumidores, como meios de reduzir a exclusão a exclusão social de muitos consumidores que se encontram em situação de superendividamento. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2022, online).

Essa lei foi pautada no modelo francês, tendo como principal objetivo reeducar o consumidor, principalmente, financeiramente. Assim, quando falamos em dados e as consequências que desses na vida dos indivíduos, quando mal utilizados, faz-se necessário garantir uma educação, além da informação, permitindo que eles tenham entendimentos sobre essas consequências (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2022, online).

## **O ESTÍMULO DA EDUCAÇÃO SOBRE O FORNECIMENTO DOS DADOS PESSOAIS: PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO SOCIAL DO CONSUMIDOR**

O estímulo da educação sobre o fornecimento dos dados pessoais é de extrema relevância, uma vez que se faz necessário que as pessoas saibam como os seus dados são usados, não bastando a informação.

A educação é necessária na vida de qualquer indivíduo, já que ela é praticada pelas gerações adultas sobre aquelas que ainda não estão maduras para uma vida social, bem como tem por objeto desenvolver na criança um certo estado físico, intelectuais e morais que lhe exigem a sociedade política no seu conjunto e o meio ao qual se destina particularmente. Além do mais, ela coloca a criança em contato com uma determinada sociedade, e não a sociedade *in genere*, sendo algo social. Outrossim, todo o ensino satisfaz uma necessidade profunda do intelecto, uma exigência essencial aplicada pelo próprio espírito científico. Ele se preocupa em formar cidadãos, preparando o homem para vida social.

Na visão de Weber, a educação se submete e se atrela às necessidades do capitalismo, treinando em vez de educar, preparando as pessoas para a necessidade do mercado e do Estado. Ademais, ele afirma que educação do futuro, em que sustentabilidade deverá ser um de seus principais conceitos, fica claro que sistemas altamente competitivos e predatórios como o neoliberalismo precisarão ser reformulados. Assim, certas mudanças deverão ocorrer na educação, principalmente, devido as mudanças sociais que o mundo nos apresenta (MARQUES, 2012, p. 103).

Ainda no conceito de educação, é importante trazer a ideia do filósofo Theodor Adorno que compreende que a educação teria por objetivo principal a emancipação humana, criando condições para que cada um possa viver livremente, e assim ser capaz de desenvolver todas as suas potencialidades (ADORNO, 2020, p. 185). Nesse sentido, o objetivo da educação era, é e continuará a ser a preparação dos indivíduos para a vida segundo as realidades que tenderão a enfrentar, principalmente, diante

do cenário de uma sociedade imediatista, que tudo é efêmero e pouco durável (BAUMAN, 2013, p. 25).

Ademais, o Código do Consumidor prevê, como princípio, no art. 4.º, IV, a educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, como o objetivo de melhorar o mercado de consumo (BRASIL, 1990).

É importante, nesse contexto, compreender que a informação é um direito fundamental do consumidor, uma vez que decorre basicamente da ideia de que o consumidor é antes de tudo uma pessoa, não podendo ser observado apenas como uma esfera econômica (BARBOSA, 2008, p. 47). Ademais, comunicar o consumidor garante a ele o poder. A difusão da informação vem do modelo de transparência, que tem por objetivo também a eficiência da mensagem informativa. Isso, uma vez que os excessos de informações podem provocar dificuldades no entendimento do consumidor. Outrossim, a informação clara é aquela em que são utilizadas as informações claras, a fim de que o receptor as intérpretes corretamente (BARBOSA, 2008, p. 57-61).

É importante que a educação seja trazida como o meio de emancipar o indivíduo para que ele possa receber as informações e compreendê-las, pois possui o devido conhecimento sobre o assunto. Logo, o consumidor deve receber, além de informação, o conhecimento necessário sobre como seus dados são utilizados. Esse fato, principalmente, uma vez que a Lei Brasileira de Proteção dos Dados, não previu recomendações específicas para o tratamento de dados pessoais levados por meio de algoritmos, assim, optou por não vedar esse tipo de tratamento (MENDES; MATTIUZZO; FUJIMOTO, 2021, p. 421).

A consequência é uma maior vulnerabilidade do consumidor, que já é parte hipossuficiente de uma relação de consumo. Quando o consumidor navega pela internet e se depara com “Li e aceito os termos” é comum vir atrelado a um texto gigante com palavras pequenas. E na maioria das vezes, os usuários não leem os termos, aceitando todas as condições, uma vez que estas são a única possibilidade para que tenham acesso ao serviço que desejam (MENDES; FONSECA, 2021, p. 73).

Diante desse fato, mais um motivo para que os consumidores recebam uma educação adequada sobre o que ocorre com seus dados é assegurar o princípio previsto no art. 4.º, X, do Código do Consumidor. Assim, resguardando a prevenção e o tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor (BRASIL, 2022).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto atual em que a sociedade está inserida, ou seja, em que a informação impulsiona as relações de consumo, os dados pessoais tornaram-se uma forma de ativo econômico relevante, já que os consumidores recebem bens e serviços mais assertivos à sua preferência. Nessa perspectiva, os consumidores ficam mais vulneráveis às novas relações consumeristas promovidas pelas tecnologias de *marketing* direcionado, por exemplo. Assim, a educação do consumidor no que tange à importância dos dados pessoais para o momento atual é imprescindível para a preservação da sua própria estabilidade econômica. A pesquisa está na fase inicial, tendo como hipóteses e propostas a necessidade de, para além de informar, garantir a compreensão dos indivíduos sobre como seus dados pessoais são utilizados e quais os impactos que a concessão desenfreada dos dados pessoais poderá desencadear na vida deles.

Dessa forma, a educação é um mecanismo de emancipação do consumidor quanto a noção da importância do controle dos dados pessoais e o fornecimento dos mesmos apenas em casos que julguem necessários e adequados, tornando-os capazes de compreender as consequências desencadeadas pela entrega de seus dados pessoais a terceiros de forma deliberada. Ademais, esses fatos contribuirão para que o livre arbítrio do consumidor seja garantido, pois ele terá plena consciência de suas ações, coibindo o mercado de acentuar eventuais exclusões sociais a partir de um contexto de superendividamento.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, W. Theodor. *Educação e emancipação*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro, 2 ed.: Paz e Terra, 2020.p 185.

BAUMAN, Zygmunt. *Sobre educação e juventude: conversas com Riccardo Mazzeo*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. “*Não se pode escapar do consumo*”. Disponível em: <https://colunastortas.com.br/nao-se-pode-escapar-do-consumo-revela-zygmunt-bauman/>. Acesso em: 10 mar de 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14, ago. 2018. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (*Código de Defesa do Consumidor*) *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11, set. 1990. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm) [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm). Acesso em 10 mar. 2022.

LIMA, Clarissa Costa de Lima. *O tratamento do superendividamento e o direito e o direito de recomeçar dos consumidores*. [Livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. *Inteligência artificial e “opacidade” no consumo: a necessária revalorização da transparência para a proteção do consumidor*. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coord). *O direito civil na era da inteligência artificial*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARQUES, Sílvia. *Sociologia da educação*. In RAMAL, Andrea. (Org.). *Série Educação*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. [Livro Eletrônico]. Thomson Reuters Brasil, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* [Livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MENDES; Laura Schertel; FONESECA, Gabriel Soares da. *Proteção de dados além do consentimento: tendência de materialização*. In MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENDES; Laura Schertel; MATITUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. *Discriminação Algorítmica à luz da lei Geral de Proteção de Dados*. In MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RO-

DRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luíza. *O contrato de seguro e a lei geral de proteção de dados*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Thompson Reuters, vol. 1018/2020, p. 7-34, Agosto, 2020. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/005-contrato-de-seguro-e-a-LGPD.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

MOURA, Clarissa Maria Lima. *Dados pessoais como ativo na economia digital: A tutela jurídica na legislação nacional e europeia acerca da manipulação de dados sensíveis para fins econômicos*. Monografia final de curso apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/37157/1/Dados%20Pessoais%20Como%20Ativo%20na%20Economia%20Digital%20A%20tutela%20jur%C3%ADdica%20na%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20e%20europeia%20acerca%20da%20manipula%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20sens%C3%ADveis%20para%20fins%20econ%C3%B4micos%20-%20Clarissa%20Maria%20Lima%20Moura.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

PRAXEDES, Walter; PILETTI, Nelson. *Principais correntes da sociologia na educação*. São Paulo: Contexto, 2021.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Claudio. *A bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre o marketing e a publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. São Paulo: Novatec, 2009.



# O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO NOVO PARADIGMA NAS RELAÇÕES LABORAIS DA MULHER ENQUANTO POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

The principle of fraternity as a new paradigm in women's labor relations as the possibility of overcoming the sexual division of work

Clarice Maria de Moura Assmann<sup>1</sup>  
Suzéte da Silva Reis<sup>2</sup>

- 
- 1 Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Advogada. Pós-Graduada em Direito Civil e Direito do Trabalho. Graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Pesquisadora do grupo de pesquisa: Relações de trabalho na contemporaneidade. Endereço eletrônico: claricemouraassmann@gmail.com. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3859148175412149>. Endereço para acessar ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9753-7899>.
  - 2 Doutora em Direito (Área de concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas) pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Professora de Cursos de Especialização *Latu Sensu* em diversas instituições de ensino superior. Coordenadora do grupo de pesquisas “Relações de trabalho na contemporaneidade”. Endereço eletrônico: sreis@unisc.br. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/0526411653933592>. Endereço para acessar ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8820-6385>.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a relação do Direito Fundamental Social ao Trabalho da mulher e o Princípio da Fraternidade. A Constituição Federal de 1988 trouxe o Princípio da Fraternidade, ao lado de outros princípios, como a igualdade e a liberdade, para combater a desigualdade social, assim, pesquisa-se a utilização do Princípio da Fraternidade, na condição de novo paradigma nas relações laborais da mulher. Nesse sentido, o presente estudo tem como problemática: de que forma o princípio da fraternidade como novo paradigma nas relações laborais da mulher pode contribuir para a superação da divisão sexual do trabalho?

Tem-se como objetivo geral compreender o papel do Princípio da Fraternidade na sociedade e, a partir da utilização do referido princípio como novo paradigma nas relações laborais da mulher, a possibilidade de superação da divisão sexual do trabalho. A pesquisa será desenvolvida em três tópicos, sendo eles: a) as relações de trabalho da mulher e a divisão sexual do trabalho; b) o princípio da fraternidade no ordenamento constitucional brasileiro e; c) O princípio da fraternidade enquanto possibilidade de superação da divisão sexual do trabalho.

Trata-se de uma pesquisa desenvolvida no método de investigação hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese de que para atenuar a problemática enfrentada nesta pesquisa, é necessário o reconhecimento do princípio da fraternidade como novo paradigma no contexto empresarial, considerando que, o princípio da fraternidade ressignifica valores já instituídos pelo texto constitucional, ou seja, traz aos princípios da liberdade e igualdade o amparo necessário para o exercício de duas funções, desvelando paradoxos e proporcionando relações mais humanizadas e inclusivas, capazes de superar a divisão sexual do trabalho.

## AS RELAÇÕES DE TRABALHO DA MULHER E A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

Independente de se reconhecer a existência do trabalho da mulher, no âmbito doméstico, desde a idade média, a Revolução Industrial também é considerada marco histórico para a inserção das mulheres no mercado de trabalho. (FONSECA, 2015, p. 91) Apesar disso, as mulheres pobres, muito antes do surgimento do capitalismo industrial, já eram submetidas ao trabalho pesado, uma vez que trabalhavam como costureiras, criadas na lavoura e no trabalho doméstico, para sobreviver. Contudo,

diante do avanço do capitalismo no século XIX, o processo de industrialização e avanços tecnológicos proporcionaram grande mudança nas relações de trabalho, em especial relacionado à mão de obra. “A implantação das máquinas nas fábricas exigia menos trabalho braçal e força física, o que permitiu a inserção da mão de obra de crianças e mulheres” (ANDRADE; MACHADO, 2019, p. 113).

De acordo com Kergoat (2009, p. 67), os dois princípios organizadores da divisão sexual do trabalho são: a separação das atividades masculinas e femininas e a hierarquização entre estas, em que um trabalho masculino “vale” mais do que um trabalho feminino. Compreende-se uma disposição social de atribuições desiguais entre os sexos, disposição essa que resulta de uma elevação sócio-histórica em benefício do homem, logo, a divisão sexual do trabalho é também uma construção social e histórica. Segundo Marx e Engels (1998, p. 27), a primeira forma de divisão social do trabalho foi a divisão social do trabalho entre os sexos no interior da família, onde a mulher e os filhos eram considerados os escravos do homem.

As mulheres vêm enfrentando lutas e quebrando paradigmas objetivando a inserção e ascensão no mercado de trabalho, todavia, nos dias de hoje, as mulheres mostram-se extremamente capazes de conquistarem e ocuparem posições anteriormente desempenhadas apenas pelos homens. O mercado de trabalho, pouco a pouco, já reconhece que o sexo, por si só, nada diz sobre habilidades e capacidades profissionais, apesar de, discriminações, por exemplo, com relação a salários ainda sejam comuns. Logo, tem-se que a mulher, em si, não é o problema, ou seja, nessa perspectiva, o problema é a garantia de emprego da qual a mulher gestante é titular de direito. (TEODORO; SOUZA E SILVA, 2013, p. 18)

## **O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

O princípio da fraternidade, o qual surgiu de raízes cristãs, foi resgatado durante a Revolução Francesa em 1789, por fundamentar a intenção da união para a construção de um novo Estado, por conseguinte, ingressando no âmbito político e corroborando com a construção do lema “Liberdade, igualdade e fraternidade”, todavia, referido lema tornou-se oficial somente na República revolucionária de 1848, ainda, atravessou períodos históricos em que, tanto era esquecido, quanto lembrado com fulgor, até a vitória dos republicanos em 1879, quando voltou a se impor. Logo, a Revolução Francesa é compreendida como marco histórico, sen-

do a primeira vez que a ideia de fraternidade assume uma dimensão política, ocasionada pela inserção e interação com os princípios da liberdade e igualdade. (BAGGIO, 2008, p. 7)

A Constituição Federal de 1988, designa contornos jurídicos de envolvimento da sociedade com o reconhecimento do outro, tendo como propósito o compromisso de uma sociedade fraterna, de relacionamentos mais humanizados, asseverando uma condição de igualdade em dignidade. Assim, faz-se necessário, para a solução dos conflitos sociais, o resgate do célebre lema “Liberdade, igualdade e fraternidade”, concebendo a Fraternidade status de categoria jurídica, e, a evolução do constitucionalismo contemporâneo a interpretações conexas com uma sociedade que aspira a liberdade e a igualdade em dignidade, tendo-se, para tanto, na fraternidade o paradigma para uma sociedade melhor.

### **O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE ENQUANTO POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO**

A Constituição Federal em seu artigo 3º, apresenta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Ainda, em seu inciso IV, traz que é necessário “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O Estado e a própria sociedade devem ser protagonistas na garantia desses direitos e na realização da cidadania. Dessa forma, fomentando a inclusão social no sentido de uma sociedade fraterna, vez que assevera o respeito recíproco relacionado claramente com o Princípio da Fraternidade.

A sensibilização é uma evolução que necessita do comprometimento de toda a sociedade, vez que, assim, pode-se proporcionar relações intersubjetivas, ou seja, relações em que busca que os seres humanos vivam uns com os outros e não apesar dos outros, com base na reciprocidade, entendendo que um é responsável pelo outro.

A fraternidade é entendida por parte da doutrina como sinônimo de solidariedade, contudo, a solidariedade dá uma aplicação parcial às acepções da fraternidade, todavia, esta possui um significado especial que não pode ser comparado a todos os outros significados - mesmo que congruentes e pragmáticos - que pretendem definir sua aplicação. A solidariedade, a título de exemplo, oportuniza que se faça o bem aos outros

mesmo que sustentando uma posição de força, uma relação “vertical” que vai do forte ao fraco. A fraternidade, no entanto, pressupõe uma relação “horizontal”, a divisão dos bens e dos poderes, tanto que cada vez mais se está constituindo o pensamento de “solidariedade horizontal”, “em referência à ajuda recíproca entre sujeitos diferentes, seja pertencente ao âmbito social, seja do mesmo nível institucional” (BAGGIO, 2008, p. 22). Ainda, é possível definir a fraternidade como uma forma mais profunda da solidariedade que une pessoas que, por se identificarem por algo mais intenso, sentem-se como “irmãs”, ao ponto que, trata-se de uma forma de solidariedade que se concretiza entre “iguais”, ou seja, entre sujeitos que se colocam em um mesmo nível, em uma linha horizontal. (PIZZOLATO, 2008, p. 113)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção da mulher no mercado de trabalho teve maior impulso, principalmente, pela expansão do capitalismo e das necessidades do capital, sendo marcada por preconceitos e inúmeras dificuldades que ainda persistem, considerando as condições de precariedade do trabalho feminino, a discriminação pela condição reprodutiva e as discrepâncias salariais, para os mesmos cargos, entre homens e mulheres. Além disso, as legislações reafirmam a desigualdade formal das mulheres, uma vez que, avança à luz do paradigma masculino.

A atuação do Estado na atenuação das inúmeras dificuldades que impactam nas relações laborais da mulher, por meio de ações envolvendo políticas públicas de apoio, políticas públicas essas que concederão bases para que a mulher não somente se insira no mercado de trabalho, mas que nele permaneça, de forma digna, em igualdade de condições com os homens é de relevante importância.

Apesar disso, uma das principais funções do princípio da fraternidade repousa no contexto de ser princípio que concede legitimidade aos princípios da liberdade e da igualdade, uma vez que, em conjunto, fundamentam o Estado Democrático de Direito. A fraternidade é apresentada de forma que todos devem trabalhar para avançar na efetivação dos direitos humanos, todos são considerados princípios responsáveis por desenvolver os direitos humanos, tanto em comunidade quanto individualmente, reconhecendo-se a universalidade dos direitos, respeitando-se a diferença e o pluralismo existente na relação de reciprocidade.

Portanto, entende-se que o reconhecimento e a utilização do princípio da fraternidade como novo paradigma das relações laborais da mulher contribui para a superação da divisão sexual do trabalho, pois possibilita o rompimento do tratamento desigual e discriminatório. Referido rompimento ocorre, uma vez que, haverá o desenvolvimento da sensibilidade no contexto empresarial, e o princípio da fraternidade ressignifica os princípios da liberdade e igualdade, concedendo o amparo necessário para o exercício de duas funções, desvelando paradoxos e proporcionando relações mais humanizadas e inclusivas, capazes de possibilitar a superação da divisão sexual do trabalho.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daphne Emílio Circunde Vieira; MACHADO, Priscila Martins Reis. *A dupla discriminação de gênero nas interações trabalho-família*. Revista Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v. 9 n. 18 (2019): A CONTEMPORANEIDADE E NOVAS PERSPECTIVAS NA CIRURGIA MÉDICA JUL./DEZ. (2019) DOI: <https://doi.org/10.5752/P.2236-0603.2019v9n18p112-139> Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/19445>. Acesso em: 25 maio. 2022.

BAGGIO, Antonio Maria. *A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”*. In: O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas / Antônio Maria Baggio (organizador); [traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida]. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

FONSECA, M. F. S. *A inserção das mulheres no mercado de trabalho como uma exigência do capital e a divisão sexual do trabalho*. Revista Extraprensa, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 90-101, 2015. DOI: 10.11606/extraprensa2015.107635. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/extraprensa/article/view/epx17-a07>. Acesso em: 25 maio. 2022.

KERGOAT, Danièle. *Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo*. In: HIRATA, H. et al. (org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradutor: Luis Claudio de Castro e Costa. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0820-9

PIZZOLATO, Filippo. *A fraternidade no ordenamento jurídico italiano*. In: O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas / Antônio Maria Baggio (organizador); [traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida]. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SOUZA E SILVA, Lídia Marina de. *Gravidez no emprego: reflexões sobre a tendência global de proteção ao emprego e ao mercado de trabalho da mulher*. In: CONPEDI; UNINOVE (Org.). XXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI / UNINOVE. São Paulo: FUNJAB, 2013, v. XXII, p. 279-299. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=120> Acesso em: 22 maio. 2022.



# AS CONCESSÕES DE RODOVIAS NOS VALES DO RIO PARDO E TAQUARI E AS MOBILIZAÇÕES POPULARES

Highway concessions in the Rio Pardo and Taquari  
Valleys and popular mobilizations

Eduardo Elias Wachholtz<sup>1</sup>

---

1 Eduardo Elias Wachholtz; Acadêmico, cursando atualmente o 10º período do curso em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: eduardowachholtz@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O governo do Estado lançou, em junho de 2020, o programa Avançar para acelerar o desenvolvimento do Rio Grande do Sul e promover a competitividade a partir de três eixos, envolvendo plano de obras e projetos de concessão de rodovias, com investimento de R\$ 1,3 bilhão. Além dos acessos municipais, ligações regionais e recuperação de rodovias, o projeto de concessão de 1.130 quilômetros de rodovias estaduais prevê investimento de mais de R\$ 10 bilhões por parte da iniciativa privada nos próximos 30 anos (SCARTON; MONDIN, 2022).

Entre as ações de qualificação viabilizadas pelos consórcios, estão duplicações, melhorias nos asfaltos, sinalização e socorro mecânico e médico. Até então, a maior parte das rodovias era operada pela EGR e, mesmo com cobrança de pedágio ao longo dos últimos nove anos de existência, foram duplicados apenas sete quilômetros. Com o Avançar, em cerca de cinco anos, serão mais de 300 quilômetros - 40 vezes do que foi duplicado ao longo de pouco menos de uma década (LEMOS JÚNIOR, 2021).

Desta forma, o presente estudo tem como objetivo analisar a atuação da comunidade local na construção dos editais de concessão das rodovias que cortam os Vales do Taquari e Rio Pardo. A temática desenvolvida está relacionada aos conceitos de participação e controle social, que serão abordados. Nesse sentido, surge o problema desta pesquisa: As concessões das rodovias colaboram para a participação da comunidade? A hipótese que busca responder a essa questão reside na ideia de que as parcerias com o setor privado auxiliam na atuação da sociedade no debate sobre temas de interesse público.

Cabe referir que, para responder ao problema proposto, utiliza-se do método de abordagem dedutivo. O procedimento abordado é o monográfico e a técnica de pesquisa é bibliográfica, por intermédio de documentos indiretos, os quais se resumem à consulta a livros, periódicos, artigos, teses, dissertações, dentre outros. Assim, na primeira parte do trabalho, será abordada a criação do programa Avançar. Na sequência, fica em evidência o sistema *free flow* e a discussão do tópico na RSC-453. Por fim, são apresentadas informações das manifestações sobre as obras na RSC-287.

## DESENVOLVIMENTO

Poucos anos depois da promulgação da Constituição Federal, no início dos anos 90, teve início um processo de modificação do texto, especialmente no trecho que trata da Administração Pública. O art. 175, por exemplo, possibilitou o ingresso da iniciativa privada na prestação de serviços públicos por meio da concessão ou da permissão do Poder Público. O trecho restabeleceu a possibilidade de empresas investirem no setor com a obrigação de habilitaram-se por intermédio de licitação, prestando serviços de utilidade pública (NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018).

Pela concessão de serviço público, a execução de uma atividade é delegada por tempo determinado a uma pessoa privada ou pública, livremente escolhida, que a explora por sua conta e risco, conforme prescrições previstas em um caderno de encargos. Outra característica fundamental desse modelo é que os bens afetados à prestação do serviço público não pertencem ao particular prestador do serviço, mas à pessoa pública delegatária. Isso significa que, ao final do contrato, os bens são reversíveis ao Estado, podendo, portanto, continuar vinculados à prestação do serviço, garantindo sua continuidade (CONRADO, 2013, p. 118).

Com o redirecionamento dos gastos públicos e restrições dos subsídios para as áreas da educação, saúde e infraestrutura, o Estado deixa de se responsabilizar integralmente e abre espaço para a iniciativa privada. A primeira concessão, em 1983, no governo de Fernando Henrique, abriu caminho, mas, com o governo Collor, tornou-se uma prioridade e o presidente, logo depois da posse, enviou ao Congresso Nacional, em março de 1990, a Medida Provisória n. 115 foi convertida na Lei n. 9491/97, ficando instituído o Programa Nacional de Desestatização (PEREIRA, 2014).

Recentemente, o programa Avançar dividiu o estado em três blocos, a partir de um estudo delineado pela Secretaria Extraordinária de Parcerias do governo do Estado do Rio Grande do Sul e que contou com o apoio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e de consultorias especializadas. A proximidade geográfica e os atrativos de possíveis investidores foram levados em conta. As premissas foram as garantias de investimento e solução de longo prazo para os gargalos de infraestrutura, com a concessionária sendo responsável pela manutenção e obras condicionadas ao volume de tráfego, assegurando o nível de serviço para os usuários (SCARTON, 2021).

A busca pelo equilíbrio entre regiões é outro desafio dos gestores públicos. Uma região com apelo possibilita redução no preço da tarifa para baixo, mas atrai empresas que não tem tanta capacidade de investimento, abrindo margem para problemas no curso da concessão. Por outro lado, regiões menos atrativas ficam com uma tarifa elevada: “uma região que seja mais desenvolvida acaba ficando com uma tarifa muito baixa e uma menos desenvolvida acaba ficando com uma tarifa média, fazendo com que a gente tenha dificuldade” (LEMOS JÚNIOR, 2021).

A oferta de serviços públicos de infraestrutura de forma eficiente é um dos aspectos mais importantes das políticas de desenvolvimento econômico e social. Os monopólios naturais, como a exploração de rodovias, precisam ser regulados para que as atividades ofertadas para os usuários sejam adequadas (MÜLLER, 2010). Gelis Filho (2006) expõe que a regulação pode ser entendida como a intervenção do Estado na economia e na atividade social buscando corrigir falhas de mercado, por meio de estímulos e controles, como regulação de preços, estabelecimento de barreiras de entrada e incentivo à concorrência.

A tendência nos próximos anos, dado espaço fiscal com os gastos obrigatórios e poucos espaços orçamentários para evolução em investimentos, é de fortalecimento das concessões (NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018). O setor privado vê com bons olhos a quantidade de projetos que vêm sendo construídos e desenhados com qualidade, refletindo a necessidade de apresentar para o usuário uma nova experiência ao transitar pela rodovia. Ao mesmo tempo, percebe-se um trabalho focado na maturação e discussão por parte dos gestores que trabalham na revisão nos contratos, incorporando riscos que há cinco anos eram inimagináveis.

## **O FIM DA ISENÇÃO NA RSC-453 E A DISCUSSÃO SOBRE O MODELO FREE FLOW**

Com o anúncio da concessão da RSC-453, teve início uma mobilização para mudança do local da praça de pedágio de Cruzeiro do Sul. Os municípios com propriedades nas proximidades, na região de Boa Esperança, sentem-se injustiçados já que, com a administração da rodovia pela iniciativa privada, o benefício da isenção seria suspenso (GRISA, 2022). Atividades rotineiras, como compras no supermercado e farmácias, ficariam mais caras com a cobrança integral da tarifa. Como a discussão ganhou corpo na comunidade regional, audiências públicas foram reali-

zadas e faixas com “Cruzeiro do Sul não quer pedágio” foram espalhadas no plenário da Câmara de Vereadores (ALVES, 2022).

O movimento do Vale do Taquari personifica o conceito de participação popular, que, no Brasil, remonta a, pelo menos, até a última década do século XIX (PINHEIRO E HALL, 1979). De forma geral, participação popular é entendida como as diferentes ações que forças sociais desenvolvem para influenciar formulação, execução, fiscalização e avaliação das políticas públicas e serviços básicos na área social (VALLA ET AL., 1993). A participação popular surge como uma força social imprescindível para fazer sair do papel os objetivos e impulsionar as mudanças.

Na Constituição Federal, no art. 150, V, o pedágio aparece como uma ressalva ao princípio constitucional da liberdade ao tráfego de pessoas e bens. A cobrança surge como um a espécie de taxa exigível e paga pelo contribuinte, diante da efetiva utilização dos serviços de vias intermunicipais ou interestaduais conservadas pelo Poder Público.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (BRASIL, 1988).

Percebe-se com nitidez, portanto, que o pedágio teve expressamente reconhecida, pela Constituição Federal, sua natureza tributária. Apesar disso, o princípio constitucional da igualdade destaca que os iguais devem ser tratados de forma igual e que os desiguais devem ser tratados de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Será que se deve aplicar esse preceito para diferenciar o preço do pedágio entre veículos de passeio e veículos de carga?

O princípio da contribuição ou retribuição é justo e quem utiliza a rodovia deve contribuir para manutenção das estruturas e dos serviços que são ofertados, mas a ação de quem utiliza para passeio, por exemplo, é menos danosa do que aquele que a do motorista que utiliza a rodovia diariamente. Como alternativa, surge o *free flow*, pedagiamento sem barreira, com fluxo livre. É possível instalar o sistema sem passagem já que usa-se a tecnologia do *tag* que está no veículo. A partir do meio de pagamento que está cadastrado, chega sua conta ou da plataforma escolhida (SOARES; NETO, 2006).

Concessão *patrocinada* trata da prestação de serviço público ao usuário, que paga pelo serviço (tarifa) complementado pelo pagamento da autoridade pública. Esse é o caso, por exemplo, da concessão de uma rodovia em que a cobrança da tarifa módica não seria suficiente para recuperar o investimento e para remunerar o capital, sendo necessária uma complementação de receita pela autoridade pública para tornar o empreendimento viável (SOARES; NETO, 2006, p. 16).

A Lei 14.157/21, que estabelece regras para a implantação do sistema de livre passagem na cobrança de pedágios em rodovias e vias urbanas, foi sancionada em junho do ano passado. O texto corresponde a um substitutivo do Senado (PL 886/21) ao projeto original (PL 1023/11) que concedia isenção de pedágio para moradores das cidades onde estão as praças de cobrança e trouxe inovações para o Código de Trânsito Brasileiro e para a lei que instituiu o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

### **A DUPLICAÇÃO DA RSC-287 E PASSAGEM DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS**

Uma das obras previstas com a concessão da RSC-287 para a iniciativa privada é a duplicação. A ampliação é um desejo antigo da comunidade, que, com o fluxo de veículos crescente, acompanha acidentes de maneira recorrente, mas o projeto apresentado pela Concessionária Rota de Santa Maria tem trazido preocupação e mobilizado líderes sindicais e representantes dos moradores que contam com propriedades às margens da rodovia. No documento entregue, existe a previsão da construção de canteiro central, o que impediria a passagem de agricultores que contam com áreas de terras que são cortadas pela rodovia (CARDOSO, 2022).

Um deputado estadual está mobilizando-se e pede que a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos (Agergs) viabilize com a concessionária Sacyr ajustes tendo em vista especialmente a característica das propriedades de agricultura familiar, cortadas pela rodovia. A grande preocupação é que, quando houver a duplicação da rodovia, os agricultores fiquem sem acesso às propriedades, já que tratores e colheitadeiras não poderão transpor a rodovia. Implantações de vias marginais para passagem de máquinas e equipamentos agrícolas e construções de cruzamentos por meio de passagens inferiores são apontadas como soluções (RÖHSLER, 2022).

Os buracos e as longas filas têm ganhado as capas dos veículos de comunicação do Vale do Rio Pardo. O problema deve-se, em grande parte a administração da Empresa Gaúcha de Rodovias (EGR). A estatal surgiu em 2011, na gestão de Tarso Genro. Com a concessionária de rodovias públicas, criada para administrar as estradas com pedágio pertencentes ao Estado do Rio Grande do Sul, as rodovias continuam em estado precário. Os usuários permaneceram pagando pedágio e a infraestrutura das rodovias não melhorou. Como o governo do Estado alegava falta de condições, os usuários de uma forma geral se sentem injustiçados com as tarifas. Mesmo pagando altos valores, as rodovias são precárias e oferecem riscos, com buracos e sinalização precária.

Nas diferentes obras públicas, de construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público, exige-se do Estado celeridade, simplicidade e efetividade. A eficiência, palavra que não é exclusividade de nenhuma ciência, ganha especial destaque. Costuma-se dizer que o princípio da eficiência entrou na ordem constitucional brasileira como princípio geral da administração pública, introduzido com a Emenda Constitucional 19/98, mas o texto original da Carta Magna já incluía a exigência de eficiência como dever constitucional da administração pública em diversas normas, ainda que implicitamente (MARINELA, 2016).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A tendência nos próximos anos, dado espaço fiscal com os gastos obrigatórios e poucos espaços orçamentários para evolução em investimentos, é de fortalecimento das concessões (NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018). O setor privado vê com bons olhos a quantidade de projetos que vêm sendo construídos e desenhados com qualidade, refletindo a necessidade de apresentar para o usuário uma nova experiência ao transitar pela rodovia. Ao mesmo tempo, percebe-se um trabalho focado na maturação e discussão por parte dos gestores que trabalham na revisão nos contratos, incorporando riscos que há cinco anos eram inimagináveis.

É necessário trazer racionalidade para frente legislativa em relação aos projetos de concessão, evitando inovações que afrontem a regularidade e a continuidade dos projetos de concessão. O legislador precisa compreender as consequências das medidas legislativas implementadas. Um fórum permanente é a criação de uma emenda à constituição que imponha aos legisladores a racionalidade. A mudança não traria restrições

para legislar sobre concessões, mas recomendaria a avaliação cuidadosa do caso concreto e das repercussões e consequências.

Como mencionado na introdução, este trabalho versou sobre os limites e possibilidades da concessão de serviços públicos para iniciativa privada, cujo objetivo foi o estudo do tema com foco para as rodovias que cortam os Vales do Taquari e Rio Pardo. A concessão feita na RSC-287 e a que está sendo planejada para RSC-453, sem dúvidas, envolveram a comunidade. Protestos e audiências públicas demonstram que a hipótese levantada inicialmente mostra-se verdadeira - as parcerias com o setor privado auxiliam na participação da sociedade no debate sobre temas de interesse público.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Joel. *Município de Cruzeiro do Sul não quer mais o pedágio*. Disponível em: <<https://independente.com.br/municipio-de-cruzeiro-do-sul-nao-quer-mais-o-pedagio/>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

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

BRASIL. *Lei nº 14.157*, de 1 de junho de 2021. Altera as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e 10.233, de 5 de junho de 2001, para estabelecer condições para a implementação da cobrança pelo uso de rodovias por meio de sistemas de livre passagem, 2021.

CARDOSO, Patrícia Meira. *Adequações na duplicação da RSC 287 serão pauta de audiência com presidente da Agergs*. Assembleia Legislativa do RS, 20 jun. 2022. Disponível em: <https://ww4.al.rs.gov.br/noticia/328843>. Acesso em: 15 jul. 2022.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 589

*Contrato de concessão da RSC-287 é assinado em Santa Cruz do Sul*. Jornal do Comércio, 20 jul. 2021. Disponível em: [https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/cadernos/jc\\_logistica/2021/07/802517-contrato-de-concessao-da-rs-c-287-e-assinado-em-santa-cruz-do-sul.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/jc_logistica/2021/07/802517-contrato-de-concessao-da-rs-c-287-e-assinado-em-santa-cruz-do-sul.html). Acesso em: 15 jul. 2022.

GELIS FILHO, A. Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 589-613, 2006.

GRISA, Marcelo. *Moradores de Cruzeiro do Sul continuam manifestação contra o pedágio*. Disponível em: <<https://grupoahora.net.br/conteudos/2022/03/21/moradores-de-cruzeiro-do-sul-continuam-manifestacao-contra-o-pedagio/>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

LEMOS JÚNIOR, Arthur. *As concessões de rodovias e as obras do Programa Avançar-RS*. Webinar. Disponível em: <https://youtu.be/25qA834WO7s>. Acesso em 09 de junho de 2022.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2016. 1152 p. ISBN 9788547201920.

MÜLLER, L. H. *Regulação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de rodovias mediante taxa interna de retorno flutuante*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getulio Vargas, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Rio de Janeiro, 2010.

NETO, Carlos Alvares da Silva Campos; MOREIRA, Sérvulo Vicente; MOTTA, Lucas Varjão. Modelos de concessão de rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: Evolução histórica e avanços regulatórios. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8299/1/TD\\_2378.PDF](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8299/1/TD_2378.PDF). Acesso em: 15 jul. 2022.

PEREIRA, Vicente de Britto. *Transportes: história, crises e caminhos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

PINHEIRO, P S. & HALL, M. M., 1979. A Classe Operária no Brasil, 1889-1930. – *O Movimento Operário*. v. 1. São Paulo: Alfa Omega.

RÖHSLER, Veridiana. *Adequações da duplicação da RSC-287 serão pauta de audiência nesta terça-feira*. Portal RVA, 20 jun. 2022. Disponível em: <https://portalrva.com.br/destaque/adequacoes-na-duplicacao-da-rsc-287-serao-pauta-de-audiencia-nesta-semana%EF%BF%BC/>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SCARTON, Suzy; MONDIN, Thamíris. *Governo já anunciou R\$ 5,6 bi em investimentos pelo programa Avançar*. Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 28 fev. 2022. Disponível em: <https://estado.rs.gov.br/governo-ja-anunciou-r-5-6-bi-em-investimentos-pelo-programa-avancar>. Acesso em: 8 jun. 2022.

SOARES, Ricardo Pereira; NETO, Carlos Alvares da Silva Campos. *Das concessões rodoviárias às parcerias público-privadas: preocupação com o valor do pedágio*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2006. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1901/1/TD\\_1186.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1901/1/TD_1186.pdf). Acesso em: 15 jul. 2022.

VALLA, V. V., ASSIS, M. & CARVALHO, M., 1993. *Participação Popular e os Serviços de Saúde: O Controle Social como Exercício da Cidadania*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública/Fiocruz.

# OS IMPACTOS DAS PRÁTICAS DE ESG E A AGENDA 2030 NA GOVERNANÇA E CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA LOCAL

The impacts of ESG practices and the 2030 agenda on governance and control of local public management

Betieli Da Rosa Sauzem Machado<sup>1</sup>  
Camila Lemos de Melo<sup>2</sup>  
Ricardo Hermany<sup>3</sup>

- 1 Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva. Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.
- 2 Advogada especialista em Compliance e LGPD. Mestranda na Universidade de Santa Cruz do Sul (2022) e mestranda sanduíche (2022) pela Universidade do Minho. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2013). E-mail: <camilalmelo@yahoo.com.br>.
- 3 Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor Jurídico da CNM – Confederação Nacional de Municípios. Advogado. E-mail: hermany@unisc.br

## INTRODUÇÃO

É importante ressaltar que devido à crescente conscientização sobre mudanças climáticas, ambientais, de governança e diversidade, as práticas ambientais, sociais e de governança – os quais são pilares da *environment, social and governance* (ESG) – estão em foco nos níveis global e nacional, eis que as atividades do setor público precisam ser guiadas pelos aspectos sociais de suas finalidades e o impacto de suas ações - éticos e de governança. Assim, observa-se que a sustentabilidade tem se consolidado como fator de atração e viabilização de financiamento para projetos, organizações e políticas públicas.

Ainda, vale salientar que inicialmente a ESG estava associada a práticas voltadas para o mundo corporativo das empresas privadas. No entanto, diante de desastres naturais, emergências climáticas e da pandemia coronavírus (Sars-Cov-2), as preocupações com a gestão socioambiental aumentaram. Com isso, o setor público, que busca mudar isso e reduzir as perdas, visa a sustentabilidade com base em três pilares: ambiental, social e de governança.

Além disso, tendo em vista a importância e necessidade de serem aplicadas essas práticas no setor público, objetiva-se demonstrar que a implementação no âmbito local tem capacidade elevada de incentivar as práticas sustentáveis, com base na visão de aplicação do micro para o macro. Nesse sentido, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: como mecanismos de governança e controle social da gestão pública na esfera local tendem a auxiliar na concretização das práticas de ESG e da Agenda 2030?

Desse modo, visando responder ao questionamento proposto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, em que se realiza uma análise de dados gerais – conceituando-se o controle social, a governança e ESG – para a particular – analisando-se as práticas de ESG e os mecanismos disponibilizados que tendem a viabilizar o controle social – até a conclusão. Já o método de procedimento é o hermenêutico, visto que auxilia para a correta interpretação dos textos e dados. E a técnica de pesquisa é a bibliográfica, voltando-se para a documentações indiretas, observando os contornos e fundamentos da legislação, diversas obras, livros, artigos, monografias, dissertações, teses, estudos e mecanismos – disponibilizados pela Confederação Nacional de Municípios (CNM) por meio da Mandala da ODS e de pesquisas desenvolvidas pelo Centro de Liderança Pública (CLP) – que dispõe sobre as temáticas abordadas na pesquisa.

Ademais, propõem-se como hipótese a de que o controle social e a governança tendem a auxiliar na implementação das práticas de ESG e da Agenda 2030 na esfera local. Com isso, importante mencionar que a pesquisa está dividida em três objetivos específicos, sendo: primeiro, conceitua-se a governança e o controle social na gestão pública local; segundo, analisa-se a ESG e a Agenda 2030 a partir da ótica municipal; e, terceiro, abordam-se os estudos disponibilizados pela Confederação Nacional de Municípios (CNM) por meio da Mandala da ODS e de pesquisas desenvolvidas pelo Centro de Liderança Pública (CLP) sobre as práticas de ESG e da Agenda 2030, que viabilizam a governança e a ESG na prática.

## **A GOVERNANÇA PÚBLICA E O CONTROLE SOCIAL NO ÂMBITO LOCAL**

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, adotou-se o modelo de Estado Federativo, que visa alcançar um sistema de federalismo cooperativo entre os três níveis de governo – federalismo trino –, garantindo aos entes autonomia – política, administrativa e financeira – e competências – privativas, comuns e concorrentes. Nesse sentido, observa-se que para se entender os países que adotam esse modelo, é preciso analisar a coordenação federativa. (MACHADO; MELO; HERMANY, 2021).

Ressalta-se que a coordenação federativa é fundamentada em quatro pilares: 1) é necessário que seja construído um modelo mais democrático de federalismo, propiciando espaços maiores de autonomia, negociação, contrapesos e conflitos institucionalizados entre as esferas de governo; 2) existência de um processo *sui generis* de descentralização, outorgando *status* federativo aos municípios; 3) que seja criado um *Welfare State* amplo, baseado na atuação normatizadora e indutora da União com implementação subnacional de políticas sociais.; 4) e que exista uma Constituição que preveja formas regionais de organização territorial e de governança. Contudo, evidencia-se que a Constituição de 1988 não criou mecanismos de governança adequados, tornando em determinadas situações precário o diálogo federativo dos entes. (ABRÚCIO; SYDOW, 2018, p. 48).

De tal forma, é importante destacar que a expressão “governança” dispõe de uma multiplicidade de conceitos e definições, no entanto, é viável se extrair um denominador comum voltado para o desenvolvimento dos estilos de governo, em que as fronteiras intra e inter dos setores público e privado se encontram. (STOKER, 1998). Desse modo, o Tribunal

de Contas da União (2020) conceitua a governança como a atividade designada para avaliar os ambientes, cenários, alternativas e os resultados, atuais e os almejados, ou seja, busca direcionar a preparação e coordenação de políticas e de metas, que sejam alinhados às funções organizacionais e às demandas sociais. Assim como, apresenta como objetivo monitorar os resultados, ação e execução de políticas e planos, comparando-os com as metas previstas.

Ademais, para que as funções de governança – relacionadas à avaliação, direcionamento e monitoramento – sejam realizadas satisfatoriamente é essencial que sejam utilizados mecanismos de liderança, estratégia e controle, eis que esses permitem que os gestores públicos e a sociedade avaliem o desenvolvimento e as demandas, direcionem a execução e monitorem o desempenho, buscando aumentar as possibilidades de se alcançar bons resultados que concretizem o interesse público, em termos de serviços e de políticas públicas, especialmente no município, que é o ente mais próximo do cidadão. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020). Portanto, é na esfera local que se potencializa a ideia de pertencimento, participação ativa da sociedade e de responsabilidade social, estimulando o processo decisório em razão da sua proximidade, produzindo inúmeros benefícios. Além disso, cabe referir que todas as estratégias do poder local bem-sucedidas têm como escopo uma maior abertura dos processos decisórios para a população. (HERMANY, 2007).

Salienta-se que o conceito geral de governança se encontra associado a problemas ambientais, habitacionais, sociais ou culturais, ou seja, se relacionando de forma direta com as questões da ESG. Por conseguinte, para que as práticas sustentáveis utilizadas na ESG sejam substanciadas é necessário que se realize a divisão de responsabilidades entre os diferentes níveis de governo e que seja efetivada a participação dos principais atores na gestão do ciclo das políticas públicas por meio do controle social. (MONTEIRO; HORTA, 2018).

Nesse sentido, os princípios da governança podem estimular e fortalecer a implementação dos programas de ESG de maneira coordenada e cooperada entre os níveis de governo. Destaca-se, ainda, que existe a necessidade de que sejam efetivados esses programas, principalmente em âmbito local, em razão da demanda de que sejam definidas medidas internas que reduzam e previnam os riscos de violação às leis e aos princípios da Administração Pública, sobretudo no que tange aos aspectos direcionados à sustentabilidade, pois é na esfera municipal que as relações

se encontram mais próximas dos cidadãos e da realidade da população. (MACHADO; MELO; HERMANY, 2021).

Dessa maneira, o controle social se perfectibiliza por meio da participação da sociedade no agir da Administração Pública, visando o acompanhamento e realizar a fiscalização das ações dos gestores públicos, nos três níveis de governo – para que sejam atendidas as demandas, solucionados os problemas e mantidos os serviços que atendam a população. Assim, o controle social amplia a possibilidade de participação da sociedade nos debates públicos e na gestão dos entes federativos, ou seja, os cidadãos podem analisar como está sendo aplicados os recursos públicos e quais são as políticas públicas voltadas para a concretização dos objetivos traçados na Agenda 2030 e de práticas de ESG para solucionar problemas de governança associados aos setores ambientais, habitacionais, sociais ou culturais.

## **ESG E AGENDA 2030: UM VISÃO SOB A ÓTICA DA ESFERA MUNICIPAL**

ESG é uma sigla em inglês, criada pelo Banco Mundial em 2004 em parceria com o Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU), que significa *environmental, social and governance*, para implementar aspectos ambientais, sociais e de governança aos temas de investimento financeiros e de mercados de capitais. Atualmente, as métricas de ESG deixaram de ser vistas como um diferencial para o futuro e passaram a ser aplicadas e exigidas como uma necessidade segundo o *Climate Change and Sustainability*, de Ernest Young.

Para Hill (2020, p. 13), o termo ESG foi inicialmente utilizado por empresas que apresentavam melhores desempenhos no gerenciamento de riscos que contribuem para o desenvolvimento sustentável das sociedades em que operam. Portanto, a agenda ESG serve como um parâmetro dos meios de minimizar os impactos ambientais na construção de um mundo mais justo e responsável e na manutenção dos processos de governança e da boa administração. Ao utilizar critérios de sustentabilidade na administração pública é possível melhorar a qualidade do serviço público prestado valorizando o meio ambiente e aumentando a renda dos cofres públicos. Sem falar que o ESG é uma importante ferramenta para mitigar riscos de gestão.

Os critérios de ESG estão diretamente relacionados aos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da ODS, quais sejam: erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem estar;

educação e qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução das desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança global do clima; vida na água; vida terrestres; paz, justiça e instituições eficazes; parcerias e meios de implantação (ONU, 2015). Os 17 objetivos que compõem a agenda 2030 são complementares entre si e materializam 169 metas a serem alcançadas por todos os países até 2030. Estes objetivos reúnem os maiores desafios e vulnerabilidades das sociedades como um todo, sinalizam os principais itens que devem ser acompanhados com proximidade e sinalizam grandes oportunidades.

Desta forma, considerando que no século XXI aumentou-se o interesse dos cidadãos em saber sobre a responsabilidade social corporativa das empresas e da gestão pública, as práticas de ESG estão surgindo de forma abrangente dentro da gestão pública. Ademais, além de justificativas altruístas e éticas sobre sustentabilidade, houve uma significativa alteração no debate sobre conceitos de sustentabilidade e meio ambiente, social e governança (ESG). As métricas de ESG são utilizadas para se referir não apenas a medidas de sustentabilidade ou ambientais, sociais, ou práticas de governança especificamente, mas para todos os fundamentos não financeiros que podem impactar desempenho financeiro das empresas e da administração pública, como a governança corporativa, padrões de trabalho e emprego, gestão de recursos humanos e práticas ambientais (HO, 2016).

A agenda ESG notabiliza-se por referir-se a práticas empresariais e de investimentos voltadas à persecução de lucro com critérios de sustentabilidade ambiental e responsabilidade social. Embora o eixo de impacto da agenda ESG e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU possuam uma perspectiva global, para que o seu alcance ocorra faz-se necessária a implementação destas medidas às realidades locais dos municípios. Não se pode descartar o protagonismo dos governos locais para a materialização efetiva desses princípios.

Frisa-se a competência residual prevista no artigo 30 da Constituição Federal de 1988 reserva aos municípios para legislar sobre “os assuntos de interesse local” e complementar “a legislação federal e estadual no que couber”. Portanto, os municípios devem usufruir da sua proximidade com os cidadãos para analisar e reconhecer as necessidades locais e as especificidades de sua população, para propiciar um ambiente mais favorável ao desenvolvimento sustentável baseado na proximidade existente em decorrência do federalismo brasileiro (BRASIL, 1988).

Assim, as práticas de ESG mostram-se relevantes quando aplicadas pelo serviço público como ferramenta de gestão sustentável. Incorporar práticas de ESG na administração pública significa passar a analisar de forma mais criteriosa os aspectos econômicos, financeiros, como também os sociais, éticos e de sustentabilidade de forma unificada. Esta incorporação confirma a adesão dos serviços públicos aos padrões de sustentabilidade reduzindo assim riscos, custos de capital e maior valorização dos gestores públicos locais.

Nesse sentido, os governos locais se configuram como instâncias mais próximas dos cidadãos e, conseqüentemente, estão providas com maiores recursos e habilidades de reconhecimentos das necessidades locais de acordo com as especificidades da população, viabilizando uma melhor tomada de decisão para a realidade de cada local. A proximidade entre cidadão e o seu governante existente na esfera local propicia um ambiente mais favorável para o desenvolvimento sustentável e para uma melhor qualidade democrática. (SOARES; MACHADO, 2018)

Em que pese nem sempre exista viabilidade na solução de problemas complexos nos espaços locais apenas com a gestão municipal, faz-se necessário buscar o engajamento de redes multidisciplinares. Assim, é preciso fomentar a implantação de soluções em rede, com engajamento de diversos atores governamentais, da sociedade civil e do mercado de maneira multidisciplinar tendo em vista o papel da gestão pública local na liderança de difundir políticas públicas sustentáveis.

## **DA GOVERNANÇA AO ESG NA PRÁTICA**

Embora esta expressão tenha seu berço nas iniciativas de mercado, a agenda ESG adentrou em diversas políticas de estado. No Brasil a CVM revisou regras de instruções normativas sobre o registro de emissores de valores mobiliários à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários (IN) nº 480/2009, para exigir das empresas a prestação de novas informações que reflitam aspectos sociais, ambientais e de governança corporativa para os emissores de valores mobiliários.

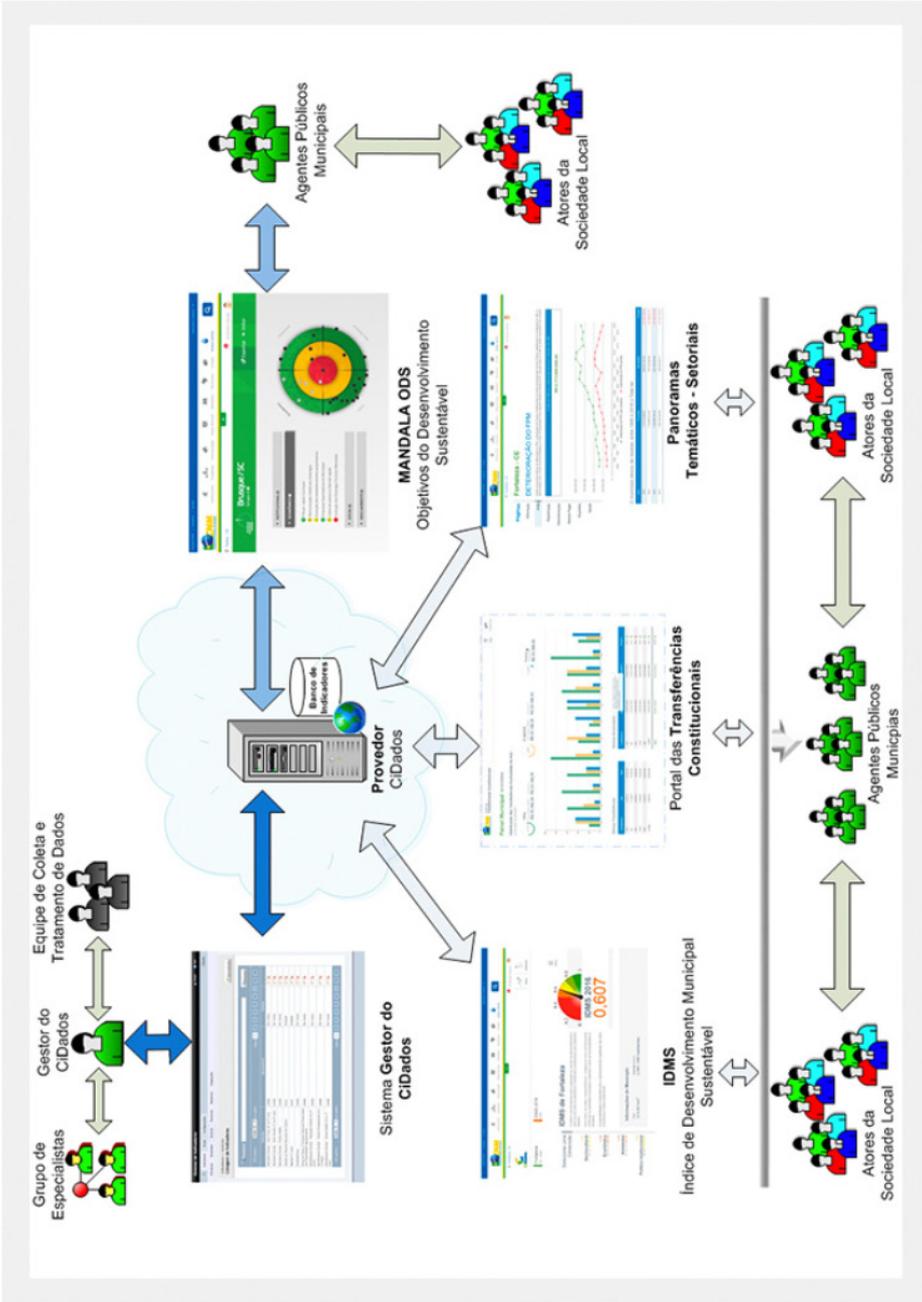
A Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto – Enimpacto surgiu no bojo da ESG, por meio do Decreto nº 9.244, de 19 de dezembro de 2017, com objetivo de fomentar um ambiente favorável ao desenvolvimento de Investimentos e Negócios de Impacto no Brasil, de forma a promover desenvolvimento econômico, resolução de complexos problemas socioambientais e oferta de melhores serviços públicos para a

população (ENIMPACTO, 2021). Consoante redação do art. 1º do Decreto nº 9.977/2019, a finalidade da Enimpecto incide em “articular órgãos e entidades da administração pública federal, do setor privado e da sociedade civil para a promoção de um ambiente favorável ao desenvolvimento de investimentos e negócios de impacto”.

Dentre os inúmeros aspectos tratados pela Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto, no âmbito do federalismo, destaca-se a integração dos órgãos de controles em processo de compras públicas, como o Tribunal de Contas da União, a Controladoria Geral da União, a Controladoria Geral dos Estados e os Tribunais de Contas Estaduais, com o objetivo de estimular a compra ou a contratação de negócios de impacto pelo Estados. Ao usufruir dos órgãos de controle se esta ligando direccionalmente às práticas de governança cooperativa aplicadas pela gestão pública.

Outro instrumento de gestão e governança que nasceu com a Agenda 2030, em decorrência dos objetivos de desenvolvimento sustentável, é a Mandala ODS, a qual funcional por meio de um aplicativo que viabiliza o diagnóstico, o monitoramento e a avaliação de desempenho dos Municípios brasileiros disponibilizado para os gestores públicos municipais e para a sociedade. A base da mandala avalia o grau de desenvolvimento municipal a partir da dimensão econômica, social, ambiental e institucional. Além disso, a Mandala ODS foi estruturada por meio da Confederação Nacional de Municípios, visando aferir o grau de sintonia das políticas públicas locais com as diretrizes propostas pela Agenda 2030 e consolida 24 indicadores e traz um mapeamento da real situação por município, sendo o sistema integrado à Plataforma Tecnológica do CiDADOS, conforme verifica-se o seguinte:

Visão geral do Cidadãos



Fonte: Confederação Nacional de Municípios (2022)

Destaca-se que a Figura 1 sobre a visão geral do CiDados sintetiza a estrutura da plataforma em serviços, atores e fluxos utilizados no processo de publicação e sistematização dos indicadores da Mandala ODS. Assim, observa-se que o processo de publicação na Mandala ODS ocorre por meio de 6 atividades: 1) estabelecimento de indicadores e critérios; 2) coleta de dados; 3) tratamento de dados; 4) sistematização; 5) validação; e 6) publicação da Mandala ODS. É importante ressaltar que está presente a participação dos atores da sociedade local em todas as etapas da Mandala ODS, ou seja, demonstra-se a importância do controle social nas diversas fases de análise e sintetização dos dados.

Por fim, outro instrumento importante na medição dos indicadores impostos pela ODS aos critérios da ESG foi elaborado pelo Centro de Liderança Pública – CLP, por meio do alinhamento de indicadores de competitividade dos municípios aos PDS e aos eixos de ESG para permitir uma integração das bases globais de referenciais, através da apuração de resultados e de divulgação de informações relevantes para sociedade e para o mercado. O Ranking de Sustentabilidade dos Municípios elaborado pelo CLP pode atuar como agente de políticas públicas de sustentabilidade uma vez que auxilia na indicação de oportunidades por parte dos governos locais no planejamento, monitoramento, execução e avaliação. (RANKING DE COMPETITIVIDADE E SUSTENTABILIDADE DOS MUNICÍPIOS, 2021).

A construção de novos rankings viabiliza uma análise completa e multidimensional de cada indicador da ODS ou eixo de impacto de ESG – ambiental, social e de governança – permitindo uma melhor compreensão sobre os desafios e potencialidades de cada município para alcançar um desenvolvimento mais sustentável e reforça a necessidade de integração de um olhar de sustentabilidade para além da competitividade entre os municípios (RANKING DE COMPETITIVIDADE E SUSTENTABILIDADE DOS MUNICÍPIOS, 2021).

Nesse sentido, os mecanismos analisados tendem a fomentar o controle social, por meio da participação dos diversos atores sociais, da governança e gestão pública, tendo em vista a realização do acompanhamento e fiscalização das atividades exercidas pelos gestores, as quais tenham como escopo atender as demandas da população por intermédio de políticas públicas, especialmente as relacionadas a concretização da Agenda 2030 e das práticas de ESG.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe referir que a pesquisa buscou responder como mecanismos de governança e controle social da gestão pública na esfera local tendem a auxiliar na concretização das práticas de ESG e da Agenda 2030. Além disso, apresentou-se como hipótese, que o controle social e a governança tendem a auxiliar na implementação das práticas de ESG e da Agenda 2030 na esfera local. A pesquisa foi dividida em três objetivos específicos, sendo: primeiro, conceituou-se a governança e o controle social na gestão pública local; segundo, analisou-se a ESG e a Agenda 2030 a partir da ótica municipal; e, terceiro, abordaram-se os estudos disponibilizados pela Confederação Nacional de Municípios (CNM) por meio da Mandala da ODS e de pesquisas desenvolvidas pelo Centro de Liderança Pública (CLP) sobre as práticas de ESG e da Agenda 2030, que viabilizam a governança e a ESG na prática.

Nesse sentido, frisou-se que o controle social se perfectibiliza por meio da participação da sociedade no agir da Administração Pública, para o acompanhamento e realização da fiscalização das ações dos gestores públicos, nos três níveis de governo – para que sejam atendidas as demandas, solucionados os problemas e mantidos os serviços que atendam a população. Assim, o controle social amplia a possibilidade de participação da sociedade nos debates públicos e na gestão dos entes federativos, ou seja, os cidadãos podem verificar como estão sendo aplicados os recursos públicos e quais são as políticas públicas voltadas para a concretização dos objetivos traçados na Agenda 2030 e de práticas de ESG para solucionar problemas de governança associados aos setores ambientais, habitacionais, sociais ou culturais.

Assim, as práticas de ESG mostram-se relevantes quando aplicadas pelo serviço público como ferramenta de gestão sustentável, ou seja, incorporar práticas de ESG na Administração Pública significa passar a analisar de forma mais criteriosa os aspectos econômicos, financeiros, como também os sociais, éticos e de sustentabilidade de forma unificada. Esta incorporação confirma a adesão dos serviços aos padrões de sustentabilidade reduzindo assim riscos, custos de capital e maior valorização dos gestores públicos locais.

Nesse sentido, os governos locais se configuram como instâncias mais próximas dos cidadãos e, conseqüentemente, estão providas com maiores recursos e habilidades de reconhecimento das necessidades locais de acordo com as especificidades da população, viabilizando uma

melhor tomada de decisão para a realidade de cada local. A proximidade entre cidadão e o seu governante existente na esfera local propicia um ambiente mais favorável para o desenvolvimento sustentável e para uma melhor qualidade democrática.

Além disso, em razão da pesquisa se encontrar em fases preliminares e não ter sido concluída, é possível afirmar que as ferramentas disponibilizadas para a população tendem a incentivar a verificação de como estão sendo aplicados os recursos públicos e quais são as políticas públicas voltadas para os objetivos traçados para solucionar problemas de governança associados aos setores ambientais, habitacionais, sociais ou culturais.

## REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz. SYDOW. *Federalismo e Governança Multinível em Regiões Metropolitanas: O Caso Brasileiro*. In: CARNEIRO, José Brasiense; FREY, Klaus. *Governança Multinível e desenvolvimento regional sustentável: Experiência do Brasil e da Alemanha*. Oficina municipal: Pinheiros, 2018.

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

BRASIL. *Decreto nº 9.244, de 19 de dezembro de 2017*. Institui a Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto e cria o Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9244.htm)> Acesso em: 17 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 9.977, de 19 de agosto de 2019*. Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto e o Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9977.htm)> Acesso em: 17 jul. 2022.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Mandala ODS*, 2022. Disponível em: <<https://ods.cnm.org.br/mandala-municipal>>. Acesso em: 16 jul. 2022.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018.

ENINMPACTO – Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto. Disponível em: <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-externo/>>

pt-br/assuntos/inovacao/enimpacto/Documento-BaseEnimpactoversorevisa-  
da17.06.2021.pdf> Acesso em: 17 jul. 22.

HERMANY, Ricardo. *(Re) Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do Direito Social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 2007.

HILL, John. *Environmental, Social, and Governance (ESG) Investing: a balanced analysis of the theory and practice of a sustainable portfolio*. New York: Academic Press, 2020.

HO, Harper. *Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide*. Virginia: Journal of Corporation Law, 2010. P. 59–112.

MONTEIRO, Susana; HORTA, Ana. Governança multinível em Portugal: fundamentos teóricos-conceituais. In: RAMOS, António Sampaio; ROMÃO, Nuno. *Coleção políticas e territórios*. Lisboa: Agência para desenvolvimento e coesão, 2018.

RANKING DE COMPETITIVIDADE E SUSTENTABILIDADE DOS MUNICÍPIOS, 2021. *Inovação e Gestão Estratégica do Impacto: inteligência de dados e competitividade em prol do desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Seall, 2021.

STOKER, Gerry. Governance as theory: five propositions. *International Social Science Journal*, v. 50. 17-28, 1998.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial Básico de Governança Organizacional: para organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU*. Brasília: TCU, 3. ed., 2020.



# INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA E O OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 10.3

Socioeconomic inclusion and the sustainable development goal 10.3

Andrielli Figueiredo Martins<sup>1</sup>  
Yduan de Oliveira May<sup>2</sup>

- 
- 1 Andrielli Figueiredo Martins, Bacharel em Direito - UNESC, Pesquisadora DISE, bolsista PIBIC, grupo de pesquisa Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), andrielli44@gmail.com.
  - 2 Yduan de Oliveira May, PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, grupo de pesquisa Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), ym@unesc.net.

## INTRODUÇÃO

O Brasil a fim de cumprir o seu papel programado pelo poder constituinte, busca junto com os demais países do mundo promover políticas públicas que assegurem o desenvolvimento sustentável do planeta. A partir disso, o Estado brasileiro junto aos demais busca cumprir as metas estabelecidas pela Agenda 2030 da ONU, almejando avanço econômico, social e ambiental. O presente trabalho, ainda em seus primeiros passos da pesquisa, procura explorar as anuências sobre o objetivo de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela Agenda 2030, notadamente a meta 10.3, qual seja, garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito (ONU, 2015), e a possibilidade do seu cumprimento diante da inclusão socioeconômica do indivíduo. A pesquisa adota o método dedutivo, pelo procedimento monográfico, utilizando técnicas de pesquisa bibliográfica, abrangendo livros, periódicos, teses, dissertações, julgados e artigos científicos.

## DESENVOLVIMENTO

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988, a qual pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional. É uma ordem constitucional voltada ao povo brasileiro, tendo em vista que em todo o decorrer do seu texto mostra estar em compromisso com a realidade, buscando, de certa forma, abranger matéria social, econômica, cultural e entre outras, a fim acentuar seu caráter dirigente e compromissado (SARLET, 2016).

O texto constitucional elencou princípios fundamentais que devem ser observados acima de todos, sendo um deles o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual busca assegurar a todos os indivíduos uma existência digna e, a partir disso, passa a ser dever do Estado promover políticas públicas que garantam efetivação do princípio norteador.

Se a dignidade da pessoa humana é o ponto comum de todo o ordenamento jurídico, pode-se afirmar que são usados inúmeros instrumentos para garantir sua devida efetivação, sendo um deles a promoção de políticas públicas que busquem garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, pois por meio da

redução das desigualdades garantimos a dignidade da pessoa humana positivada na Constituição.

Partindo desta premissa, o Brasil assumiu em 2015 o compromisso global da Agenda 2030 junto à Organização das Nações Unidas (ONU). O documento engloba dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) com 169 metas para serem cumpridas até 2030 (ONU, 2015). A agenda 2030 instituiu os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), na busca de “um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade” (ONU, 2015, p. 1). É um compromisso adotado pelo países, o qual gerará efeitos diretos à sociedade, pois ao assumirem o presente compromisso as nações buscarão formas de atingir as metas elencadas a fim de uma sociedade próspera e igual.

O Brasil, comprometeu-se a buscar o cumprimento dos ODS, empenhando-se em alcançar o desenvolvimento sustentável de suas três dimensões - econômica, social e ambiental - de forma sábia e inteira-da (ONU, 2015). Destaca-se que desde a promulgação da Constituição, o Estado brasileiro preza pelo desenvolvimento sustentável, tendo como princípios basilares a defesa do meio ambiente, a redução da desigualdade regionais e sociais e a busca da empregabilidade (CRFB/88).

O presente trabalho tem como foco especificamente a ODS número dez, a qual estabelece metas para redução das desigualdades. Dentre estas metas, interessa-se especialmente pela meta 10.3, qual seja, garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito (ONU, 2015).

A igualdade, segundo Ramos, “consiste em um atributo de comparação do tratamento dado a todos os seres humanos, visando assegurar uma vida digna a todos, sem privilégios odiosos” (2019, p. 642). A igualdade tem como objetivo principal estabelecer uma equidade que é entender que todos precisam ser assistidos, mas nem todos precisam das mesmas assistências. Por oportuno, reitera-se que constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CRFB/88).

Os objetivos de garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados deve ser idealizado em conjunto, de modo que, ao mesmo tempo que gere uma gama de oportunidades de acesso, este acesso primário tenha resultados posteriores. A desigualdade comba-

tida pela ODS 10.3, trata-se da desigualdade socioeconômica, o qual não se trata de apenas da carência de recursos para uma existência digna, mas também o afastamento do sistema reprodutivo, pois atividade econômica assume grande relevância diante do compromisso de garantir a dignidade da pessoa humana (GRAU, 2000, p. 198).

Para efetivação da redução de desigualdades de oportunidades e de resultados, precisamos buscar à inclusão socioeconômica do ser, pois a partir dela vamos conseguir avançar e cumprir a meta 10.3, dado que o direito à inclusão socioeconômica trata-se de dois marcos elencados na meta, o qual seja garantir a igualdade de oportunidades (direitos sociais) e reduzir a igualdade de resultado (direitos econômicos), porque nada adianta garantir oportunidades sem finalidade.

Pontua May, Possamai e Ramos (2018, p. 101), que o direito à inclusão socioeconômica, trata-se de uma interpretação sistemática e sociológica da Constituição, a qual parte do vínculo existente entre a ordem social (direitos sociais) e a ordem econômica (direitos econômicos). Estes estão interligadas em diversos aspectos, podendo ser pontuado o art. 170, *caput*, o qual dispõe que ordem econômica será em conformidade com os ditames da justiça social (CRFB, 2022).

Possamai e Gonçalves (2018, p. 8), descreve que o direito à inclusão socioeconômica trata-se de um direito fundamental implícito, resultado da ligação entre os direitos sociais (art. 6º, CRFB) e os direitos econômicos (art. 170, CRFB). Ainda, afirmam que esta correlação dá por meio da necessidade da efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil, como garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, possuindo correlação direta o direito à inclusão socioeconômica com a meta 10.3, a qual busca reduzir as desigualdades.

Os direitos sociais são direitos inerentes ao homem-social, diz respeito um complexo de relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve para realização da vida em todas as suas potencialidades, sem as quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens de que necessita (MORAES, 2022, p. 208). De outro ponto, os direitos econômicos são um “[...] conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonizados interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica” (PETTER, 2007, p. 22).

Os direitos econômicos criam pressupostos para existência dos direitos sociais, tendo em vista que “sem uma política econômica orien-

tada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comparam às premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos francos e mais numerosos” (SILVA, 2008, p. 286). Bruscato acrescenta que “para que o estado democrático se desenvolva é preciso que a economia do país satisfaça as exigências básicas do indivíduo, criando oportunidades para todos aqueles que deseja delas se valer, seja abrindo espaços ou restringindo abusos” (2011, p. 44).

O Estado possui o dever de estabelecer políticas públicas, a fim de promover o acesso à educação, à saúde, a segurança e entre outros direitos sociais elencados na CRFB/88. De outro ponto, na esfera econômica, o ente estatal, deve incentivar os particulares a criarem oportunidades de trabalho a todos por meio de políticas reguladoras coerentes e buscar corrigir imperfeições, a fim de assegurar que a propriedade privada cumprirá sua função social (BRUSCATO, 2011, p. 47).

A empresa basta estar ativa para que interesses sociais sejam atendidos. Não sendo necessário extrapolar suas tarefas costumeiras para objetivar sua função social, pois mantendo-se em atividade está contribuindo para atender os interesses sociais, os quais podem ser elencados: o trabalho, o recolhimento de tributos, o avanço tecnológico, o desenvolvimento local e a facilitação do acesso da população a bens e serviços (BRUSCATO, 2011, p. 49). Possuindo, a atividade empresarial, papel essencial para manutenção da sociedade, pois em escala social o direito econômico possui papel primordial na oferta de empregos, bens e serviços.

O exercício da livre iniciativa proporciona ao indivíduo o acesso ao trabalho, o qual possibilita o seu sustento e de seus familiares, proporcionando condições adequadas de vida, garantindo lhes um bem-estar social, deixando de ser apenas um parasita estatal e passa a ser contribuinte para manutenção de todos. O trabalho é um dos principais instrumentos para efetivação da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que proporciona à inclusão socioeconômica do sujeito em uma sociedade capitalista (MAY, POSSAMAI e RAMOS, 2018, p. 104).

Para May, Possamai e Ramos (2018, p. 104), o acesso ao trabalho é a materialização da inclusão socioeconômica, pois afirmam que à inclusão socioeconômica se “materializa nas condições constitucionais preparatórias ou imediatas que permitem ao indivíduo empregar-se ou empreender, ou seja, ter acesso ao trabalho, do qual possa tirar seu sustento”, o qual se efetiva em razão do exercício da atividade empresarial pelo ente-privado, dado que o Estado não será capaz de empregar toda a população.

Portanto, para cumprir a meta 10.3, qual seja, garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito (ONU, 2015), é necessário que o Estado assegure aos indivíduos o pleno gozo dos seus direitos sociais por meio de políticas públicas e atue no âmbito econômico proporcionando políticas coerentes, almejando expansão econômica e, portanto, maior empregabilidade. Já o setor privado deverá cumprir sua função social, respeitando os limites da lei, agindo sem abusos, proporcionando oferta de emprego ao indivíduo para que ele “contribua financeiramente para a manutenção de si e dos seus, em sociedade” (MAY, POSSAMAI e RAMOS, 2018, p. 104).

A fim de almejar à inclusão socioeconômica e cumprir a meta 10.3, é necessário um trabalho conjunto entre o setor público e o privado, tendo em vista que o Estado regulamenta inclusão social, mas é o setor privado que estabelece a mais completa forma de inclusão, ou seja, inclusão socioeconômica, dado que as empresas possibilitam o acesso ao emprego e possuem deveres coletivos que beneficiam toda a sociedade, como por exemplo, garantir os direitos trabalhistas elencados na norma constitucional e nas legislações correlatas (MAY, POSSAMAI e RAMOS, 2018). O compromisso conjunto entre o ente público e o privado asseguraram à inclusão socioeconômica do indivíduo e, conseqüentemente, cumpriram o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 10.3.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante o exposto, pode-se concluir que para o cumprimento da Agenda 2030, especificamente a meta 10.3, é necessário promover à inclusão socioeconômica do ser por meio de políticas públicas e parcerias público-privado, bem como, entender papel fundamental do direito econômico para viabilizar o cumprimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela ONU, pois conforme exibido os direitos sociais e econômicos estão intrinsecamente ligados sendo fundamental o papel do ente privado para manutenção da coletividade como um todo, proporcionando desenvolvimento social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 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: 01 jun 2022a.

BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAY, Yduan; POSSAMAI, Angélica; RAMOS, Thais. *Direitos socioeconômicos*. 1.ed. Curitiba: Multideia, 2018.

MORAES, Guilherme Peña D. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2022. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772827/>>. Acesso em: 05 jul 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em 05 mai 2022.

RAMOS, André de C. *Curso de Direitos Humanos*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616633/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

POSSAMAI, Angélica Pereira; GONÇALVES, Claudia Bauer. *O Direito Fundamental à Inclusão Socioeconômica na Perspetiva da Justiça Distributiva*. XIV Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/17972>>. Acesso em 03 jun 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucion São Paulo: Malheiros: 2008.

# O CASO DA PROCURADORA AGREDIDA POR UM COLEGA DE TRABALHO DO MUNICÍPIO DE REGISTRO E A OMISSÃO LEGISLATIVA PERANTE A MULHER TRABALHADORA

The case of the attorney assaulted by a coworker from the municipality  
of registration and the legislative omission towards working women

Isadora Hörbe Neves da Fontoura<sup>1</sup>  
Suzéte da Silva Reis<sup>2</sup>

- 
- 1 Mestranda em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC. Endereço eletrônico: isadorahorbe@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9740515127681628>.
  - 2 Doutora em Direito (Área de concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas) pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Professora de Cursos de Especialização Lato Sensu em diversas instituições de ensino superior. Coordenadora do grupo de pesquisas “Relações de trabalho na contemporaneidade”, ligado ao PPGD UNISC. Endereço eletrônico: sreis@unisc.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0526411653933592>.

## INTRODUÇÃO

O presente resumo tem como objetivo analisar o caso da procuradora agredida por um colega de trabalho e a omissão legislativa perante a mulher trabalhadora. Para isso, busca-se responder ao seguinte problema de pesquisa: O ordenamento jurídico é omissivo referente ao caso da procuradora que foi vítima de violência em seu ambiente de trabalho? O método de abordagem será o dedutivo, o método de procedimento será o monográfico e as técnicas de pesquisa estarão baseadas em consultas em livros, sites, etc.

A Lei 11.340 de 2006, intitulada como Lei Maria da Penha, foi sancionada com o propósito de erradicar a violência doméstica contra as mulheres, haja vista ser um fenômeno muito constante no cotidiano de algumas delas. Dessa forma, esta Lei tem como finalidade proteger as mulheres que são agredidas em âmbito doméstico e familiar, ou seja, a vítima deve ser agredida por um parente, amigo, irmão, companheiro ou marido.

Entretanto, é imprescindível afirmar que as mulheres não sofrem somente violência em âmbito doméstico e familiar, mas também em outras áreas de suas vidas que, infelizmente, a Lei 11.340 não tem como objetivo combater, como o exemplo da área trabalhista. O ordenamento jurídico brasileiro é omissivo referente a mulher que é trabalhadora e é vítima de alguma ou de todas as espécies de violência que a supracitada Lei repugna.

Este ano houve um caso de violência prevista na Lei Maria da Penha entre autoridades públicas. Inquestionavelmente, não é a primeira situação em que uma mulher trabalhadora é agredida no âmbito laboral, todavia, por se tratar de pessoas que possuem cargos notórios, a situação foi amplamente divulgada, causando repercussões a respeito dos direitos trabalhistas das mulheres.

## A LEI MARIA DA PENHA E A LIMITAÇÃO DO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR

No ano de 1983, Maria da Penha Maia Fernandes foi baleada enquanto estava dormindo por seu ex-marido, o colombiano Marco Antônio Heredia Viveiros. Em virtude dos tiros, Maria da Penha ficou paraplégica. Na condição de paraplégica e não suportando mais viver sendo agredida, a vítima foi atrás de seus direitos tornando-se conhecida no Brasil como um símbolo contra a violência conjugal. (PENNA, 2019).

Nesta seara, o caso de Maria da Penha se tornou famoso nacionalmente, tendo uma repercussão de tal ordem que fez com que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), formalizassem uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Portanto, a partir desta denúncia, o Brasil foi condenando internacionalmente no ano de 2001 ao pagamento de indenização em favor da vítima Maria da Penha Maia Fernandes, também sendo o Brasil responsabilizado por negligência e omissão. (PENNA, 2019).

A Lei 11.340/06, frente a isso, traz em seu bojo garantias à repressão da violência doméstica e familiar contra o gênero em questão. Isto é observável diante da evolução histórica e social, que gradativamente expõem a mulher ao não subordinar-se, ao não aceitar o tratamento desigual e assim garantir o devido respeito e a necessária imposição de suas características individuais e pessoais na sociedade moderna. A referida Lei, foi intitulada como Maria da Penha, em virtude e por razão de homenagem a uma vítima de violência doméstica e através de seu texto concretiza benefícios e direitos - assegurados pelo poder público -, no reparo do mal causado mediante violência praticada contra a mulher no âmbito da relação íntima de afeto (TRINDADE, 2016, p. 2).

E, em 7 de agosto de 2006, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei Maria da Penha, em homenagem a vítima Maria da Penha, que teve coragem de ir atrás de seus direitos, mesmo a justiça brasileira sendo negligente e desmotivadora.

No Brasil, a Lei n. 11.340/2006 ou Lei Maria da Penha, emergiu como uma possibilidade jurídica ao resguardo dos direitos da mulher; a mesma apregoa que as violências, doméstica e familiar contra a mulher, compõem-se como violação aos direitos humanos e apesar disso, é crescente o número de casos de violência contra a mulher, definindo-se frente as relações domésticas e afetivas de forma a promover inquietações acerca da eficiente aplicabilidade e eficácia da referida Lei n.11.340/2006 (TRINDADE, 2016, p. 2).

Portanto, a Lei Maria da Penha foi criada com a finalidade de proteger todas as mulheres que se encontram em situação de violência

física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Em seu artigo 2º, a supracitada Lei discorre que as mulheres são detentoras de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, sendo que é direito delas viverem uma vida sem violências, preservando suas saúdes físicas e mentais, bem como seus aperfeiçoamentos morais, intelectuais e sociais. (BRASIL, 2006).

A história da Lei Maria da Penha acompanha a luta pela não discriminação e não violência contra a mulher, uma vez que a mesma busca a conscientização da sociedade quanto à gravidade desse tipo de violência, considerando-o um problema social. Essa tendência, qual seja, da eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, pode ser verificada em algumas convenções ofertadas em favor da proteção dos Direitos da Mulher (GUIMARÃES, 2020, p. 19).

Desse modo, é inquestionável afirmar que a Lei 11.340 de 2006 é um dispositivo jurídico que revolucionou os direitos das mulheres garantindo as suas seguranças se fossem agredidas. Todavia, há uma limitação na referida Lei, que, infelizmente, acaba prejudicando muitas mulheres que sofrem agressões.

O artigo 5º da Lei Maria da Penha dispõe que:

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: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

O mencionado artigo 5º é nítido ao dizer que para a mulher receber a proteção da Lei 11.340, ela deverá ter sofrido violência em âmbito doméstico e familiar, sem apresentar nenhuma exceção se ela for vítima de violência em outro ambiente. Portanto, caso a ofendida seja agredida no âmbito laboral, ela não estará sob a proteção da supracitada Lei. Contudo, há uma contradição ao principal objetivo pela qual foi criada a Lei Maria da Penha: proteger a mulher quando sofrer uma de suas 5 formas de violências.

As violências que a Lei 11.340 de 2006 visa combater estão em seu artigo 7º, quais sejam:

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 ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Resolução dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

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 (BRASIL, 2006).

Dessa maneira, se uma mulher for vítima de uma das 5 mencionadas espécies de violência do artigo 7º da Lei 11.340, em âmbito doméstico e familiar, terá a proteção da supracitada Lei. Então, se a ofendida sofrer alguma tapa, alguma humilhação, ter seus objetos furtados ou ser difamada, injuriada ou caluniada por um homem, somente terá a proteção da Lei Maria da Penha se for no âmbito doméstico e familiar.

## **O CASO DA PROCURADORA AGREDIDA POR SEU COLEGA DE TRABALHO E A OMISSÃO LEGISLATIVA PERANTE ELA**

Existe um único dispositivo no ordenamento jurídico que trata sobre a situação em que a mulher é vítima de uma violência e é uma trabalhadora, sendo o artigo 9º, §2º, incisos I e II da Lei Maria da Penha.

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses (BRASIL, 2006).

No inciso I do mencionado artigo 9º, o magistrado garante a remoção quando a vítima for integrante da administração direta ou indireta, o que é considerado uma previsão legal satisfatória para as mulheres que são servidoras e vítimas de violência. Contudo, o II discorre que o juiz irá conceder manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do âmbito laboral, por um prazo de até seis meses.

Para a mulher que foi vítima de alguma espécie de violência, retornar ao trabalho após as agressões que sofreu, pode fazer com que ela desenvolva outras doenças, pois ela não está com o seu psicológico equilibrado. Nenhum ser humano quando sofre uma violência consegue ficar saudável, sem nenhuma sequela. Dessa forma, é necessário afirmar que há graves omissões legislativas no artigo 9º da Lei 11.340 de 2006 e, inquestionavelmente, como as mulheres não possuem o conhecimento de quem

irá realizar o pagamento de seus salários, pois o ordenamento jurídico é omissivo nesta questão, podem não denunciar seus agressores pelo medo de não conseguirem se sustentar.

Entretanto, este ano ocorreu um caso de agressão física entre autoridades públicas e colegas de trabalho. Gabriela Samadello Monteiro de Barros, procuradora-geral do município de Registro do Estado de São Paulo, foi espancada por Demétrius Oliveira de Macedo, também procurador do município de Registro.

“Recebi socos na cabeça, por pouco não desmaiei. Achei que fosse apanhar até morrer. Uma colega felizmente conseguiu contê-lo e outra me puxou para uma sala, passando a chave. Chamamos a polícia, que enfim o deteve”, Gabriela relatou. (G1, 2022). O procurador Demétrius possuía histórico de ter comportamento agressivo contra as mulheres. Daniel Vaz Rocha, delegado responsável pelo caso, discorre que o agressor “vem tendo sérios problemas de relacionamento com mulheres no ambiente de trabalho, sendo que, em liberdade, expõe a perigo a vida delas e, conseqüentemente, a ordem pública”. (CORREIO BRAZILIENSE, 2022).

Demétrius afirmou à Polícia Civil que sofria assédio moral no trabalho pela procuradora-geral e confessou o ataque. Contudo, não foi a primeira vez que o procurador teve uma atitude reprovável no ambiente de trabalho, em virtude de que outra servidora havia relatado que estava sentindo receio de trabalhar no mesmo ambiente que ele. Dessa forma, a procuradora Gabriela havia solicitado a abertura de um processo administrativo contra o procurador Demétrius para que pudesse apurar as denúncias de hostilidade com essa funcionária da repartição. (JC, 2022).

No entanto, a procuradora Gabriela foi espancada, ou seja, sofreu violência física, no mesmo dia em que foi publicado no Diário Oficial do município de Registro a criação de uma comissão para apurar os fatos, após ela cobrar providências a respeito do anseio da servidora em ficar perto do procurador Demétrius. Conforme a procuradora Gabriela, este seria o motivo para o agressor ter violentado ela. Gabriela ainda discorre que possuía medo da reação do procurador, mas que não imaginava que fosse chegar ao nível de uma violência física, mas de uma conversa não civilizada. (JC, 2022).

Além da ação criminal, o procurador também responderá por um processo administrativo que pode ter como resultado final a sua exoneração. Ainda, Demétrius foi suspenso do cargo pelo período de 30 dias

e teve o seu salário suspenso, consoante decisão publicada no Diário Oficial do município de Registro. (JC, 2022).

Ainda, outros desdobramentos irão ocorrer deste caso, como discorre o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB:

O presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil/Secional de São Paulo (OAB-SP) determinou a instauração de ofício de representação contra Macedo, que deve comparecer para se manifestar sobre os fatos para deliberação do tribunal competente, que deve concluir o processo no prazo máximo de 90 dias, segundo nota divulgada (JC, 2022).

Este é um caso que se tornou público por se tratar de autoridades públicas, mas indubitavelmente existem muitas mulheres como a Gabriela que passam por situações semelhantes no ambiente de trabalho, só que não são autoridades públicas e não são protegidas pelos dispositivos legais brasileiros. Mas se a procuradora Gabriela desejar ficar afastada do trabalho, por não ter condições psicológicas de retornar, quem será o responsável pelo pagamento de seu salário? O próprio município de Registro ou o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS)?

É considerado uma tragédia jurídica não ter uma previsão legal do responsável pelo pagamento do salário da mulher trabalhadora e que foi injustamente vítima de uma violência. O objetivo da Lei Maria da Penha é nobre perante as mulheres que são vítimas de alguma forma de violência em âmbito doméstico e familiar, mas nos casos em que ocorre violência fora destes âmbitos, a mencionada Lei é omissa e, também, injusta. A Lei 11.340 deveria proteger todas as mulheres, sem nenhuma exceção.

Diante do exposto, o procurador Demétrius será punido por suas agressões, mas os direitos da Gabriela como uma mulher trabalhadora e vítima de violência, são omissos perante a lei. Caso a procuradora deseje se afastar do seu ambiente de trabalho e, caso seja possível, precisar de mais de 6 meses de ausência, o ordenamento jurídico não terá como auxiliá-la, em virtude de não existir uma resposta para esta urgente questão.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A principal finalidade da Lei 11.340 de 2006 é proteger todas as mulheres quando estiverem em cenário de violência, ou seja, quando sofrerem violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Todavia,

em seu artigo 5º, a supracitada Lei é contraditória quando limita a sua proteção ao âmbito doméstico e familiar, pois as mulheres sofrem também violência em outras esferas de suas vidas.

O artigo 9º, §2º, I e II da Lei Maria da Penha é o único dispositivo que trata a respeito da mulher trabalhadora e vítima de violência, todavia, é omissivo perante a quem será o responsável pelo pagamento do salário da ofendida se ela obtiver a manutenção do vínculo trabalhista, e, com isso, muitas mulheres deixam de denunciar seus agressores pelo medo de não terem como se sustentar.

Este ano um caso de violência entre duas autoridades públicas se tornou nacionalmente notório e teve muitos desdobramentos, contudo, esta não foi a primeira e, provavelmente, não será a última situação em que uma mulher trabalhadora é agredida em seu ambiente de trabalho. A procuradora Gabriela sofreu violência física de seu colega Demétrius, também procurador, que será punido por sua agressão. Contudo, se Gabriela precisasse se afastar do trabalho para poder se reequilibrar, o ordenamento jurídico é omissivo quanto a questão de quem será o responsável pelo pagamento de seu salário.

Diante do exposto, é de suma importância que a trágica situação que a procuradora Gabriela Samadello viveu em seu ambiente de trabalho, seja um exemplo para que haja efetiva mudança no ordenamento jurídico referente as situações em que a mulher é vítima de violência e é, também, uma trabalhadora.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.* Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07, ago, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 15 jul. 2022.

CORREIO BRAZILIENSE. *Quem é Demétrius Oliveira de Macedo, agressor de procuradora em São Paulo?* 2022. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br>

se.com.br/brasil/2022/06/5017516-quem-e-demetrius-oliveira-de-macedo-agressor-de-procuradora-em-sao-paulo.html. Acesso em: 15 jul. 2022.

G1. *Quem é Gabriela Samadello, procuradora-geral espancada durante expediente em prefeitura*. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2022/06/25/quem-e-gabriela-samadello-procuradora-geral-espancada-durante-expediente-em-prefeitura.ghtml>. Acesso em: 15 jul. 2022.

GUIMARÃES, Helingto Rodrigues. *Efetividade da Lei Maria da Penha no combate à violência contra a mulher*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, Gama, 2020. Disponível em: [https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/429/1/Helington%20Rodrigues%20Guimaraes\\_0001820.pdf](https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/429/1/Helington%20Rodrigues%20Guimaraes_0001820.pdf). Acesso em: 15 jul. 2022.

JC. *Procurador que agrediu a chefe é preso em clínica psiquiátrica*. 2022. Disponível em: <https://jcconcursos.com.br/noticia/brasil/procurador-que-agrediu-chefe-e-presos-em-clinica-psiquiatrica-saiba-motivo-do-ataque-97320>. Acesso em: 15 jul. 2022.

PENNA, Paula Dias Moreira. *Mulheres em situação de violência doméstica – um diálogo entre a psicanálise e o direito*. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2019.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. *Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária*. In: seminário nacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. 12., mostra internacional de trabalhos científicos, 3., 2016. Santa Cruz do Sul. Anais eletrônicos... Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Documents/Faculdade/TCC/O%20final%20-%20TCC%20-%20fim%20do%20fim.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022

# O MUNICÍPIO COMO PROTAGONISTA: A ATUAÇÃO DO PODER LOCAL NA CONSOLIDAÇÃO DOS LOTEAMENTOS POPULARES DO PROGRAMA MINHA CASA VERDE AMARELA

The municipality as the protagonist: the action of the local government in the consolidation of the popular allotments of the program my yellow green house

Paula Meinhardt Aguiar<sup>1</sup>  
Gabriela da Silva André<sup>2</sup>

- 
- 1 Paula Meinhardt Aguiar é estudante do sexto semestre de direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Atua como bolsista PUIC/UNISC no Grupo de Estudos Gestão Local e Políticas Públicas, mantido pelo PPGD UNISC e orientado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany. E-mail: pmaguiar4@gmail.com
  - 2 Gabriela da Silva André é estudante do sexto semestre de direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Atua como bolsista FAPERGS no Grupo de Estudos Gestão Local e Políticas Públicas, mantido pelo PPGD UNISC e orientado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany. E-mail: gabiandre01052001@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O Município, após a promulgação da Constituição de 1988 recebeu um status de importância que antes apenas era destinado aos governos estaduais e ao Governo Federal. Em razão disso, podemos observar que diversas políticas públicas implementadas passam a ter como grande impulsionador o Município. Os loteamentos populares que são oriundos do Programa de Habitação do Governo Federal Minha Casa Verde Amarela, antigo projeto Minha Casa Minha Vida de 2009, são um grande exemplo de como uma política pública se institui no Município e modifica a vida de uma parte da sociedade de maneira integral.

Porém, há um extenso trabalho a ser realizado pelo ente municipal para que esses loteamentos possam ser proporcionados de maneira adequada, onde não ocorra a privação do direito a cidade e dos serviços públicos, em contrapartida existe pouco reconhecimento e retorno financeiro para o Município, que fica a cargo de toda a execução.

Desse modo, diante da fragilidade dos demais entes federativos em contribuir para a promoção das políticas públicas de direito à moradia surge o seguinte questionamento: qual é a importância do Município na execução dos loteamentos populares, constituídos através do programa de habitação Minha Casa Verde Amarela?

Desta forma, buscando responder ao questionamento utiliza-se o método de abordagem dedutivo, pois realiza uma análise do geral – sobre o direito à moradia e o programa Minha Casa Verde Amarela – para o particular – buscando verificar os desafios e impactos na consolidação dessa política pública – até a conclusão. Quanto ao método de procedimento utiliza-se o hermenêutico, que possibilita a correta interpretação dos textos e análise das ações, o que se torna relevante, pois com ela é possível efetuar uma correta crítica à realidade da realidade dos loteamentos populares.

Quanto a técnica de pesquisa aplicada é bibliográfica, visto que se volta para a análise de documentações indiretas, observando os contornos e fundamentos da legislação, além de utilizar diversas obras, livros, artigos, monografias, dissertações, teses, que dispõe sobre os as temáticas abordadas na pesquisa. Além disso, como objetivos específicos elencam-se dois: de início, identificar o que é o direito à moradia e a importância que ele recebeu após a instituição do programa; e, por último, identificar a importância do poder local na consolidação dessa política.

## DESENVOLVIMENTO

O Brasil é o maior país da América Latina, possuindo uma população também de grande extensão, com diferenças sociais e regionais em cada um dos seus 5.570 municípios. Assim, existe um grande desafio para o governo em proporcionar todos os direitos básicos para os cidadãos, cabendo, a partir da Constituição de 1988, redirecionar papéis para que todas as políticas públicas possam ser atendidas pelos entes federativos nos quais compete cada tema.

Em razão de que existe um elevado número de pessoas que vivem em condições de extrema miséria, o tema da propriedade acaba por se tratar de um assunto não acessível para todos. Assim, como podemos observar em 2013, no Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, já se discutiam as péssimas condições que alguns brasileiros sobrevivem.

As atuais condições de moradia de milhares de brasileiros chegam a ser deprimentes e configuram verdadeira “chaga social” para grande parte das metrópoles do País. Faz-se, portanto, urgente que se dê início a um processo de reconhecimento da moradia como célula básica, a partir da qual se desenvolvem os demais direitos do cidadão, já reconhecidos por nossa Carta Magna: a saúde, o trabalho, a segurança, o lazer, entre outros. Sem a moradia, o indivíduo perde a identidade indispensável ao desenvolvimento de suas atividades, enquanto ente social e produtivo, se empobrece e se marginaliza. Com ele se empobrece, invariavelmente, a Nação. (BRASIL, 2013)

Portanto, desde 2009, quando o projeto, antes intitulado Minha Casa Minha Vida iniciou, milhares de famílias tiveram a oportunidade de ter um lar para chamar de seu, através de um instrumento jurídico oriundo do Código Civil de 2002, denominado Alienação Fiduciária, onde essas famílias financiam o imóvel por meio da Caixa Econômica Federal, pagando várias parcelas para que o valor seja muito abaixo do que se adquirir um imóvel comum, e ao final com a total quitação o imóvel acaba pertencendo a eles, ou seja, o imóvel se torna uma garantia somente após a finalização do pagamento.

Contudo, observa-se que existem diversas realidades diante de todo o projeto da política pública, e que em se tratando de loteamentos que muitas vezes foram construídos às pressas, sem muitos recursos oriundos do Governo Federal necessários para o aporte, verifica-se então,

a falta de planejamento do poder público para que fosse possível que essas pessoas possam ser inseridas nesses locais.

Outrossim, em se tratando de moradores que de acordo com os requisitos do Programa Minha Casa Verde Amarela, possuem menos condições financeiras, não seria possível viver em um local onde não sejam observadas as distâncias entre os serviços públicos, e ter que pagar por um atendimento médico que não fosse do Sistema Único de Saúde, ou um transporte que não fosse um ônibus.

Portanto, apesar de proporcionar a moradia digna, existem diversos detalhes a serem observados no contorno do loteamento, e assim relacionamos com o direito à cidade, que após a Lei nº 10.257 de 2001, o Estatuto da Cidade determinou diversas normativas que devem ser observadas para a implementação de políticas de habitação, bem como definiu ainda mais a atuação do poder local.

Dessa forma, o poder local torna-se um pilar fundamental para a realização de projetos sociais que envolvam uma moradia digna, segundo Dowbor (1994, p. 26) “o poder local, com os seus instrumentos básicos, que são a participação comunitária e o planejamento descentralizado, constitui, nesse sentido, um mecanismo de ordenamento político e econômico”, portanto o direito a cidade é delimitado e resolvido pelos municípios vigentes.

Em consequência, o poder local tem o dever de aderir as políticas públicas governamentais de moradia, de maneira que proporcione aos cidadãos uma maior qualidade de vida, cumprindo-se as necessidades que vão além apenas de uma moradia, como o acesso a saúde, educação e segurança. Villasante (1988, apud Fischer, 1992) conclui que o local é menos um espaço físico e mais um conjunto de redes estruturadas em torno de interesses identificáveis. Essa identificação leva a indagações sobre o espaço político local, as competições e os conflitos, sobre a memória política local e as formas de exercício do poder. O local é, então, a singularidade, com história e memória próprias, com identidades e práticas políticas determinadas. “Como objeto de investigação o local não é, portanto, apenas fisicamente localizado, mas socialmente construído” (FISCHER, 1992, 107).

Em razão disso, evidencia-se que a cidade é entendida não somente como território que concentra um importante grupo humano e uma grande diversidade de atividades, mas também como um espaço simbiótico (poder político-sociedade civil) e simbólico (que integra culturalmente, dá identidade coletiva a seus habitantes e tem um valor de

marca e de dinâmica com relação ao exterior), converte-se num âmbito de respostas possíveis aos propósitos econômicos, políticos e culturais de nossa época. (CASTELLS; BORJA, p 157 1996)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em virtude dos fatos mencionados, a partir de uma análise do impacto dos loteamentos populares por meio de financiamento junto ao Governo Federal, percebe-se que o projeto inicial correspondia aos anseios fundamentados pela Constituição Federal de 1988, mas que em se tratando de um país de grande extensão e com muitas divergências sociais, se tornou um tanto complexo administrar o referido projeto.

Observamos a necessidade de repensar o Projeto Minha Casa Verde Amarela, para que ele não se trata somente de um projeto que concede moradia para aqueles que não conseguem adquirir pela via tradicional, mas que acabe sendo um projeto que possa conceder um recomeço para as milhares de famílias e proporcione os serviços públicos de qualidade em suas proximidades, bem como transporte e postos de trabalho. Com a atuação dos poderes públicos federais, estaduais e municipais, é possível criar alternativas para sanar esses eventuais problemas no que tange o tema.

Por isso, se torna necessário um olhar especial ao Poder Municipal, pois entendendo-se que o município, o bairro, ou ainda um vale numa área rural, será o lugar de vida dos filhos, dos netos, a quem é preciso deixar algo melhor: é este problema o que enfrentamos. Por fim, respondendo ao questionamento inicial, demonstra-se que o Município tem papel fundamental na consolidação do Minha Casa Verde Amarela, pois é este ente federativo que tem a maior possibilidade para compreender as necessidades do seu povo, sabendo qual direcionamento deve ser dado para cada loteamento popular, como por exemplo qual a viabilidade de construção de creches, postos de saúde e postos de trabalho, além de que o Município entende quais são os recursos necessários para que os demais serviços possam ser oportunizados. Porém, falta o reconhecimento por parte do Governo Federal de que o Município é de suma relevância para implementação desse projeto, deixando muitas vezes o poder local à mercê de ter que arcar com a maioria dos custos e problemas.

## REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. *As cidades como atores políticos*. Novos Estudos CEBRAP n.º 45, julho 1996.

DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local?* Imperatriz: Ética Editora: 1994.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda Constitucional n.º 601*. Brasília, 15 de dezembro de 1998. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em 13 de março de 2022.

# A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR: ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA LOCAL PARA O AVANÇO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

The public audience as an instrument of popular participation: monitoring of local public management for the advancement of participatory democracy

Rogério Gesta Leal<sup>1</sup>  
Thaís Louise Dias Veiga<sup>2</sup>

---

1 Doutor em Direito e Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. [gestaleal@gmail.com](mailto:gestaleal@gmail.com)

2 Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-Graduada em Gestão Pública Municipal pela UFSM. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. [thaisveiga88@hotmail.com](mailto:thaisveiga88@hotmail.com)

## INTRODUÇÃO

A proposta abordada pela presente pesquisa versa sobre a análise dos instrumentos de participação popular que ampliem cada vez mais a participação da sociedade civil permitindo sua atuação no contexto social, principalmente no que diz respeito ao gerenciamento das políticas públicas por meio de audiências públicas para o controle da aplicação dos gastos públicos.

Para tanto este estudo em um primeiro momento buscou demonstrar a relação entre a dinâmica do exercício da cidadania com o controle social da gestão pública local, de modo a conscientizar acerca dos direitos e responsabilidades a qual temos, inclusive, quanto ao controle dos gastos públicos se a sociedade desenvolver seu papel de atuação participativa na gestão pública, buscando fomentar os debates sobre as formas que podemos atuar nos processos de elaboração e discussão dos planos de governo, fazendo jus aos meios de exercício da cidade que temos a disposição como ferramenta para o combate ao déficit democrático. E em um segundo momento estudar a Audiência Pública como um dos instrumentos para a concretização da gestão pública local democrática e transparente no que tange o controle e fiscalização dos gastos públicos.

Dando assim maior relevância ao controle social da gestão pública a fim de estudar ferramentas significativas para um contexto de Administração Pública mais transparente, partindo da problemática do déficit democrático de milhares de cidadãos agindo como meros expectadores na circunstância do cenário atual revelador de desinteresse dos indivíduos nos assuntos coletivos e de pouca atuação do exercício da cidadania, o que não condiz com o cenário político democrático que fazemos parte.

Avançar no controle social da gestão pública de modo a revelar à sociedade civil os meios de direitos e responsabilidades que possuem para colaborar com o desenvolvimento maior das necessidades da sua comunidade, fortalece a democracia e traz benefícios para uma boa administração pública assumir suas funções com mais transparência, eficiência e eficácia alinhada às demandas da sua comunidade. A discussão e o palco de debates e avaliação com a população é importante subsídio para a gestão pública local traçar e cumprir suas prioridades e metas, e o acompanhamento e avaliação dos recursos e aplicação dos gastos públicos deve se integrar aos instrumentos de participação popular como ponto fundamental para a democratização da sociedade e consolidação

da cidadania que não pode ficar restrita à meros atos do governo de divulgação da sua gestão.

A democratização do controle social na gestão pública local auxilia a sociedade não só a controlar as ações do governo municipal, como também permite que a sociedade civil atuem na vida política e social contribuindo para a formulação das propostas de prioridades e de intervenção e as ofereçam ao poder público para buscar implantação, promovendo assim ampliação da transparência e promoção da cidadania.

## **DESENVOLVIMENTO**

No momento em que o indivíduo reconhece sua importância, e autorresponsabilidade, na participação do contexto social, mais especificamente no que diz respeito ao gerenciamento das políticas públicas, nota a dinâmica da relação entre o binômio Estado-Sociedade e seu papel em colaborar para uma troca de experiência capaz de promover o envolvimento da população com os assuntos de seus interesses.

A efetivação da participação popular ainda é muito tímida e restrita, não registrando de fato uma maior participação da sociedade civil nas decisões, o cenário atual acaba sendo de pouca participação nos mecanismos de elaboração de políticas públicas e nas decisões, inclusive levando em conta experiências como as dos Conselhos Municipais de Gestão e Orçamento Participativo, que embora acenem para um progresso na direção da democratização da gestão pública local, ainda não o fazem efetivamente.

A participação popular é fundamental para o êxito da ação governamental em prol das demandas alinhadas as necessidades da sociedade, constituindo maior identidade dos governos locais com seus municípios. Sendo assim o avanço na materialização da democracia seria melhor trabalhado como instrumento de conscientização e participação cidadã se houver um crescimento maior de interesse e acesso às ferramentas de controle social na gestão pública.

Para tanto é necessário educação democrática constituída em valores e comprometimento com uma ação reflexiva de estudos e debates sobre questões relacionadas ao bem comum e a importância do exercício da cidadania, baseando-se em uma proposta que se sustente pelos fundamentos da Constituição Federal de 1988 que assegura a participação

popular como Princípio Constitucional<sup>3</sup>, respeitando a característica natural de modelo de Estado Democrático onde se permite o exercício da cidadania como forma de controlar a Administração Pública através das ferramentas de democracia participativa no Brasil, se apropriando legitimamente do exercício do poder político por parte dos cidadãos.

Nesse sentido:

“é preciso que haja processos cognitivos e compreensivos por parte dos cidadãos dos quais resultem obediência fática, pois, sem este grau de consolidação cognitiva, a concretização e funcionalidade destas normas e políticas públicas entram em erosão significativa, convertendo-se em promessas vazias” (LEAL. 2020, p. 48)

A participação na esfera local surge como condão de proporcionar um diálogo entre Administração Pública e sociedade pela ótica da administração dialógica, e favorecer consequentemente a tomada de decisões mais consciente e eficaz. E no âmbito municipal a proximidade entre as pessoas teria justamente o papel de potencializar essas medidas de deliberação coletiva, ganhando mais oportunidade de participação popular no âmbito local e garantir a participação e acesso a formulação, acompanhamento e execução de políticas públicas.

Cada indivíduo existe de forma recíproca e a democracia favorece essa complexa relação, já que os indivíduos ajudam, regulam e controlam a sociedade para que esta se desenvolva. Nesse contexto, considera-se o direito de participar das decisões públicas que venham a interferir na vida particular de cada cidadão, um verdadeiro sentimento ético e forte de consciência da cidadania que não deixa passar nada, bem como a responsabilidade de não abrir mão do poder de participação das decisões e destino Município ao acompanhar os assuntos de interesse comum.

---

3 O artigo 5 da nossa Constituição de 1988 assegura em vários incisos o Princípio Constitucional da Participação Popular, dentre eles, o inciso XIV, XXXIII e XXXIV onde está disposto o direito do acesso à informação, bem como de receber informações dos Órgãos Públicos e o Direito de Petição. Nos incisos LV e LXIX, está garantido o devido processo legal administrativo e o mando de segurança contra a ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública. Já no inciso LXXIII, encontra-se a garantia para o controle da conduta dos agentes públicos pelo cidadão através da Ação Popular. No artigo 14 há a garantia da participação popular que assegura a soberania popular do voto direto e secreto, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, instrumentos esses de democracia participativa; bem como a previsão do artigo 29, XII que assegura a participação no planejamento no âmbito municipal.

Garantir o uso dos instrumentos de participação popular que favoreça uma relação governo/cidadão mais próxima e transparente, permite o controle social nos rumos da administração local. É imprescindível que os cidadãos exijam do Estado mais qualidade de retorno e alocação dos recursos públicos que se reverta em qualidade na prestação de serviço público ou demais políticas públicas de inclusão social, bem como é uma responsabilidade, e aqui não usando o termo “dever” que remete à impressão de governo autoritário, mas a responsabilidade que deve ser assumida por parte dos cidadãos em participar mais ativamente das decisões políticas e assuntos públicos que favoreça a uma boa gestão de administração.

A responsabilidade em fiscalizar não consiste apenas em acompanhar e controlar a aplicação dos recursos públicos, isto é, encontra-se pautado também no dever que toda a sociedade tem e garantir a execução dos programas de governo; garantir que as demandas prioritárias da sociedade sejam atendidas; impedir que as prefeituras realizem gastos que não estejam previstos no orçamento; requisitar informações orçamentárias, entre outros meios que são capazes de assegurar a participação da sociedade na gestão pública.

A democratização da gestão municipal e a qualidade da participação da sociedade civil nos espaços públicos, envolve necessariamente a questão orçamentária. E infelizmente apenas os Conselhos Municipais não conseguem dar conta de interferir na programação e execução orçamentária sozinhos, ainda que este tenha o importante papel de garantir que a sociedade civil participe da elaboração, do acompanhamento e da aprovação das contas públicas dos governos, principalmente no que tange às políticas públicas, ainda é insuficiente. Nesse sentido é preciso acessar aos demais instrumentos de participação popular a fim de tornar mais disponível o acompanhamento das atividades dos governos, refletindo diretamente e positivamente na sociedade, ajudando não só a financiar políticas públicas, como também a garantir o controle popular pelas ferramentas da democracia participativa.

Lembrando que a essência do Direito é a sua aplicação prática, que não deve ser esperada só das autoridades públicas que nos representam. Os princípios constitucionais que nos asseguram a participação, a cidadania e o controle não podem ser meras declarações, as regras jurídicas existem para agir no contexto sobre a realidade social.

O funcionamento melhor da máquina administrativa pode começar dentro mesmo do próprio município, com o cidadão exercendo

plenamente sua cidadania, participando das decisões que direta e indiretamente lhe afetam e contribuindo para a fiscalização, de modo a se comprometer com os objetivos das causas coletivas. Podendo dizer que as garantias legais de participação do cidadão na vida administrativa do seu governo, não é indisponível, nem discricionária, se trata de uma responsabilidade a ser assumida para abrir caminhos para a sociedade se envolver no planejamento das políticas públicas e demais assuntos públicos e decisões que afetam a todos.

Neste cenário estuda-se a audiência pública então como forma de controle social, prevista na Lei Complementar 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, como forma de instrumentalização da participação popular, contribuindo para a diminuição do déficit democrático em nossa sociedade. As audiências públicas propiciam a troca de informação com o administrador, pode ser convocada por qualquer um dos poderes. Caminha no sentido de se averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão, conduzindo a comunidade a participar das decisões que afetam diretamente a sua qualidade de vida.

A audiência pública é um instrumento que viabiliza o aperfeiçoamento dos sistemas de controle, transparência e prestação de contas pelos governos, sendo importante forma de controle social dentro do contexto de soberania política exercida pelo povo no processo democrático. É possível que se conquistado o espaço nessa arena pública, incentivando a sociedade ao acompanhamento da aplicação dos recursos públicos, consiga-se criar uma relação mais harmoniosa entre Estado e cidadão. Desta forma, chegariam ao conhecimento dos administradores públicos quais são suas prioridades e maiores necessidades da sua comunidade, um verdadeiro instrumento de fortalecimento permanente do Estado Democrático.

A responsabilidade social e o controle social juntos ao gerenciamento da gestão pública são capazes de criar uma estratégia de articulação para aumentar os esforços para a eficiência e transparência da Administração Pública, aumentando por sua vez a responsabilidade fiscal, e o equilíbrio das contas públicas a longo prazo, reduzindo a corrupção dos desvios de verbas públicas, atenuando dessa forma os problemas na gestão pública. Para tanto o caminho é longo e demanda conscientização da sociedade para acompanhar e controlar a gestão pública, desde sua arrecadação, alocação e decisões políticas de uso dos recursos públicos, de modo a favorecer o exercício pleno da cidadania.

Observa-se que a relação entre cidadão e Estado, ainda deixa muito a desejar para a qualidade e eficácia das políticas públicas no Brasil, pelo fato das prioridades estabelecidas pelos administradores públicos, não coincidirem muitas vezes com as prioridades da sociedade. Acrescenta-se ainda a este fator que muitas das decisões tomadas pela gestão pública acabam comprometendo o atendimento das necessidades sociais, momento que a sociedade não sente o retorno dos recursos que deveriam suprir as prestações dos serviços públicos necessários.

Quanto maior a participação da sociedade organizada no controle democrático e na fiscalização do gasto público, maior será a transparência que combate a má administração do dinheiro público, possibilitando a eficiência da gestão pública. Para isso é justo entender que para alcançarmos tais objetivos, é fundamental que a destinação dos tributos seja revestida como instrumento de distribuição de qualidade primordiais ao cidadão, sendo fundamental a participação popular nas decisões políticas, definindo a aplicação e destinação dos recursos arrecadados.

A audiência pública, prevista constitucionalmente no âmbito da participação legislativa e em diversas normas infraconstitucionais, vem nesse contexto como uma das formas de atuação do cidadão na condução político fiscal do Estado, garantida pelo princípio da participação popular no Estado Social e Democrático de Direito, especialmente na Administração Pública, constituindo um instrumento de legitimação das decisões que leva a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência na gestão fiscal.

A realização das audiências públicas como instrumento de participação popular é inerente a democracia participativa, servindo para o controle da atividade administrativa. Essa participação popular tende a ser ampliada para maior afirmação de um costume democrático e para que a autoridade administrativa tenha condições de melhor administrar, munida de opiniões mais próximas da realidade, objetivando assim descentralizar as formas de atuação e dar ampliação aos instrumentos de controle social.

Há de se ressaltar, no entanto, que os passos dados pelo legislador nacional no sentido de incrementar a participação popular na Administração Pública e demais setores do Estado, através, entre outras modalidades, da realização de audiência pública, não serão suficientes para consecução dos objetivos se não restar resolvida a conscientização atinente ao grau de envolvimento com a democracia, vez que os mecanismos jurí-

dicos não se bastam por si só para determinar a participação do povo, via de regra, acomodado e desinteressado das questões sociais.

Na Audiência Pública é possível tornar efetivo o princípio da publicidade sobre as ações de governo, no que se refere ao cumprimento das metas fiscais, sendo uma das condições necessárias para a transparência, até mesmo porque sem a informação sobre os atos da gestão pública, não há como a sociedade tomar conhecimento sobre o que os governantes fazem ou deixam de fazer, isso iria contra tudo o que foi estudado nesse trabalho, porque a participação é um direito tão nosso, que é do povo que emana o poder, contudo, não tem como ficar meramente de espectador com a coisa pública.

Com a participação nas Audiências Públicas, se permite que a sociedade conheça e compreenda as contas públicas nos assuntos referentes a receitas e despesas, e assim tornando os cidadãos agentes de controle social, um papel fundamental para a prática democrática, os agentes de controle social alcançam conhecimento pertinente as metas fiscais e tão logo a sua fiscalização.

A convocação para realização de Audiência Pública é feita através dos governantes, pois a eles compete a iniciativa dessas audiências, onde são discutidos os resultados, as receitas, as despesas, a dívida pública, o que falta a pagar, e a disponibilidade de caixas apuradas no final do ano, objetivando a sugerir as medidas corretivas para restabelecer o equilíbrio entre receitas e despesas, ficando o administrador público obrigado a publicar o Relatório Quadrimestral de gestão fiscal, além dos Relatórios resumidos de execução orçamentária de periodicidade bimestral. Conforme a Lei de Responsabilidade Fiscal 101/2000 em seu artigo 48, parágrafo único, também são realizadas em Audiência Pública as fases de elaboração dos planos, da LDO e da LOA.

Cuida-se de uma instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, através da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. Isto é, através dessa ferramenta do processo democrático, constantemente a comunidade tem o direito de se manifestar sobre a melhor forma de administração da coisa pública podendo principalmente controlar as ações de seus governantes através de prestação de contas e fiscalização da aplicação certa dos recursos. Previsão inclusive expressa na Declaração dos Direitos

do Homem e do Cidadão, onde diz que “a sociedade tem o direito de exigir contas a qualquer agente público da sua administração.”

É através dela que os responsáveis pelas tomadas de decisões tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com os interessados. Nada mais é do que compartilhar da administração local juntamente com os agentes públicos, estando aberto a qualquer interessado da população para que possa se consultar sobre assunto de seu interesse, uma forma de participar ativamente da condução dos assuntos públicos em pró não só de seu interesse, como também solidariamente em pró de toda a sua comunidade.

É relevante ressaltar que tais opiniões não vinculam a decisão, visto que têm caráter consultivo, mas a autoridade, embora não seja obrigada a segui-la, tem que analisá-las segundo seus critérios, acolhendo-as ou rejeitando-as, conforme disposto na LRF, a população tem direito a participar do processo de elaboração das leis, bem como da elaboração e discussão dos Planos, da lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Orçamento anual, podendo inclusive ser concretizada no âmbito municipal. Desta forma, se faz necessário o uso desse instrumento democrático que é a Audiência Pública, sendo como qualquer princípio constitucional, norma de caráter obrigatório zelar não só pela participação popular como também zelar pela transparência e o controle popular na gestão fiscal.

Assim o exercício mais efetivo da cidadania e o respeito ao Princípio do devido processo legal em sentido substantivo, tem seus principais traços a oralidade e o debate efetivo sobre a matéria relevante, comportando sua realização sempre que estiverem em jogo direitos coletivos. Desta forma, a legislação brasileira prevê a convocação de audiência pública para realização da função administrativa, dentro do processo administrativo, por qualquer um dos Poderes dos Estados e Municípios, inclusive nos casos específicos que versam sobre meio ambiente, licitações e contratos administrativos, concessão e permissão de serviços públicos, serviços de telecomunicações e agências reguladoras.

Objetivando com isso a integração em busca de uma melhor administração pública que reflete diretamente na vida de cada um, relacionando a gestão fiscal, os gastos públicos e o controle popular por meio de uma transparência efetiva, além de pressupor que a sociedade estando politicamente preparada, ativa e disposta a angariar causas da coletividade, exige

dos dirigentes uma postura ética, sendo um mecanismo para proveito coletivo, provocando caráter solidário e mais justo a toda sociedade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O comportamento da pesquisa realizada teve em mente o objetivo principal de avançar na democracia participativa através do controle social na gestão pública local, contribuindo para a tucano da sociedade no controle social para uma gestão pública transparente.

O controle social proporciona assim, que toda a sociedade é capaz de intervir nas questões do Estado relacionadas ao bem comum, de modo a modificar a realidade na própria comunidade. A sociedade que participa efetivamente da gestão pública do seu município colabora para o processo de melhoria do mesmo, enriquecendo assim a responsabilidade social que cada um tem não só para consigo, como também para com a sociedade e ambiente democrático que se pretende viver.

Desta forma o controle social é um instrumento verdadeiramente significativo para o exercício e avanço da democracia participativa, de onde se pressupõe que a sociedade organizada participe efetivamente desde a elaboração até a execução da gestão pública, promovendo a integração da sociedade com a Administração Pública local.

Sendo a audiência pública o instrumento estudado como meio apto ao exercício da cidadania e capaz de conquistar através dela o amadurecimento político desejado da sociedade. Assumindo um relevante papel, uma vez que, a população se manifesta e opina, e o administrador toma conhecimento do que é prioridade para aquela comunidade. E assim, dessa forma mais justa e transparente, fica mais prático não só para controlar os atos dos governantes no acompanhamento da aplicação dos recursos públicos, como também a beneficiar toda a comunidade de seus efeitos resultantes de ações dos próprios particulares. Consequentemente usando a correta alocação dos recursos públicos, pautada pelo princípio ético e da busca estratégica de como instrumentalizar esse meio para o exercício do controle na gestão pública, isto é, do controle democrático no sentido correto da palavra, assegurando assim que Administração Pública se comprometa com a gestão democrática.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2000.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DALLARI *O que é participação política*. 15 reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- DEMO, Pedro. *Conhecer e aprender: sabedoria dos limites e desafios*. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- DINIZ, Eli. *Globalização, ajuste e reforma do Estado: um balanço da literatura recente*. Rio de Janeiro, 1998.
- EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Tradução: Mein Weltbild. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1981.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 2021.
- GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. *Cidadania, Democracia e Participação Política: Os desafios do Século XXI*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.
- GORCZEWSKI *Educar para os Direitos Humanos. Considerações*. Obstáculos. Propostas. São Paulo: Atlas, 2015.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v.II.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. *A realização da democracia deliberativa habermasiana na esfera pública municipal: concretização do Estado Democrático de Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15\\_608.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_608.pdf)> Acesso em 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: Causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEAL *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL *Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil*. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

LEAL *Déficits democráticos na sociedade de risco e (des)caminhos dos protagonistas institucionais no Brasil*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LEI COMPLEMENTAR Nº101 de 2000

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2002.

PNEF - *Programa nacional de educação fiscal: Caderno 1: Educação Fiscal no Contexto Social; Caderno 2: Relação Estado Sociedade; Caderno 3: Sistema Tributário Nacional; Caderno 4: Gestão Democrática dos Recursos Públicos*. Escola de Administração Fazendária – ESAF. 4ªed. Brasília, 2009.

SANTOS, Angela Moulin S. Penalva. *Município, descentralização e território*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia - Os caminhos da democracia participativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Do pensamento único à consciência universal. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001

SANTOS *O espaço do cidadão*. 7 ed. São Paulo: Editora da USP, 2007.

SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul online, v.3, 2018.

SCHMIDT (Org.). *Comunidade e Comunitarismo. Temas em debate*. Curitiba: Multideia Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz e DE MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Livraria do Advogado, 2003.



# A (IN)EFICÁCIA DA POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE NO ENFRENTAMENTO DOS PROBLEMAS AMBIENTAIS E A TEORIA DA ORIENTAÇÃO SOCIAL

The (in)efficiency of national environment policy in addressing environmental problems and the theory of social orientation

Juliana Silva da Rocha Nickel<sup>1</sup>  
Davi Michels Ilha<sup>2</sup>

- 
- 1 Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com especialização em Novo Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul, integrante do Grupo de Estudos Políticas Públicas: o que são e o que podem ser no enfrentamento da crise climática coordenado pelo Prof. João Pedro Schmidt. Email: julianarochanickel@gmail.com
  - 2 Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista na modalidade PUIC, orientado pela Professora Dra. Caroline Muller Bitencourt. Membro do grupo de pesquisa Controle Social e Estado Pós-democrático, coordenado pelo prof. doutora Caroline Muller Bitencourt, e do Grupo de Estudos Políticas Públicas: o que são e o que podem ser no enfrentamento da crise climática coordenado pelo Prof. João Pedro Schmidt. E-mail: daviilha00@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

A atualidade traz notícias e dados nada promissores no tocante a questões ambientais, tanto no mundo quanto no Brasil. A depender da época e local, pode-se verificar várias ocorrências (algumas delas causadas pelo ser humano): enchentes, queimadas, aumento excessivo de temperatura, secas, assoreamento do leito dos rios, etc. No caso do Brasil, há uma Política Nacional de Meio Ambiente que muito embora teoricamente, teria potencial de melhor enfrentar referidos problemas, parece não estar realizando sua tarefa a contento. Nesse contexto, a problemática da presente pesquisa centra-se em verificar se referida política pública mostra-se eficaz no enfrentamento dos problemas ambientais e se a perspectiva da teoria da orientação social poderia auxiliar tal política pública em seus propósitos. Objetiva-se fazer uma contextualização da temática, bem como analisar dados e notícias acerca do referido enfrentamento. Deste modo, o estudo trabalha com a hipótese de que a Política Nacional de Meio Ambiente brasileira não tem se apresentado como eficaz no enfrentamento dos problemas ambientais e que a teoria da orientação social pode auxiliar a referida política em seus objetivos.

No tocante à metodologia, para responder ao tema proposto, adota-se como teoria de base da orientação social proposta por Etzioni, como procedimento, adota-se a análise bibliográfica; e então, como técnica de construção: fichamentos e resumos. Por fim, o presente estudo valeu-se da inferência dedutiva para testar numa predição de determinado resultado, ou seja, valeu-se do método de abordagem hipotético-dedutivo.

## COMPREENDENDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS COM ÊNFASE NA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Para que se adentre o tema de políticas públicas, importante apontar de antemão para um panorama da sociedade e Estado vigente. Bittencourt (2013, p. 47) escreve sobre o tema, afirmando que o conceito de política pública deve ser analisado holisticamente com os elementos que lhe dão significado: Estado e sociedade, pois “é a partir desses campos que elas adquirem ‘vida’, como resultado da própria política, do exercício do dever estatal”. Acrescenta, ainda, que elas “somente podem ser compreendidas à luz das instituições e dos processos políticos que estão diretamente ligados com os interesses sociais”.

A partir da afirmação da autora, passa-se para uma análise desses dois elementos extremamente relevantes tanto para a formação, quanto para dinâmica das políticas públicas no Brasil. Nesse sentido, os questionamentos a serem feitos são “Que Estado é esse cujos objetivos vão conformar as diretrizes das políticas públicas? A mesma pergunta se faz em relação à sociedade: que sociedade é esta que ajuda a dar vida às políticas públicas?” O que se observa em termos de Estado, é que este atualmente pauta-se mais pela omissão do que ação (HACHEM, 2014), que atua constantemente pela Exceção (AGAMBEN, 2017) e que pende mais para Pós-Democracia do que para Democracia (CASARA, 2018).

Sobre a sociedade – que também apresenta um cenário nada promissor - pode-se afirmar que atualmente esta vive em um contexto de Pós-modernidade: período em que as mudanças ocorrem de forma tão rápida de modo que leva a práticas sociais que são renovadas de forma tão constante que chegam a ficar na iminência de causar um comportamento nocivo à sociedade à medida em que permitem que ela – a sociedade - se afaste das causas sociais, a ponto de não se sentir por elas responsáveis. (GIDDENS, 1991).

A Pós-modernidade liga-se umbilicalmente com outra característica da sociedade atual: a Pós-verdade. Dunker (2017, pp. 14-17; 38) trabalha bem o tema ao dizer que, com ela, uma flutuação da verdade passaria a ser tolerada. O autor assevera ainda que “alguns consideram que o discurso da Pós-verdade corresponde a uma suspensão completa da referência a fatos e verificações objetivas, substituídas por opiniões tornadas verossímeis apenas à base de repetições, sem confirmação de fontes”.

Dentro desta perspectiva, apresenta-se também – ainda que brevemente – a sociedade de risco. Tal poderia ser traduzida na ideia de transformação de uma possibilidade (da ocorrência das piores situações, desfechos) que deveria ser evitada ao máximo, em probabilidade “calculada” (o que traz implicitamente uma maior aceitação desses desfechos). (LEAL, 2019)

Realizada breve exposição sobre esses dois elementos nucleares das políticas públicas, passa-se à sua definição: trata-se a política pública de “rede de decisões com função política de uma dada comunidade, com expressão e premissas jurídicas, de caráter reflexivo, que estão organizadas em torno do planejamento” e que além disso, ainda faz a conexão entre os “instrumentos da Administração Pública a objetivos desejáveis (como principalmente a realização de direitos fundamentais) e, com isto, demandando tempo”. (BITENCOURT; RECK, 2021, p. 31). Não obstante

referida definição tratar do que é essencial a uma política pública, outros elementos se fazem necessários para melhor caracterizá-la e delineá-la, tais como: discurso que segue às demandas sociais; influência da sociedade por ela mesma ou parte dela; tentativa de modificação consciente da sociedade; predomínio e discursos pragmáticos, motivados por outras espécies de discursos; e “coerência narrativa interna que possibilite a formação de uma identidade a partir do cotejo meios-fins em sede de Administração Pública”. (BITENCOURT; RECK, 2018, p. 117).

A partir dessas exigências, Reck (2018, pp. 118) fez um “teste” sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, para determinar se havia ali efetivamente uma política pública. O autor realizou uma dinâmica de perguntas e respostas, a partir da Lei nº 6.938/81 e ao final concluiu que havia sim uma política pública para o meio ambiente, ainda que não exatamente uma política exemplar.<sup>3</sup>

Dada a premissa que há uma Política Nacional do Meio Ambiente estabelecida pela Lei nº 6.938/81 que traz em seu art. 2º os seguintes objetivos: regulamentar as diversas atividades que envolvam o meio ambiente para que se possa preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental (BRASIL, 1981), o que ao fim e ao cabo atende uma das necessidades básicas dos seres humanos que é o direito a um ambiente equilibrado.

---

3 “Existiu uma demanda social anterior? Sim, é a reclamação para preservação do meio ambiente. O Direito é o meio para o engajamento na ação? Sim, fixa os programas, estabelece os institutos, traça as competências e cria os órgãos necessários para a política pública. Existe ligação com organizações governamentais? Sim, em todas as esferas de governo. Existe influência da sociedade por ela mesma e tentativa consciente de mudá-la? Sim, buscando o estímulo e a não ocorrência de certas condutas mediante consequências jurídicas. É o discurso que se protraí no tempo? Sim, e vige até atualmente. Existe uso do poder administrativo e predominância de discursos pragmáticos? Sim, após a decisão de proteção do meio ambiente, foi necessário o estabelecimento de meios pragmáticos para que esses fins fossem alcançados. Finalmente, existe coerência narrativa interna que possibilita a formação de uma identidade a partir do cotejo meios-fins em sede de poder administrativo? Sim, a política pública apresenta identidade própria a partir do estabelecimento de um ato de fundação (art. 1º da Lei nº 6.938/1981), princípios próprios (art. 2º da Lei nº 6.938/1981), linguagem própria (art. 3º da Lei nº 6.938/1981), objetivos (art. 4º da Lei nº 6.938/1981), comunicações coordenadoras entre órgãos e definição deles (art. 6º da Lei nº 6.938/1981), bem como instrumentos pragmáticos (art. 9º da Lei nº 6.938/1981). Todos esses dados que a lei traz demonstram uma linha contínua, dentro da própria política pública, entre a justificação e a aplicação em direção à concretização pragmática por meio de hipóteses e instrumentos de gestão, que formam um todo narrativo coerente. Eis a política pública.” (BITENCOURT; RECK, 2018, p. 118)

Assim, verificar-se-á no segundo tópico deste trabalho se mencionada política está tendo eficácia no cumprimento desses objetivos.

## **O SITUAÇÃO DO MEIO-AMBIENTE NO BRASIL**

Ver-se-á nessa parte do trabalho a situação geral do meio ambiente no Brasil através de alguns dados importantes. Para tanto, serão vistos dados e notícias atualizados que apontam a situação brasileira.

As universidades de Columbia e Yale construíram o ranking de desempenho ambiental. Neste ranking são analisados diversos indicadores que apontam a saúde do meio-ambiente em diversos países. Nos dados divulgados em 2022 a Inglaterra e Dinamarca, por exemplo, estão em altas posições. Os Estados Unidos da América, por sua vez, apesar do país ser o segundo maior poluidor do planeta, ficou na posição de número 43. Já o Brasil, quarto pior país em reciclagem e nono pior em emissão de gases de efeito estufa, ficou na 81ª posição do ranking. Também o lançamento de plástico nos oceanos e a perda das florestas foram motivos para a posição brasileira no ranking. Tenha-se em vista que o Brasil ficou em 114º de 180 países em questão de perda florestal (G1, 2022).

Em outro ranking, este feito pelo pela MB Associados em 2021, em uma lista de 19 países, o Brasil ficou em penúltimo (apenas na frente das Filipinas e da África do Sul) em quesitos sociais, ambientais e anticorrupção (GAVRAS, 2021).

A situação crítica do Brasil, entretanto, não é nova. Em 36 anos o Brasil queimou quase 20% do seu território, uma área de cerca de 1,67 milhão de km<sup>2</sup> (CNN, 2021). Embora os problemas com o meio-ambiente no Brasil não sejam recentes, tem havido um acentuamento de determinados problemas. O desmatamento no Brasil em abril de 2022 foi um recorde, por exemplo, tendo mais de 1.000 km<sup>2</sup> derrubados. Tenha-se em vista que abril é um período incomum para aumentos no desmatamento, uma vez que é um período de chuvas (WATANABE, 2021).

Dados do Prodes (Projeto de Monitoramento do Desmatamento na Amazônia Legal por Satélite comandado pelo INPE) apontaram que em 2021 foram desmatados mais de 13 mil km<sup>2</sup> no Brasil, sendo a taxa mais alta desde 2006, quando foi apontado mais de 14 mil km<sup>2</sup> desmatados (DANTAS; MANZANO, 2021).

Em relação aos gases de efeito estufa, em 2020 foi registrado um aumento de 9,5% na emissão de tais gases pelo Brasil, sendo que no resto

do mundo foi registrada uma queda de 7% na emissão dos gases de efeito estufa (SOARES, 2021).

Verifica-se também que, em estudo divulgado em dezembro de 2021, foi apontado que o Brasil tem falta de transparência em 47% dos dados para acompanhamento das ações do Ministério do Meio Ambiente (G1, 2021).

Através de tais dados, é possível ver que o Brasil é um país com sérios problemas ambientais que, embora antigos, muitos deles não estão sendo resolvidos. Pelo contrário, dados como os que apontam o aumento do desmatamento ou aumento na emissão de gases de efeito estufa apontam que a situação do meio-ambiente no Brasil não se encontra em melhora, mas em estagnação e piora. Deste modo, é possível ver que os objetivos estabelecidos na política pública para o meio ambiente, citados na primeira parte deste trabalho, não estão sendo cumpridos de forma significativa.

## **A TEORIA DA ORIENTAÇÃO SOCIAL**

Nesta parte do trabalho abordar-se-á a teoria da orientação social, sua relação com as políticas públicas, bem como o fato de que ela pode ser interessante para a política pública do meio ambiente. Para compreender referida teoria, primeiro serão vistas de maneira breve duas outras perspectivas: o racionalismo e o incrementalismo.

A perspectiva racionalista acredita no planejamento bem feito e na previsibilidade das políticas públicas. Já a perspectiva incrementalista se baseia apenas em análises empíricas e crê que as mudanças feitas pelas políticas públicas são apenas incrementais, sendo que a razão técnica e o planejamento não conseguem ultrapassar tal horizonte limitado (SCHMIDT, 2016).

A teoria da orientação social, por sua vez, pretende ultrapassar as perspectivas racionalistas e incrementalistas. Etzioni, ao formular tal ideia calcada em uma perspectiva comunitarista, recorda que a sociedade é um sistema amplo, sendo que economia, a política, e o direito, etc são subsistemas dentro do grande sistema que é a sociedade e que dá sustentação para os subsistemas (ETZIONI, 1980; SCHMIDT, 2016).

A premissa básica da posição comunitarista, que dá forma a teoria da orientação social, é de que a política e qualquer instituição precisa responder as necessidades básicas dos seres humanos, sendo que tais

necessidades não podem ser manipuladas a longo prazo. Tal atenção às necessidades básicas dos seres humanos é chamada de responsividade (SCHMIDT, 2016).

A perspectiva comunitarista também parte da ideia de que o poder por si não é negativo. Também afirma que os indivíduos, embora não tenham poder para modificar e controlar todas as coisas, também não estão absolutamente determinados e sem poder de ação livre. Assim, a teoria da ação social se colocaria de maneira contrária ao que concebe como voluntarismo e determinismo, sendo que o voluntarismo crê que a sociedade pode ser modificada totalmente a partir das ações governamentais, enquanto o determinismo minimiza o poder de ações para modificar a realidade (SCHMIDT, 2016).

Já a teoria da ou orientação social joga luzes sobre a importância da direção política e da ação governamental, entretanto ressalta que a sociedade ativa deve ser também embasada na vontade coletiva, algo mais amplo que o alvitre das elites. Assim sendo, apenas quando chega-se a uma vontade coletiva, que se traduz em ação coletiva, é que torna-se possível de ocorrer a transformação social. (ETZIONI, 1991, p. 38). Schmidt (2016, p. 47) complementa a ideia ao dizer que “A liderança política compatível com a formação da vontade coletiva utiliza amplamente a persuasão (não a força ou a imposição), dialogando com instituições, organizações, redes e comunidades”.

Assim, a teoria da orientação social, buscando uma ação ativa na sociedade, visa gerar consenso através do conhecimento e do diálogo social. Conhecimento este que é um produto social que, para fins de uso e aplicação nas políticas públicas e na sociedade no geral, usa de conceitos lógicos e analíticos ao mesmo tempo que usa da empiria para buscar dados e conhecimentos práticos. Entretanto, é importante lembrar que: “Mesmo assim, o conhecimento nunca cobre todos os aspectos, sempre há lacunas. O enfoque realista reconhece que é necessária a utilização de princípios para cobrir tais lacunas.” (SCHMIDT, 2016, p. 49).

Assim, Etzioni propõe uma abordagem realista, que visa conseguir compreender e modificar a realidade social e as políticas públicas através da junção do conhecimento comum e do conhecimento especializado, combinando observação ampla com detalhamento. Também é importante para tal concepção a ideia de comunidade, tendo em vista que é através da comunidade que os seres humanos, ao mesmo tempo racionais e emocionais, suprem sua necessidade de laços interpessoais e aprendem

valores e concepções de vida, criando uma ordem moral que torna possível a vida em comunidade (ETZIONI, 1991).

Deste modo, diz-se que a concepção comunitarista crê que é possível agir através das políticas públicas para modificar diversos aspectos da realidade, embora tenha limitações. Tal mudança, nesta perspectiva, deve visar o bem comum, os direitos individuais, a democracia forte, a justiça social, a cooperação política, o equilíbrio entre Estado, mercado e comunidade, a superação da sociedade de mercado (consumismo), etc (SCHMIDT, 2016).

Assim, é possível ver que a perspectiva comunitarista da orientação social tem reflexões interessantes que podem ser utilizadas para maior efetivação da política pública do meio-ambiente no Brasil. Tenha-se em vista, por exemplo, que a superação da sociedade de consumo para uma sociedade sustentável é uma pauta interessante tanto para o meio-ambiente quanto para a teoria da orientação social. Também uma visão comunitarista, de uma sociedade do “Nós”, que compreende um compromisso das gerações passadas com as futuras, terá a ideia de preservar o meio-ambiente afim de proteger e garantir a existência das gerações futuras.

Ainda, a interpretação realista da realidade e das políticas públicas através do conhecimento específico e geral é de grande valia para a melhora das políticas públicas para que consigam atingir seus objetivos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Através do exposto, pode-se ver que há uma política pública de meio ambiente no Brasil que tem por objetivo preservar e melhorar a situação do meio ambiente no país. Entretanto, verificou-se, através de diversos dados, que o Brasil tem tido uma crise do meio ambiente que, sendo antiga, não tem sido resolvida – ao contrário, a situação do meio ambiente no país tem piorado. Desta forma, foi possível confirmar a hipótese proposta de que a política pública de meio ambiente no Brasil não tem sido eficaz em cumprir seus objetivos.

Levando em consideração a confirmação da referida hipótese, o trabalho aponta para a teoria da orientação social - construída em uma matriz comunitarista, que por sua vez salienta a necessidade da superação de teorias racionalistas, incrementalistas, que podem cair na armadilha do voluntarismo e determinismo – para filtrar o que há de melhor nas

demais teorias e deste modo dar maior eficácia às políticas públicas, inclusive a do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 4 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. *Categorias de análise e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas*. In: Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas*, 2021.

BRASIL, *Lei nº 6.938 de agosto de 1981*. Dispõe sobre Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 28 jul 2022.

CASARA, Ruben R.R. *Estado Democrático de Direito ao Estado Pós-Democrático: neobscurantismo e gestão dos indesejáveis*. São Paulo, 2017.

CNN. Em 36 anos, *Brasil teve quase 20% de seu território queimado, diz levantamento*, 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/em-36-anos-brasil-teve-quase-20-de-seu-territorio-queimado-dizlevantamento/#:~:text=Entre%201985%20e%202020%2C%20o,com%20maior%20ocorr%C3%Aancia%20de%20fogo>>. Acesso em 27 jul 2022.

DANTAS, Carolina; MANZANO, Fabio. *Desmatamento na Amazônia passa de 13 mil km<sup>2</sup> entre agosto de 2020 e julho de 2021, apontam dados do Prodes*. G1 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2021/11/18/desmatamento-na-amazonia-passa-de-13-mil-km-entre-agosto-de-2020-e-julho-de-2021-apontam-dados-do-prodes.ghtml>> Acesso em 27 jul 2022.

DUNKER, Cristian. “A subjetividade em tempos de pós-verdade”, in DUNKER *et all* (Orgs), Ética e pós-verdade. Porto Alegre: Dublinense, 2017, pp. 14-17; 38.

ETZIONI, Amitai. *A responsive society: collected essays on guiding deliberative social change*. San Francisco, Oxford: Jossey-Bass, 1991.

ETZIONI, Amitai. *La sociedad activa: una teoría de los procesos sociales y políticos*. Madrid: Aguilar, 1980.

GAVRAS, Douglas. Brasil é um dos piores em ranking ambiental, social e anticorrupção. Folha de São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/05/brasil-e-um-dos-piores-em-ranking-ambiental-social-e-anticorruptao.shtml>> Acesso em 27 jul 2022.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

G1. Estudo aponta falta de transparência em 47% dos dados para acompanhamento das ações do Ministério do Meio Ambiente. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2021/12/15/estudo-aponta-falta-de-transparencia-em-47percent-dos-dados-para-acompanhamento-das-acoes-do-ministerio-do-meio-ambiente.ghtml>> Acesso em 28 jul 2022.

G1. *Brasil fica em 81º lugar no Índice de Desempenho Ambiental, 2022*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/06/01/brasil-fica-em-81-lugar-no-indice-de-desempenho-ambiental.ghtml>> Acesso em 27 jul 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*. Curitiba, PR. Tese. (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. *Sociedade de Riscos e Estado de Exceção: encruzilhadas em labirintos*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, vol 19, p. 179-193, 2019

SCHMIDT, João Pedro. *Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social*. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 51-72.

SOARES, Gabriella. Brasil aumentou em 9,5% emissões de gases do efeito estufa. Poder 360, 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/brasil-aumentou-em-95-emissoes-de-gases-do-efeito-estufa/> Acesso em 27 jul 2022.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a Forma Jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

WATANABE, Phillippe. Amazônia tem recorde de desmate em abril, com mais de 1.000 km<sup>2</sup> derrubados. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2022/05/amazonia-tem-recorde-de-desmate-em-abril-com-mais-1000km-2derrubados.shtml#:~:text=O%20valor%2C%20mais%20um%20recorde,o%20recorde%20para%20o%20m%C3%AAs>>. Acesso em 27 jul 2022.



# INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: OS CONTRATOS BILATERAIS SOB A REGULAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Legal intersections between the public and the private:  
bilateral contracts under the regulation of the constitutional  
principle of solidarity in the improvement of human dignity  
in the context of contemporary constitutionalism

Jorge Renato dos Reis<sup>1</sup>  
Priscila de Freitas<sup>2</sup>  
Marcela Araújo Jantsch<sup>3</sup>

- 1 Jorge Renato dos Reis (UNISC), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul – Fisc. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da Unisc, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na Graduação, Mestrado e Doutorado da Unisc. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de pesquisa Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Unisc. É advogado atuante. E-mail: jreis@unisc.br.
- 2 Priscila de Freitas (UNISC), Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, área de concentração Diversidade e Políticas Públicas, com bolsa Capes. Mestre em Direito, área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa Capes. Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral - IRIB/Unisc. Pós-graduada em Direito Processual Civil: Novo Código de Processo Civil – ENA/Unisc Graduada em Direito pela Unisc. Integrante do grupo de pesquisa “Intersecções jurídicas entre o Público e o Privado”, coordenado pelo Professor Dr. Jorge Renato dos Reis e vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: pri\_freitas02@hotmail.com.
- 3 Marcela Araújo Jantsch (UNISC), Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho busca-se examinar os contratos bilaterais sob o viés da regulação do Princípio Constitucional da Solidariedade expresso no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, na busca da concretização da dignidade da pessoa humana, inserido no contexto do constitucionalismo contemporâneo. A Constituição Federal de 1988, foi responsável por promover mudanças na concepção das relações particulares como forma de viabilizar um equilíbrio entre os particulares e entre estes e a coletividade.

Nesse cenário exsurge a seguinte problemática: a regulação dos contratos bilaterais pelo Princípio Constitucional da Solidariedade é um meio eficiente para a concretização da dignidade humana, muito especialmente das partes contratantes, mas não limitadas a estas, no processo de constitucionalismo contemporâneo? Deste modo, a pesquisa justifica-se por ser necessário sistematizar os instrumentos jurídicos, tanto constitucionais como infraconstitucionais, que conduzem as relações interpessoais negociais, com o intuito de concretizar a dignidade humana.

Pretende-se distribuir o estudo a partir de três perspectivas, cujos fundamentos conduzirão à conclusão, buscando responder ao questionamento proposto. Em um primeiro momento, estudar-se-á o processo de constitucionalização do direito privado à luz do constitucionalismo contemporâneo. No segundo momento, abordar-se-á o Princípio Constitucional da Solidariedade, como um instrumento de concretização da dignidade humana. E, finalmente, analisar-se-á os contratos sob a regulação do princípio constitucional da solidariedade.

Utiliza-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, baseado na análise da hipótese parcial de que, há uma função expressa dos contratos que está relacionada com o Princípio Constitucional da Solidariedade e, conseqüentemente, com a dignidade humana, qual seja, a função social do contrato, porém, referido instrumento, sozinho, não é efetivo para a concretização da dignidade. A técnica de pesquisa adotada consiste na bibliográfica, com referências em obras doutrinárias, artigos, revistas e

---

- Unisc, área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa Capes. Graduanda em Licenciatura: Formação Pedagógica para Graduados não Licenciados - Instituto Federal Sul-rio-grandense (IFSUL). Especialista em Direito Imobiliário. Graduada em Direito pela Unisc. Integrante do grupo de pesquisa "Intersecções jurídicas entre o Público e o Privado", coordenado pelo Professor Dr. Jorge Renato dos Reis e vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: marcelajantsch.adv@gmail.com.

periódicos, com método de procedimento monográfico. Ao final, verifica-se que, preliminarmente, a hipótese se confirma.

## **INTERSECÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO**

Para melhor compreender o processo de intersecções entre o direito público e o direito privado é necessário retomar brevemente os períodos históricos do estado liberal, do estado de bem-estar social, para o modelo atual do estado democrático de direito, que determina um constitucionalismo contemporâneo.

Inicialmente, cabe referir que no período liberal, havia o primado da autonomia privada, sobretudo, uma ampla liberalidade negocial, associada à liberdade de contratar, possuindo como foco a proteção de direitos econômicos, dando primazia à proteção da propriedade privada. Neste cenário, também imperava a tradicional dicotomia entre o público e o privado, consubstanciada na ideia individualista, com a prevalência da autonomia da vontade e a configuração de um Estado não interventor, cujo poder de intervenção nas relações privadas era limitado (REIS, 2007).

Contudo, este modelo veio a entrar em declínio, tendo em vista as desigualdades resultantes de um liberalismo não interventor, associado à época das grandes guerras mundiais, o que exigiu uma maior presença estatal, objetivando a redução dos conflitos sociais e a possibilidade de vislumbrar a materialização de novos direitos fundamentais. Com a transformação do Estado Liberal para o Estado Social, houve uma redefinição da autonomia privada, onde o núcleo de proteção do ordenamento jurídico passou a ser a pessoa humana, sob a ótica social, e isto determinou limitações a esta autonomia (REIS, 2007).

No Brasil, com o Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição de 1988, houve a aproximação, determinando intersecções jurídicas, entre o público e o privado. Estas intersecções, entre o direito público e o direito privado, determinaram o processo da constitucionalização do direito privado, de tal forma que a Constituição passou a incidir de forma contundente sobre todo o ordenamento jurídico, de modo que o Direito Civil passou a ser entendido como um conjunto de princípios, normas e valores incluídos na Constituição (BARROSO, 2010).

Nesse patamar alcançado, a tutela da pessoa humana atinge o espaço central do sistema jurídico, seja sob o prisma do direito privado, seja do direito público. A Constituição Federal assume a conjuntura de prote-

ger e tutelar a pessoa humana, sob a ótica da dignidade, como princípio matriz. O Código Civil passa a abranger também natureza política, fazendo com que se torne uma relação cada vez mais próxima entre o direito público e o privado, entre o Estado e a sociedade, entre o Direito Civil e a Constituição (LÔBO, 1999).

As intersecções, portanto, entre direito público e privado, determinam, sob um viés protetivo da dignidade, uma inclinação permanente em um direito unificado

## **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o regime principiológico, a partir de seus princípios e demais direitos fundamentais, a regular todo o sistema jurídico pátrio sob o norte da proteção da dignidade humana. Desta forma, tem-se a dignidade da pessoa humana como epicentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Neste rol de princípios constitucionais, destaca-se, como elo de ligação e como instrumento realizador aos demais da dignidade humana, o princípio da solidariedade. Este princípio instrumental dos demais, encontra-se previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal. A proposição do princípio da solidariedade, nasce com o escopo de servir de instrumento de calibragem dos demais princípios, das instituições jurídicas e do sistema jurídico como um todo, a fim de assegurar plenamente o valor fundamental da dignidade, visto que os intérpretes jurídicos necessitavam ter um instrumento jurídico para acolher todos os interesses, quais seja, interesses individuais, difusos e também coletivos, para que possam ser todos eles harmonizados (CARDOSO, 2013).

Dessa maneira, de acordo com Moraes (2006), a menção de forma expressa à solidariedade feita pelo legislador constituinte no ordenamento jurídico não possui como intuito representar um vago programa político, mas, segundo o autor, o objetivo vai muito além. É instaurado um princípio jurídico constitucional inovador no ordenamento brasileiro, o qual deve ter sua importância reconhecida não somente no instante da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, como também, e principalmente, quando se realiza a interpretação e a aplicação do direito, através de seus operadores e demais destinatários, ou seja, por todos os membros da sociedade civil.

De forma a modificar o quadro de individualismo exacerbado que permeou as relações jurídicas e interpessoais nos séculos passados e de desagregação social; de forma a superar, igualmente, a supremacia do interesse social, muitas vezes em detrimento das minorias e das individualidades, igualmente ferindo a dignidade destas; ingressa no sistema jurídico pátrio o princípio constitucional da solidariedade com o intuito de conferir significado ao próximo e de despertar a capacidade humana em reconhecer a existência do outro, uma vez que conduz o comportamento à consciência perceptiva do seu ambiente social. A necessidade de superar a indiferença da pessoa em relação ao seu semelhante dá-se em razão de que todas as pessoas são em dignidade iguais, e por esse motivo têm de encontrar na sociedade as mesmas oportunidades para se desenvolverem (CARDOSO, 2013).

## **OS NEGÓCIOS JURÍDICOS E SUA FUNÇÃO SOCIAL**

Os negócios jurídicos, assim denominados a partir do Código Civil de 2002, como no caso dos contratos, simbolizam um instrumento negocial contumaz, estando fortemente presentes na economia negocial e na esfera jurídica. Por conta disto, os negócios jurídicos, havendo ausência de ponderações, podem determinar um nascedouro de iniquidades e abusos entre as partes integrantes de uma relação contratual, cujos efeitos, possam refletir, inclusive, negativamente perante a coletividade. Denota-se, que por tais razões e circunstâncias, a compatibilização da esfera privada com parâmetros constitucionais tornou-se indispensável.

Os contratos, sob o viés do constitucionalismo contemporâneo, passaram a abranger um caráter duplo, primeiro por conta do seu conteúdo econômico e segundo em virtude da sua função social. A partir daí como ponto crucial, “a solidariedade contratual vem antes da autonomia privada e da boa-fé contratual, longe de um antagonismo, pondo em evidência a conjugação daquele valor constitucional com os dois princípios enfocados” (NALIN, 2006, p. 179). O princípio da solidariedade reveste-se de caráter jurídico, traduzindo-se como um dever fundamental, o que resulta no comprometimento de um agir que objetiva assegurar direitos e deveres em prol de um bem comum.

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de direito, hão de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar

o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos. (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 6).

O Código Civil brasileiro refere, em seu artigo 421, disposição expressa acerca da função social contratual, onde “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Em consequência de tal disposição legal infra constitucional, eventual violação da função social do contrato, permite socorrer-se ao poder Judiciário, ressaltando-se as situações onde não ocorre o atendimento ao preceito da função social.

A indicação da função social nos institutos jurídicos de direito privado, especificadamente nos contratos, faz-se expresso nas normas infraconstitucionais, a exemplo do referido artigo 421 do Código Civil pátrio, assim como em outros dispositivos legais, em obediência ao princípio constitucional da solidariedade, como instrumental realizador da dignidade da pessoa humana, no caso das partes contratantes.

As clássicas diretrizes do direito contratual, baseadas em valores de liberdade e igualdade, traduzem-se na autonomia privada, na obrigatoriedade do contrato, assim como na relatividade dos seus efeitos. Entretanto, estas premissas básicas, que norteiam as relações contratuais, devem estar associadas à convivência de princípios como a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e, especialmente, a função social do contrato. Tais princípios contratuais, autorizam a resolução, anulação ou ainda a revisão dos instrumentos contratuais, por conta da aplicabilidade de outros institutos previstos na legislação civil pátria, como o da lesão, imprevisão, estado de perigo, onerosidade excessiva, tendo em vista que a relatividade das repercussões do contrato é constituída pela função social (FACCHINI NETO, 2009).

Daí porque a necessidade de conciliar os interesses individuais com a função social do contrato no direito contemporâneo, visto que o contrato pode ultrapassar a esfera privada passando a interferir nas relações de terceiros ou até mesmo nos interesses da coletividade no qual estão, as partes contratantes, integradas. Denota-se que a função social inserida no direito privado, está conectada à solidariedade como dever, servindo como guia ao intérprete na consecução dos objetivos fundamentais da República (art.3º, I, da CF).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solidariedade ao se inserir nos negócios jurídicos tem como escopo concretizar a dignidade humana nestas relações interprivadas, através da busca de um maior equilíbrio entre as partes, para que se possa desenvolver uma interpretação baseada nos valores constitucionais.

No presente trabalho, buscou-se responder ao seguinte questionamento: a regulação dos contratos bilaterais pelo Princípio Constitucional da Solidariedade é um meio eficiente para a concretização da dignidade humana, muito especialmente das partes contratantes, mas não limitadas a estas, no processo de constitucionalismo contemporâneo?

Verifica-se de forma preliminar, que a problemática se confirma, no sentido de que a solidariedade significa um instrumento eficiente a fim de assegurar a concretização da dignidade humana nos negócios jurídicos, os quais, por sua vez, desempenham um papel fundamental na vida das pessoas. Os negócios jurídicos não se limitam apenas a regular a circulação econômica, pois, se reveste de importância ao regular relações pessoais, relações familiares, contratuais, sucessórias e de propriedade.

Os envolvidos nas relações negociais que passam pelo filtro do princípio da solidariedade, beneficiam-se reciprocamente, visto que há uma confiança maior no momento da celebração de um negócio, um equilíbrio mais amplo e real. Assim, ocorre uma adequação e realização pessoal e social da pessoa humana, como meio de acesso a bens e serviços que lhe conferem dignidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro 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: 15 de junho de 2022.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da Solidariedade: O paradigma ético do Direito Contemporâneo*. Ed. Ixtlan. São Paulo, 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. *A função Social do direito privado*. In: Livro – TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, p. 100-101, jan./mar. 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. In: PEIXINHO; M. M.; GUERRA, I. F.; FILHO, F. N. (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.  
GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 23, p. 227, jul. 2005.

REIS, Jorge Renato dos. *Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares*. In: REIS, Jorge Renato dos. (Org.); LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. T. 7. p. 2033-2064.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

# CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: A NECESSIDADE DA ATUAÇÃO INTERINSTITUCIONAL DOS AGENTES CONTROLADORES EM TODAS AS ETAPAS DO CICLO

Public policies control in Brazil: the necessity of interinstitutional  
actuation of controlling agents at all stages of the cycle

Chaiene Meira de Oliveira<sup>1</sup>  
Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>

- 
- 1 Chaiene Meira de Oliveira. Universidade de Santa Cruz do Sul; Grupo Estado, Administração Pública e Sociedade; Advogada. Servidora pública municipal. Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025); [chaienemo@outlook.com](mailto:chaienemo@outlook.com).
  - 2 Rogério Gesta Leal. Universidade de Santa Cruz do Sul. Grupo Estado, Administração Pública e Sociedade. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP. E-mail: [gestaleal@gmail.com](mailto:gestaleal@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho objetiva-se investigar de que forma a atuação interinstitucional dos agentes controladores pode contribuir para a concretização das políticas públicas no Brasil. A temática relaciona-se com o controle de políticas públicas no Brasil estando delimitada a necessidade da interconexão dos agentes controladores em todas as etapas do ciclo. Os objetivos específicos são delimitar os aspectos conceituais sobre as políticas públicas com base na doutrina nacional e estrangeira identificando os seus ciclos; descrever as formas de controle da administração pública e a necessidade de sua atuação conjunta; verificar de que modo esta interconexão entre os agentes controladores é necessária para evitar a ocorrência de irregularidades no ciclo das políticas públicas, sobretudo em sua execução.

Considerando a complexidade da temática envolvendo a agenda das políticas públicas no país, bem como a necessidade de articulação entre os setores da administração pública em todas as etapas do seu ciclo desde a formação da agenda até a sua avaliação, visa-se responder ao problema de pesquisa: de que forma a atuação interinstitucional dos agentes controladores pode contribuir para concretização das políticas públicas no Brasil? Para responder ao problema de pesquisa utilizou-se do método de abordagem dedutivo na medida em que partindo dos pressupostos gerais em relação às políticas públicas passa-se a análise específica sobre a atuação conjunta dos agentes controladores em todas as etapas do ciclo. Quanto ao método de procedimento, optou-se pelo monográfico e, as técnicas de pesquisa resumem-se a consultas em livros, periódicos, teses, dissertações, dentre outros meios.

A justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade de estudo e compreensão da temática das políticas públicas e a sua estruturação no contexto brasileiro tendo em vista que se trata de uma forma de prestação dos serviços públicos e garantia dos direitos fundamentais sociais, motivo pelo qual necessitam obter resultados efetivos sendo que o controle por meio da cooperação interinstitucional em todas as suas etapas, mostra-se fundamental. Em termos práticos, com base nas pesquisas realizadas, torna-se possível a formulação de diretrizes de atuação para os agentes controladores de modo a contribuir para o exercício do controle da administração pública nesta seara possibilitando o seu exercício desde a formulação da agenda até posterior avaliação.

A hipótese inicial é no sentido de que a atuação interinstitucional dos agentes controladores não apenas pode contribuir para concretização das políticas públicas no Brasil, mas sim, deve ser vista como atividade obrigatória na esfera do controle da administração pública na medida em que o controle a posteriori não se mostra suficiente para o atendimento das demandas, bem como é de caráter sancionatório. Assim, o controle preventivo em todas as fases do ciclo das políticas públicas é fundamental para evitar a ocorrência de atos ilícitos, possibilitando a sua correção sem que gere prejuízos ao resultado final e concretização dos direitos fundamentais.

## **DESENVOLVIMENTO**

Em relação ao primeiro tópico, quanto aos aspectos conceituais sobre as políticas públicas, da mesma forma que ocorre com outros fenômenos das ciências sociais, há uma dificuldade em conceituar o que se compreende por política pública, Bittencourt e Reck (2021) após considerações sobre a dificuldade de elaboração de um conceito único, definem preliminarmente a política pública como uma rede de decisões com função política de determinada comunidade, possuindo expressões e premissas jurídicas com caráter reflexivo. Assim, estas organizam-se em torno do planejamento conectando os instrumentos pertencentes à administração pública com a realização dos objetivos desejados, os quais visam principalmente a concretização de direitos fundamentais. Logo, as diretrizes das políticas públicas devem ser formuladas com vistas ao alcance dos princípios e normas jurídicas, conectando-se também com a dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades

Um ponto fundamental para compreensão das políticas públicas é a institucionalização das medidas adotadas no processo decisório governamental, a qual se configura como uma estratégia permanente afetando os componentes de natureza jurídica e também os padrões de ação em normas ou organizações estabelecidas e conformadas por regras jurídicas. Adotando uma visão sistêmica das políticas públicas é possível relacionar com a busca por uma conceituação, no sentido de que os sistemas estão conectados da mesma forma que as ações e programas que formam determinada política pública. Ao utilizar a política pública como sistema é possibilitada a visualização das relações sociais que envolvem as políticas públicas, a observação de suas diferenças e conseqüentemente a escolha de seus instrumentos e regime jurídico.

Seguindo a proposta de Schmidt (2019) umas das possibilidades de definir uma política pública é como um conjunto de decisões e ações que sejam adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, de forma intencional e coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, sejam destinadas a enfrentar um problema político. Ou seja, são um conjunto de ações de maneira que determinada ação isolada não configura uma política pública, mas tão somente uma ação, bem como toda e qualquer análise no âmbito das políticas públicas deve ser elaborada com base em pressupostos teóricos pré-definidos, sejam estes explícitos ou implícitos.

No tocante ao segundo tópico, em relação ao controle da administração pública no Brasil, no que que se refere às modalidades de controle da administração pública, conforme já destacado em outros estudos, há a possibilidade de ser realizado o controle social, controle interno e controle externo, os quais podem ser adotados de maneira conjunta, ou seja, ao mesmo tempo em que os indivíduos exercem o controle social dos atos públicos, a administração pública pode adotar o controle interno de seus atos além do controle externo, o qual será estudado de maneira mais específica devido a sua relevância no momento em que as relações entre o mercado e o Estado estão cada vez mais estreitas.

Conforme é exposto por Avritzer (2011) a partir da redemocratização do Estado Brasileiro, ocorreu o fortalecimento da modalidade de controle externo da administração pública, sendo que este passou a ter um rol mais amplo de atividades exercidas principalmente pela figura do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 70 e seguintes do texto constitucional. Este fortalecimento deriva de todo um contexto histórico e normativo devendo ser considerada também a influência internacional, sobretudo por meio de tratados nos quais os países como é o caso do Brasil, se comprometeram a estabelecer mecanismos de combate às práticas corruptivas e aprimoramentos das ferramentas da administração pública.

Uma das principais características dos estados democráticos é a existência de limites legais ao exercício do poder, qualquer que seja o poder uma vez que a ideia de controle é anterior a sua existência configurando aquilo que o justifica. Surge então como embate qual seria a melhor forma do direito administrativo concretizar o interesse público trazendo a discussão sobre a prestação dos serviços, os atores envolvidos e a sua responsabilização decorrendo a premissa de que os sistemas democráticos necessitam de sistemas estruturados de controle para a sua melhor estruturação e cumprimento de seus objetivos.

Concorda-se com Soares e Machado (2018) que a proximidade entre cidadãos e governantes traria melhores condições, bem como reduziria custos para controlá-los, gerando ganhos em termos de accountability e responsividade dos governos, além da promoção de inclusão democrática de um maior número de grupos, sobretudo no viés de uma democracia participativa. O fato é que os efeitos do federalismo sobre as políticas públicas precisam ser analisados de acordo com o contexto local e condições institucionais específicas, dependendo dentre outros fatores da conformação institucional e constitucional. No caso brasileiro, alguns dos principais desafios enfrentados são a definição do papel dos estados na dinâmica federal tripartite e a capacidade dos municípios na implementação de políticas públicas.

Por fim, quanto ao terceiro tópico, quanto a interconexão entre os agentes controladores é necessária para evitar a ocorrência de irregularidades no ciclo das políticas públicas, primeiramente entende-se que o controle descentralizado, em virtude da forma de estruturação do estado brasileiro e prestação de serviços públicos, contribui para evitar a ocorrência de atos ilícitos e ainda de aplicar as respectivas sanções caso sejam detectadas irregularidades. Isso ocorre devido às especificidades locais distintas nas diversas regiões do país, as quais demandam políticas públicas e ações específicas ainda que os objetivos ou direitos fundamentais sociais a serem concretizados sejam os mesmos, o que conseqüentemente afeta a maneira que estas devem ser controladas.

Nesta linha, como justificativa para ausência de uma efetiva colaboração na atividade colaboradora, Leal (2020) aponta como causas a inexistência de uma cultura institucional de cooperação; conflitos e tensões pelo protagonismo nos espaços de poder; insuficiências de mecanismos operacionais, logísticos e de recursos humanos; a utilização de técnicas ultrapassadas nas atividades, dentre outros fatores. O controle voltado às políticas públicas, conforme explica Vieitez (2018) revela novas facetas de atuação administrativa o que envolve não somente a perspectiva da regularidade legal dos atos dos agentes estatais, englobando a eficácia, a efetividade, a eficiência e os impactos gerais visando ainda quais foram os resultados obtidos e se estes estão em conformidade com as finalidades legais.

No que se refere ao controle de políticas públicas, este se faz necessário na medida em que estas não são um fim em si mesmo necessitando portanto do constante acompanhamento e avaliação, além da necessidade de observar se a política pública está sendo executada corretamente e em observância às disposições normativas e constitucionais. Ademais, a inter-

conexão entre os agentes controladores da administração pública mostra-se fundamental na medida em que a atuação conjunta dos órgãos controladores da administração pública, bem como dos três poderes, respeitando sempre a sua autonomia, para que dessa forma seja possível a efetiva prevenção e combate à ocorrência das práticas corruptivas, as quais geram prejuízos incalculáveis aos cofres públicos, mas principalmente aos princípios constitucionais e ao regime democrático como um todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, considerando que a pesquisa encontra-se em andamento e respondendo ao problema de pesquisa, o qual questionou: de que forma a atuação interinstitucional dos agentes controladores pode contribuir para a concretização das políticas públicas no Brasil? Em síntese, a resposta é no sentido de que considerando a complexidade da estruturação das políticas públicas e da estrutura federalista brasileira como um todo, o controle em todas as fases do ciclo é essencial para sua concretização e obtenção dos resultados planejados.

Com isso, até o momento resta confirmada a hipótese inicial de que no sentido de que a atuação interinstitucional dos agentes controladores não apenas pode contribuir para concretização das políticas públicas no Brasil, mas sim, deve ser vista como atividade obrigatória na esfera do controle da administração pública na medida em que o controle a posteriori não se mostra suficiente para o atendimento das demandas, bem como é de caráter sancionatório.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; Filgueiras Fernando. *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. Brasília: Escritório no Brasil/IPEA, 2011.

BITENCOURT, Caroline; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas*. Ithala, Curitiba: 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2022.

LEAL, Rogério Gesta. *Transversalidades necessárias no controle da Administração Pública: A importância da cooperação horizontal e interinstitucional entre os agentes de controladores*. In: LEAL, Rogério Gesta; BITTENCOURT, Caroline Muller. (Org.). *Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: estudo de casos*. 2021.

RECK, Janriê Rodrigues. *Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos*. In. BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. *Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil. Essere nel Mondo: Santa Cruz do Sul*, 2018.

SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019.

SOARES; Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e Políticas Públicas*. Brasília: Enap, 2018.

VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas por tribunais de contas e govtechs*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito - Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito (Dissertação de Mestrado), Porto Alegre, 2018.



# DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Sensitive personal data and its consequences  
in employment relationships

Diogo de Almeida Ferrari<sup>1</sup>

---

1 Diogo de Almeida Ferrari; Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado à Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNISC; Email: diogoferrari@mx2.unisc.br.

## INTRODUÇÃO

A inserção da legislação de proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico nacional bem como em países da Europa acabou por trazer uma série de implicações nas mais diversas áreas, não tendo sido diferente no que concerne as relações de trabalho. Com o objetivo de cada vez mais dar proteção e transparência ao portador sobre seus dados pessoais, a legislação acabou por implementar um ônus até então imensurável ao empresário para a coleta, tratamento e armazenamento desses dados.

Em que pese a legislação sobre proteção de dados pessoais já se tratar de um tema onde diversos estudos surgiram ainda no ano de 2016, quando a União Europeia aprovou a *General Data Protection Regulation (GDPR)*, que posteriormente veio a embasar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) sancionada no Brasil em agosto de 2018, pouco se fala de suas implicações e/ou consequências no ambiente de trabalho, o que de certa forma surpreende, vista o altíssimo número de dados pessoais que circulam diariamente, não só no departamento pessoal de uma empresa, mas em todos os demais setores empresariais.

Não obstante a boa intenção do legislador ao tratar tal tema, houve uma série de omissões quando este não abordou diretamente como se daria a aplicação da legislação de proteção de dados no ambiente de trabalho, principalmente no tocante à relação empregador-empregado.

Diante das considerações acima, tem-se como problema de pesquisa: quais os riscos trazidos pela introdução da Lei Geral de Proteção de Dados ao empregador quando do tratamento dos dados sensíveis dos empregados? Como objetivo geral pretende-se analisar as consequências da não observância dos limites impostos pela legislação na gestão dos dados pessoais do empregado. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

## DESENVOLVIMENTO

A Lei 13.709/18, mundialmente conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), surgiu da necessidade de assegurar um padrão mínimo de privacidade sobre os dados pessoais do portador, principalmente após o avanço internacional alavancado pela União Europeia ao implementar a *General Data Protection Regulation (GDPR)*. Na era da Internet das Coisas (IoT – Internet of Things, no original) a violação da privacidade tem condão para dizimar uma sociedade tanto quanto um

ataque de uma bomba atômica. Isso porque o vazamento de dados pessoais, principalmente quando falamos em dados pessoais sensíveis, pode levar a resultados imensuráveis na vida do trabalhador, como as mais diversas formas de discriminação ou mesmo a morte, seja ela motivada pela ocorrência de homicídio ou suicídio.

Partindo disso, analisando sob a ótica trabalhista, percebe-se que para a formalização de um simples contrato de emprego, até mesmo de experiência, é necessário uma série de dados pessoais, tais como identificação, residência, dados bancários e até mesmo dados relacionados à saúde do trabalhador. Em uma análise criteriosamente superficial já se depreende, ainda que em primeiro momento, a presença de dados sensíveis, assim conceituados pela legislação protetiva.

A Lei Geral de Proteção de Dados é clara quanto ao seu objetivo, quando em seu artigo 1º assim previu:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

Em termos práticos, a lei veio para restringir o uso indiscriminado de dados pessoais de terceiros, ao passo que, de plano, já delimita o tratamento – vulgarmente chamado de uso – tanto pelo meio físico quanto digital, de dados pessoais, objetivando proteger a liberdade e a privacidade, princípios esses assegurados pela Carta Magna de 1998.

Nesta mesma linha, diversos escritores da atualidade discorrem que a legislação protetiva de dados veio para regular o compartilhamento de dados que até então ocorria de forma indiscriminada e, muitas vezes, de forma nociva ao titular. Para Garcia (2020, p. 16), a “A LGPD não tem como escopo os dados das empresas (pessoas jurídicas), mas sim os dados que as empresas têm das pessoas físicas, sejam elas funcionárias, terceiras, clientes, acionistas etc. – ou seja, todo mundo.” Na atualidade, dados pessoais possuem tanto valor quanto serviços e produtos comercializados, principalmente por identificarem seu titular.

Neste viés, de forma cautelosa, o legislador buscou dar maior privacidade e segurança ao titular para determinados dados pessoais. Para tanto, chama-se a atenção para o art. 11 da Lei 13.709/18, onde este prevê,

por meio de um rol taxativo, as situações em que poderá ocorrer o tratamento de dados pessoais sensíveis. Em que pese no texto da lei não haver definição de quais são os dados considerados sensíveis, o entendimento atual e majoritário é de que todo e qualquer dado que possua ligação à intimidade do titular ou que possa causar alguma forma de discriminação há de ser considerado como dado pessoal sensível.

Assim, dados relativos à saúde, origem racial ou étnica, sexualidade ou orientação sexual, devem ser considerados e tratados como dados sensíveis, para todo e qualquer fim legal. Todavia, sabe-se tais dados estão presentes em nosso cotidiano, o que não deixa dúvidas que também está presente no contexto da relação de trabalho.

Para tratarmos de forma mais didática, partimos de um exemplo onde o empregado, por motivos de saúde, se ausenta um dia de suas atividades laborais. Como forma de justificar ou mesmo abonar a falta, apresenta ao empregador no dia seguinte um atestado médico. Tal atestado, além de informar que o empregado esteve em consulta médica no dia anterior, muitas vezes vem acompanhado da Classificação Internacional de Doenças (CID). Pois bem, nítido estarmos diante de um dado pessoal sensível.

Não obstante o presente trabalho não tenha por finalidade analisar as bases legais para tratamento de dados e seus respectivos enquadramentos, necessário a realização de alguns apontamentos para buscar responder o problema do presente estudo.

Em análise preliminar, não se encontra nenhuma base legal na Lei Geral de Proteção de Dados para realizar o tratamento do atestado médico do empregado, dado este sensível em termos legais, com exceção da prevista no inciso I do art. 11 da Lei 13.709/18, qual seja, o consentimento. Frente a isso, surge então um novo questionamento: o empregado, ao entregar o atestado médico ao empregador para justificar a falta no trabalho, estaria consentindo com o tratamento de tal dado? Não seria necessário, em caso da ocorrência do consentimento, que esse seja de forma expressa e com finalidade específica apontada?

Sob a ótica do consentimento previsto na Lei Geral de Proteção de Dados, seria necessário que o empregado consentisse de forma expressa e para uma finalidade específica. Entretanto, à luz da legislação trabalhista, levando em consideração o disposto na Lei 605/49, que dispõe sobre o repouso semanal remunerado, não seria necessário o consentimento do titular. Vejamos:

Art. 6º Não será devida a remuneração quando, sem motivo justificado, o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior, cumprindo integralmente o seu horário de trabalho.

§ 1º São motivos justificados:

[...]

f) a doença do empregado, devidamente comprovada. (BRASIL, 1949)

Como sabido, no Brasil, a principal maneira de provar a doença ou mesmo o afastamento por questões de saúde se dá por meio de atestado médico. Por mais que possamos considerar demais documentos passíveis de provar a existência da doença, tais documentos ainda estariam relacionados à saúde do trabalhador, o que mais uma vez no deixaria diante de um dado pessoal sensível.

A luz dos princípios que regem o direito, aplicando o princípio da especialidade, já que estamos diante de um dado pessoal, dado esse sensível, verifica-se que a Lei Geral de Proteção de Dados resta por afastar a legislação trabalhista neste ponto, já que se trata de uma lei especial, dando aplicação imediata a ela. Na prática, infelizmente sabemos que não é tão fácil quanto na teoria, tendo em vista que o titular de dados pessoais pode não consentir ou mesmo revogar o consentimento dado a qualquer momento, sem necessidade de justificar sua recusa ou revogação do consentimento.

Desta forma, em resumo, percebe-se que pela ótica trabalhista seria necessária a apresentação do atestado médico como forma de comprovar a doença e, tal apresentação, poderia ser interpretado como consentimento previsto na Lei Geral de Proteção de Dados. Por outro lado, sob a ótica da legislação específica, o consentimento deveria ser colhido do empregado de forma expressa e com finalidade específica para ter validade e eficácia, não sendo a simples apresentação do atestado aceita como consentimento para que o empregador realize o tratamento e armazenamento desse dado.

Assim, acabamos por nos deparar com uma omissão em nosso ordenamento jurídico, onde, se aplicado a legislação trabalhista, de certa forma, esse virá a beneficiar o empregador. Por outro prisma, ao aplicar a legislação de proteção de dados pessoais, por certo o empregado e titular de dados terá maior benefício, ao passo que será assegurado a disponibilidade sobre seus dados e, por derradeiro, o direito a intimidade e privacidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação de proteção de dados pessoais, ao buscar dar mais autonomia ao titular de dados, acabou por impor diversas “barreiras” para o empregador quando da coleta e tratamento de dados de seus empregados. Ao não discorrer de forma direta quanto ao tratamento de dados pessoais no ambiente de trabalho, deixou uma enorme lacuna para interpretação do aplicador da norma legal.

Por mais que a legislação autorizou, por meio da coleta do consentimento do titular o tratamento de todo dado pessoal que o agente entender pertinente e/ou necessário para o desenvolvimento da atividade-meio ou atividade-fim, quando falamos em relações de trabalho, sabemos que o empregado é parte hipossuficiente frente ao seu empregador.

No atual momento, frente a pesquisa, entende-se que o melhor meio para o empregador realizar o tratamento de dados pessoais do empregado, principalmente quando estiver diante de um dado sensível, é por meio da coleta do consentimento expresso e específico do empregado. Entretanto, em razão da subordinação jurídica, sabe-se que o empregado poderá encontrar dificuldades no caso de não consentir com o tratamento de tal dado pessoal, ao passo que poderá sofrer represálias pelo empregador caso recusar consentir.

Por certo, também se justifica a necessidade de o empregador coletar dados de seus empregados para a gestão e organização da empresa, contudo, necessário que seja estabelecido, por meio da legislação ou mesmo jurisprudência, parâmetros claros para que ocorra o tratamento de dados pessoais no ambiente de trabalho, principalmente quando se tratar de dados sensíveis, a fim de não onerar excessivamente o empregador nem mesmo ferir a dignidade e a privacidade do empregado.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Clara Lacerda. *A proteção de dados do trabalhador: o Direito do Trabalho constitucionalizado e seu diálogo com o direito à privacidade*. Revista dos Estudantes de Direito da UnB, Brasília, v. 15, p. 255-264, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/22429>. Acesso em: 04 jul. 2022.

ALCASSA, Flávia. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a exposição de dados sensíveis nas relações de trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10a Região, Brasília v. 24, n. 02, p. 145-151, jul./dez. 2020. Disponível

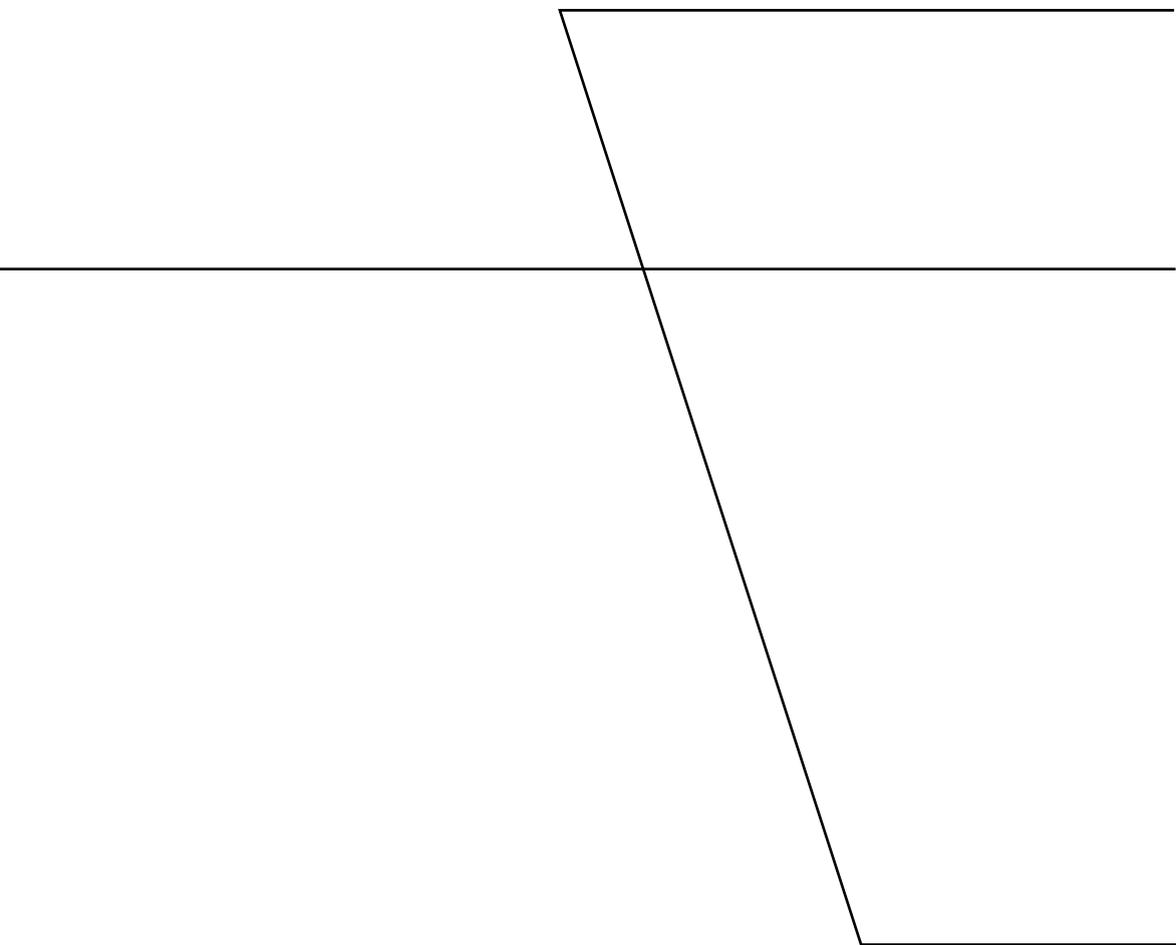
em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/419>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL, *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 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: 01 jul. 2022

BRASIL, LEI Nº 605, DE 5 DE JANEIRO DE 1949. *Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos.* Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l0605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm). Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL, lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília. 2018.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 30 jun. 2022.

GARCIA, L. R. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Guia de implantação.* Editora Blucher, 2020.



**SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL:  
A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL  
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

**GRUPO DE TRABALHO 03**



# A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO (RACIONAL) NA COLETA COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO

The application of (rational) weighting in the compulsory  
collection of the defendant's genetic profile

Leandro Reis de Souza<sup>1</sup>

---

1 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Pós-graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e Bacharel em Comunicação Social com ênfase em Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal”, vinculado ao núcleo de Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Comissário de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4783001503926167>. E-mail: [souza\\_rp@yahoo.com.br](mailto:souza_rp@yahoo.com.br).

## INTRODUÇÃO

O avanço da ciência e as alterações ocorridas na lei de identificação criminal aprimoraram as técnicas de investigação. Com o advento da Lei 12.654/12, o perfil genético passou a ser considerado uma das formas possíveis de identificação. Na hipótese da identificação criminal ser essencial às investigações, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer a coleta de perfil genético do acusado de forma compulsória ou indireta.

A garantia contra a autoincriminação, por sua vez, permite que o acusado não participe dos atos processuais que necessitam da sua colaboração para efetivação, a fim de resguardar sua integridade física e suas liberdades individuais de intimidade e de privacidade. A garantia contra a autoincriminação atua na tutela da integridade física do réu, servindo de obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual, impedindo violências físicas e morais que objetivam a colaboração do acusado na investigação criminal.

A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios e garantias constitucionais, não é absoluta, devendo ser realizada na medida mais alta quanto possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os direitos fundamentais, por definição, são passíveis de colisão, o que remete ao teste da proporcionalidade. O teste é dividido nos princípios parciais da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, onde encontra-se a ponderação. A aplicação do método de ponderação, que trata das possibilidades jurídicas, é alvo de diversas críticas, em especial, quanto à possibilidade de justificar um juízo de ponderação de maneira racional.

Nesse contexto, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando o método lógico-dedutivo, será abordada a possibilidade da aplicação da ponderação de maneira racional, como princípio parcial do teste da proporcionalidade, na coleta compulsória do perfil genético do acusado quando essencial às investigações.

## IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA NO PROCESSO PENAL

A verdade processual sempre será uma verdade reconstruída, independente dos métodos utilizados para a comprovação dos fatos alegados em juízo, estando relacionado ao grau de contribuição das partes e da determinação da certeza do juiz. (PACELLI, 2014, p. 334). A busca da

verdade não é o fim último do processo penal, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios, mas sim para a correta aplicação da lei penal. (BADARÓ, 2017, p. 389).

Nesse cenário, a prova se coloca como um mecanismo que permite a escolha racional entre as diversas hipóteses sobre os fatos debatidos no processo. Partindo-se da premissa de que é possível a reconstrução dos fatos, ainda que esta não reflita uma verdade absoluta, a prova assume a função de um instrumento para fundamentar a escolha pela versão que possa se definir como verdadeira. (BADARÓ, 2003, p. 161-162).

### **Identificação Criminal por Perfil Genético**

O código genético de uma pessoa permite extrair com precisão sua identificação, uma vez que, com exceção dos gêmeos idênticos e univitelinos, cada indivíduo é geneticamente diferente do outro. A identificação genética do ser humano é estável, ou seja, sua individualidade biológica é permanente. Tal premissa permite afirmar que cada pessoa é representada de forma exclusiva através de seu DNA e na igualdade e invariabilidade deste em todas as células do organismo ao longo de sua vida. (RUIZ, 2016, n.p.).

A Constituição Federal, no inciso LVIII do artigo 5º, inseriu, como direito individual, a inviabilidade de se proceder à identificação criminal da pessoa civilmente identificada, salvo nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988).<sup>2</sup> A Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal, trouxe no seu artigo 3º as hipóteses de identificação criminal da pessoa civilmente identificada, que ocorrerá através de processo datiloscópico e fotográfico. (BRASIL, 2009).<sup>3</sup>

---

2 Art. 5º. LVIII. o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988).

3 Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I - o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II - o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III - o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV - a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI - o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. (BRASIL, 2009).

A Lei 12.654/12, por sua vez, incluiu a coleta de material genético como uma das formas possíveis de identificação criminal. (BRASIL, 2012). Na hipótese da identificação criminal ser essencial às investigações, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, inclusive de forma compulsória ou indireta, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09. (BRASIL, 2009).<sup>4</sup>

A coleta de material genético para fins probatórios pode ocorrer em virtude da investigação da prática de qualquer delito, não existindo um rol de crimes estabelecido para este fim. O requisito legal de ser essencial às investigações somente restará atendido quando o pedido estiver devidamente fundamentado, além de demonstrado, no caso concreto, a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

### **Limites Decorrentes da Garantia contra a Autoincriminação**

As garantias constitucionais devem preservar e tutelar, mediante atuação judicial, os direitos fundamentais estabelecidos por nosso ordenamento jurídico. Dentre as garantias reconhecidas pelo direito processual penal, baseada no direito ao silêncio e fortalecida pelos princípios do devido processo legal, da inocência e da ampla defesa, encontra-se a garantia contra a autoincriminação. (TUCCI, 2009, p. 50-51).

A garantia contra a autoincriminação, amparada no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988)<sup>5</sup> e na letra g do §2º do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (COSTA RICA, 1969),<sup>6</sup> atua como obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual, permitindo que o acusado não participe da formação da culpa. A

---

4 Art. 5º Parágrafo Único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei n.º 12.654, de 2012). (BRASIL, 2009).

5 Art. 5º. LXIII. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL, 1988).

6 Artigo 8º. Garantias judiciais: 2. 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: (...) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. (COSTA RICA, 1969).

garantia contra autoincriminação abrange todos os atos processuais que necessitam da colaboração do acusado para a sua efetivação, a fim de resguardar sua integridade física e suas liberdades individuais de intimidade e de privacidade. (PACELLI, 2014, p. 389-390).

Algumas matérias relevantes do processo penal são impactadas de forma significativa pela garantia da não autoincriminação: o interrogatório, o etilômetro, o exame grafotécnico e, em especial, as intervenções corporais. Isso porque a garantia contra a autoincriminação objetiva proteger a pessoa contra os possíveis excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, impedindo violências físicas e morais que visam a colaboração do acusado na investigação criminal. (QUEIJO, 2012, p. 77).

A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios e garantias constitucionais, não são absolutos, devendo qualquer restrição estar prevista em lei, sem eliminar ou afetar o conteúdo essencial do direito restringido. A Lei 12.654/12, que alterou a lei de identificação criminal, resultou numa restrição a garantia contra a autoincriminação. Agora, havendo necessidade para a investigação e autorização judicial, pode ser feita a extração compulsória de material genético do acusado para esclarecer a autoria de um determinado crime.

## **O TESTE DA PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO**

Os princípios e garantias previstos na Constituição Federal não se apresentam de forma intangível, uma vez que podem sofrer limitações em decorrência um dos outros quando não for possível a realização conjunta de todos. Cada um dos princípios constitucionais deve ser submetido, no caso concreto, ao teste da proporcionalidade em relação aos demais valores constitucionais colidentes. (BADARÓ, 2017, p. 91).

### **Modelo de Regras e Princípios de Robert Alexy**

O modelo jurídico do Estado Democrático de Direito é composto por regras e princípios. As regras são mandamentos definitivos que devem ser cumpridos exatamente conforme determinado, aplicadas através da subsunção; enquanto os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados numa medida tão alta quanto possível, admitindo cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29-31).

O modelo de regras e princípios constitui a base da estrutura da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, possibilitando estabelecer racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Essa distinção torna-se mais clara nos casos de conflitos de regras e colisões de princípios. No conflitos de regras, caso não exista uma cláusula de exceção que elimine o conflito, uma das regras deverá ser declarada inválida. Por outro lado, na colisão de conflitos, sob determinadas condições, um princípio terá precedência em face de outro, sem que o princípio cedente tenha que ser declarado inválido. (ALEXY, 2008, p. 85-94).

A definição de que direitos fundamentais são princípios passíveis de colisões, tendo como resultado a ponderação racional justificada pela argumentação racional, remete ao teste da proporcionalidade. O teste é dividido em três princípios parciais: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239-240).

Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade tratam das possibilidades fáticas, sendo que o primeiro verifica se a intervenção de um direito fundamental promove o fim de realizar outro direito fundamental; enquanto o segundo escolhe entre as medidas que promovem a realização de um direito fundamental, aquela que menos intervém no direito fundamental em sentido contrário. Por sua vez, a proporcionalidade em sentido restrito, onde encontra-se a ponderação, trata das possibilidades jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241-249).

### **Estrutura da Ponderação**

A ponderação, objeto do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, refere-se a ideia de otimização relativa das possibilidades jurídicas, formulada de acordo com a seguinte regra: quanto mais alto o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Essa regra, entendida como a primeira lei da ponderação, pode ser desmembrada em três passos: (1) comprovar o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, (2) comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e (3) comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro. (ALEXY, 2007, p. 111).

Na teoria de Robert Alexy, é possível formular julgamentos racionais sobre a intensidade das restrições e os graus de importância dos princípios, de acordo com a escala tríade, que pode ser simples ou dupla,

classificando-os em leve, médio e grave. Para sustentar a racionalidade da ponderação, Robert Alexy propõe a aplicação de um esquema dedutivo, relacionado ao conceito de correção, chamado de fórmula peso, a fim de demonstrar a determinação das intensidades de afetação e de importância de acordo com a escala tríade. (SIECKMANN, 2014, p. 250-251).

O grau de segurança para adoção de uma determinada medida, por sua vez, é verificado com a chamada lei epistêmica ou segunda lei da ponderação, que diz: quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção. (ALEXY, 2007, p. 150). Dessa formulação, derivam as seguintes regras: quanto mais grave a intensidade da intervenção em um princípio, maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras justificadoras dessa gravidade, e quanto mais alto é a importância de realização de um princípio, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras dessa importância. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 155-156).

Essas duas regras, que se referem aos dois primeiros passos da ponderação, estabelecem que devem ser apresentadas premissas apoiadoras tanto mais seguras quanto possível, aumentando, assim, a carga de argumentação em relação às premissas fáticas. Do terceiro passo da ponderação, resulta a regra que diz: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio, eles devem ser postos em uma relação de prevalência. Para atender essa regra, deve-se comparar, no caso concreto, os graus de intervenção e importância entre os princípios colidentes, afastando, com isso, a objeção quanto à incomensurabilidade. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 157-159).

Dessa forma, as circunstâncias fáticas estabelecem uma relação de precedência de um princípio sobre outro, o que permite formular a seguinte regra: quando da relação de precedência condicionada resulta a precedência de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica do princípio ganhador da primazia. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 160).

### **Críticas ao Modelo de Ponderação**

O modelo de ponderação é alvo de diversas críticas quanto à concepção, à estrutura e à possibilidade de justificar um juízo de ponderação de maneira racional. Jürgen Habermas, um dos principais críticos, destaca duas objeções. A primeira afirma que a ponderação retira a força normativa dos direitos fundamentais, reduzindo ao plano dos objetivos, programas e valores, levando, assim, a sentenças irracionais. A segunda

diz que o direito é retirado do âmbito do válido e inválido, do correto e falso e do fundamentar, sendo transferido para o âmbito das ideias de conveniência e do poder discricionário, acarretando na perda da pretensão de correção. (ALEXY, 2007, p. 108-109).

As objeções apresentadas à ponderação podem ser respondidas com as regras da estrutura e as regras das razões, que devem ser observadas pelo aplicador do direito, a fim de alcançar a racionalidade da ponderação. As regras da estrutura correspondem aos passos da ponderação e a atribuição de graus de intervenção em um princípio e de importância de realização em outro. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 160).

Contudo, para a racionalidade da ponderação ser alcançada por completo, faz-se necessário que sejam apresentadas razões de justificação da atribuição desses graus. A ponderação será racional se a regra de precedência puder ser justificada por intermédio de uma argumentação racional. Para tanto, a justificação das proposições de precedências condicionadas e das regras correspondentes pode se valer de todas as regras da argumentação jurídica e do discurso prático geral. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 161-162).

As razões da ponderação devem observar as exigências da justificação externa, referente às relações das premissas empregadas, e da justificação interna, que trata da justificação de cada uma das premissas empregadas. Os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação, observadas as regras e as primazias dos argumentos jurídicos interpretativos, devem ser passíveis de universalização e saturação. Ademais, os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação que se afastam das proposições dos precedentes devem ser justificados. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 163-168).

Dessa forma, atendidas as exigências das regras da estrutura e das regras das razões, dadas conforme as regras da argumentação jurídica, a ponderação alcança a racionalidade e afasta as objeções apresentadas.

## **A COLETA COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO**

A coleta não consentida do perfil genético do acusado é, sem dúvida, uma das formas mais controversas de obtenção do material genético. O legislador, através da Lei 12.654/12, estabeleceu a possibilidade de coleta de material genético sem o consentimento do acusado, que poderá ocorrer de forma compulsória ou indireta. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no habeas corpus n.º 70061747622, enfrentou esta questão, fundamentando sua decisão com a aplicação do teste da proporcionalidade. No caso em questão, o paciente, que responde pelo crime de homicídio, requereu a suspensão da eficácia da decisão que determinou sua condução compulsória ao posto médico legal para coleta de material genético, objetivando o posterior confronto com o material coletado junto à vítima. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

O relator, Desembargador Jayme Weingartner Neto, no seu voto, argumentou que a identificação criminal através da coleta de material biológico, quando essencial às investigações policiais, pode ser aplicada ao caso. A medida gera tensão entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação, dos direitos ao silêncio, à intimidade, à liberdade e à intangibilidade corporal, e o direito à segurança e o dever de proteção geral do Estado, somados à persecução penal e à tutela jurisdicional adequada. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

De acordo com o relator, as colisões entre os princípios, no caso concreto, remete ao teste da proporcionalidade, sendo necessário analisar os princípios parciais da adequação (idoneidade), da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, onde encontra-se a ponderação. O princípio parcial da adequação (idoneidade), que visa verificar se a medida tem capacidade potencial de promover o resultado pretendido, foi devidamente contemplado, uma vez que o exame de DNA é apto a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

O princípio parcial da necessidade, que objetiva verificar se existem outros meio menos gravoso de alcançar o resultado pretendido, entretanto, não restou atendido. O fato do réu já ter sido preso cautelarmente por provas menos gravosas, devidamente juntada aos autos, como o depoimento de testemunhas e o reconhecimento por parte da vítima, afasta a necessidade de realização do exame de DNA para alcançar o objetivo da persecução penal, que resta não justificado. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

A ponderação, objeto do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, que consiste em sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados, também não foi contemplado; inexistido, para sua aferição, qualquer informação acerca do procedimento a ser utilizado para coleta do material genético. A carência de elementos impediu a construção da regra de colisão, que pudesse fazer preponderar, no caso concreto, um

direito em relação ao outro. Assim, a ordem foi concedida à unanimidade. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

Dessa forma, a coleta de material genético do acusado de forma compulsória, apesar de possível, não passou no teste da proporcionalidade. No voto do relator, é possível identificar os princípios parciais da adequação (idoneidade), da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, bem como a ausência de informações para estabelecer a relação entre o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio e o grau de importância do cumprimento do outro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No contexto atual, com o desenvolvimento científico sobre as formas de extração e análise do DNA, as provas genéticas possuem uma posição de destaque na persecução penal. A coleta de perfil genético do acusado e sua comparação com o material biológico encontrado no local do crime pode constituir uma prova robusta na identificação da autoria de determinado delito.

Apesar da matéria não estar pacificada na doutrina e na jurisprudência, tem-se como uma prova lícita a identificação criminal através da coleta compulsória do perfil genético do acusado. Para tanto, faz-se necessário à aplicação do teste da proporcionalidade, no caso concreto, entre as garantias e os direitos colidentes, como por exemplo, a garantia contra autoincriminação e o direito à segurança.

O aplicador do direito deve verificar, no caso concreto, se a coleta pretendida é apta a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva (adequação), se existem outros meios menos gravosos de alcançar o objetivo da persecução penal (necessidade) e sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados com a coleta compulsória (proporcionalidade em sentido restrito).

O método da ponderação racional, que encontra-se na proporcionalidade em sentido restrito, possui as regras da estrutura e as regras das razões da ponderação. Enquanto as regras da estrutura correspondem aos passos da ponderação e a atribuição de graus de intervenção em um princípio e de importância de realização em outro, as regras das razões tratam das razões de justificação da atribuição desses graus.

Dessa forma, atendidas as exigências das regras da estrutura e das regras das razões, dadas conforme as regras da argumentação jurídica e

do discurso prático geral, a aplicação do modelo de ponderação, em especial, nos casos de coleta não autorizada do perfil genético do acusado, alcançará a racionalidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro 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: 02 mai. 2022.

BRASIL. *Lei 12.037, de 01 de outubro de 2009*. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. *Lei 12.654, de 28 de maio de 2012*. Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm). Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do RS (Primeira Câmara Criminal)*. Habeas Corpus n.º 70061747622. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre/RS, julgado em 22/10/2014. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fone-tica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70061747622&num\\_](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061747622&num_)

processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true. Acesso em: 02 mai. 2022.

COSTA RICA. *Pacto de San Jose da Costa Rica: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.Htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.Htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Regras da ponderação racional*. In: Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Org., trad. e rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUIZ, Thiago. *A Prova Genética no Processo Penal*. São Paulo: Almedina, 2016.

SIECKMANN, Jan-R. *La concepción de la ponderación y la formula peso*. In: SIECKMANN, Jan-R. *La teoría del derecho de Robert Alexy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

# A VIOLAÇÃO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS EM FACE DA LEI DE ANISTIA

*The violation of individual freedoms in the face of the amnesty law*

Bárbara Barbieri Erig<sup>1</sup>

---

1 Bárbara Barbieri Erig, Advogada. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito Fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: A Complexa Harmonia em Matéria Penal”, coordenado pelo Prof. Dr. André Machado Maya. E-mail: babi.erig@icloud.com.

## INTRODUÇÃO

Embora a Lei de Anistia tenha sido promulgada há mais de 40 anos, ainda se discute a respeito do seu conteúdo e seus reflexos na sociedade. Em virtude disso, a presente pesquisa se propõe a verificar se e de que modo houve violação às liberdades individuais em razão da referida lei.

No intuito de responder ao questionamento, partir-se-á da conceituação das chamadas liberdades individuais, com posterior análise histórica e social dos motivos ensejadores da formulação da Lei de Anistia e, ao final, apresentação do entendimento doutrinário e jurídico - essencialmente no plano internacional - quanto à violação dos direitos e liberdades dos indivíduos em razão da lei.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, com pesquisa de natureza aplicada. Ainda, será efetuada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, jurisprudencial, normas constitucionais e legislações infraconstitucionais.

## LIBERDADES INDIVIDUAIS

Inicialmente, há de se referir que, a partir do momento em que se tem um Estado Democrático de Direitos, tem-se como objetivo a garantia estatal das liberdades civis e dos direitos e garantias fundamentais, além dos direitos humanos, através da proteção jurídica estabelecida (DANTAS, 2014). O Brasil, uma vez que se enquadra em tal modelo estatal, deve cumprir tais determinações.

No que tange à liberdade propriamente dita, há de se referir que é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado, sendo que esta é protegida, no mínimo, por um direito direto e subjetivo. A proteção sob perspectiva negativa, por parte do Estado, ocorre quando há uma associação entre uma liberdade não-protegida e um direito ao não-embaraço de ações, o qual é um direito a uma ação negativa. Uma proteção positiva, por outro lado, ocorre quando, em virtude de uma liberdade em face do Estado, surge a combinação de uma liberdade com um direito a uma ação positiva. Isto é, há um direito a uma prestação positiva por parte do Estado para que se torne possível o gozo do direito previsto (ALEXY, 2006).

Em virtude desta caracterização ampla e subjetiva dos direitos às liberdades, em diversos ordenamentos jurídicos foi questionado a respeito do que exatamente estas liberdades compreenderiam. A Constituição Portuguesa, por exemplo, apresenta a garantia à liberdade somente no que tan-

ge ao seu aspecto físico, nada referindo sobre a obrigação estatal de respeito à liberdade em sentido amplo (CANOTILHO; MOREIRA, 2007).

No Brasil, a positivação do direito geral de liberdade não tem sido objeto de contestação, o que demonstra uma vantagem institucional a fim de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível constitucional. Neste desiderato, o direito à proteção da dignidade da pessoa humana, por exemplo, possui a liberdade como elemento central, ao passo que o direito geral à liberdade atua como critério material para a identificação de outras posições jurídicas, as quais não foram objeto de direta e expressa previsão na Carta Magna (SARLET, 2013). Nesse sentido:

Dito de outro modo, o direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional. Assim sendo, para reforçar a linha argumentativa já lançada, a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite dela derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional (SARLET, 2013, p. 444)

Pode-se atestar que no Brasil não há de se falar somente em proteção de direitos de liberdades específicos, tais como a liberdade de ir e vir adotada na Constituição portuguesa, mas sim há um direito geral de liberdade que permeia todo o ordenamento jurídico vigente e que merece proteção (direta ou indireta) por parte do ente público. Ainda, além de proteção, cabe ao Estado não adotar atitudes comissivas ou omissivas que possam restringir tais liberdades.

## **LEI DE ANISTIA**

Em relação à Lei de Anistia, faz-se de suma importância, primeiramente, realizar um breve estudo a respeito do contexto político e social anterior a sua promulgação, bem como os motivos pelos quais a referida Lei se fez necessária.

No que tange ao cenário histórico-político, cita-se que o Brasil estava imerso em uma Ditadura Militar, que teve seu início em 1964 e perdurou até 1985. Isto se deu em virtude da conspiração contra o governo

do atual Presidente João Goulart, em que grupos conservadores temiam a ascensão dos movimentos sociais, como os movimentos de camponeses, operários e estudantes (FREGONEZI; PRIORI, 2017).

Vale ressaltar, ainda, que no ano de 1962 os Estados Unidos passaram a financiar ativamente grupos e políticos conservadores no Brasil. Deste apoio, dois grupos que recebiam amplo financiamento americano ficaram conhecidos como “complexo Ipes-Ibad”, sendo o Ipes o Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais, e o Ibad o Instituto Brasileiro de Ação Democrática. O Ibad, inclusive, foi alvo de uma Comissão Parlamentar de Inquérito em 1962, visto que recebeu milhões do governo americano para financiar a campanha de mais de 800 políticos durante as eleições daquele ano, cujo objetivo destes era criar uma frente parlamentar que barrasse o governo de João Goulart (STARLING, online).

O Ipes, por sua vez, foi um grupo que atuou decisivamente no sucesso do golpe civil-militar em 1964. Isso porque custeou uma campanha de propaganda anticomunista, bancou manifestações públicas antigovernistas e incentivou, inclusive no âmbito financeiro, grupos e associações de oposição ou de extrema-direita. Destaca-se, ainda, que foi o Ipes o responsável por organizar a conhecida Marcha da Família com Deus pela Liberdade, em 19 de março de 1964, que mobilizou mais de 500 mil pessoas na cidade de São Paulo contra o comunismo e reivindicando a intervenção dos militares na política brasileira (COSTA, 2019).

Em virtude deste cenário, no dia 31 de março de 1964 uma rebelião organizada por Olympio de Mourão - comandante da 4ª Região Militar - deu início ao golpe civil-militar. Suas tropas marcharam de Juiz de Fora em direção ao Rio de Janeiro com o objetivo de derrubar o governo. Enquanto os militares marchavam contra o governo, o Senador da República, Auro de Moura, declarou vaga a presidência da República e permitiu que a Junta Militar tomasse o poder do Brasil. E, em razão disso, no dia 9 de abril foi decretado o Ato Institucional nº 1 e a Ditadura Militar no Brasil começou a ganhar forma (PRIORI et al, 2012).

Durante os 21 anos seguintes, na permanência da Ditadura Militar Brasileira, o contexto social foi caracterizado pela censura à imprensa, restrição aos direitos políticos e perseguição policial aos opositores do regime (FREGONEZI; PRIORI, 2017). Nesta senda, conforme levantamento elaborado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da SEDH-PR, ao menos 50 mil pessoas foram presas somente

nos primeiros meses da Ditadura Militar e cerca de 20 mil brasileiros passaram por sessões de tortura.

Ainda, conforme levantamento feito pela Comissão Nacional da Verdade, 191 brasileiros que resistiram à ditadura foram mortos, 210 estão até hoje desaparecidos, 33 corpos de cidadãos que estavam desaparecidos foram localizados, totalizando, portanto, 434 militantes na lista de mortos e desaparecidos (CNV, 2014). Estes números, no entanto, podem ser superiores, em razão da extensão territorial do país e a dificuldade de apuração de todas as incidências ocorridas no período ditatorial.

No final deste período, caracterizado por uma abertura democrática lenta e gradual, houve a promulgação da Lei de Anistia nº 6.683, em 28 de agosto de 1979, em que se concedeu anistia a todos àqueles que cometeram crimes políticos ou conexos no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, consoante art. 1º (BRASIL, 1979).

A Lei de Anistia se fez necessária em virtude do clamor popular em extinguir a punibilidade daqueles que lutaram contra o regime ditatorial. Nesse sentido, houve a criação do Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), em 1975, que arrecadou mais de 16 mil assinaturas em todo país em prol da promulgação da Lei de Anistia.

Ainda, entidades civis como a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) passaram a apoiar abertamente a anistia. Em virtude disso, com a promulgação desta Lei, houve o retorno ao Brasil de muitos exilados, dentre eles líderes de esquerda tais como Leonel Brizola e Luís Carlos Prestes (SOUSA, 2014). Em contrapartida, destaca-se que a Lei também acabou por perdoar os crimes realizados por membros das forças armadas durante o regime militar, embora este tópico ainda seja objeto de discussão tanto no âmbito doutrinário, quanto no âmbito jurisprudencial.

Vale dizer, no entanto, que a Lei de Anistia não acarreta necessariamente o esquecimento dos crimes cometidos na época. Ao contrário, há pleno cabimento de que os crimes sejam investigados e elucidados, bem como os perpetradores das condutas ilícitas sejam nomeados e conhecidos, embora não possam ser condenados. Destarte, a norma também não impede que as vítimas sejam reparadas, tampouco que o Estado adote medidas para prevenir que atos deste gênero se repitam no futuro.

O que a prática apresenta, por outro lado, é uma tentativa dos órgãos estatais em esconder os crimes realizados por seus subordinados na época da ditadura, bem como de negar a ocorrência de ilícitos de sua

responsabilidade. Em virtude disso, há um sentimento de injustiça por parte da sociedade, principalmente àqueles que foram afetados direta ou indiretamente por atos de agentes militares. E, portanto, em inúmeros casos, em razão do descaso brasileiro, os cidadãos recorrem aos órgãos internacionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, até mesmo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em uma tentativa de desvendar as violações cometidas na época.

## **VIOLAÇÃO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS COM A PROMULGAÇÃO DA LEI DE ANISTIA**

A Lei de Anistia, embora tenha sido apoiada por inúmeros representantes da sociedade civil, sob o fundamento de que não haveria a responsabilização daqueles indivíduos que foram contrários ao período ditatorial acabou, na prática, por ser ainda mais maléfica à sociedade.

Nesse desiderato, conforme verificado no tópico anterior, ainda se tem 210 cidadãos desaparecidos em relação à época da Ditadura Brasileira, sem que tenha havido uma investigação eficaz, tampouco aplicada uma punição aos responsáveis pelos desaparecimentos forçados, justamente em virtude desta forma de isenção de responsabilidade reconhecida pela Lei de Anistia.

Em virtude disso, há de se ressaltar que, por o plano interno se mostrar ineficaz para resolver tais violações, passou-se a recorrer a instâncias internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cita-se, por exemplo, o Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, em que o Brasil foi denunciado em razão de detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas em plena ditadura militar brasileira. Em sua decisão, a Corte expôs que o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino. Ainda, que o Estado tem o dever de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis (CtIDH, 2010).

Mais especificamente em relação à Lei de Anistia, a Corte apresentou que todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos que tiveram a oportunidade de se pronunciar sobre as leis de anistia, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações. E, alinhada a este entendimento, considerou que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as gra-

ves violações de direitos humanos. Citou, como exemplos, as violações aos artigos 8.1, 25, 1.1 e 2 da Convenção Americana (CtIDH, 2010).

Outro caso que também precisou chegar à Corte Interamericana foi o Caso Herzog e outros Vs. Brasil, em razão da impunidade em que se encontravam a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar.

Em decisão, a Corte declarou que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados crime contra a humanidade e, ainda, dispôs que a proibição de crimes de direito internacional e crimes contra a humanidade já havia alcançado o status de *jus cogens*, o que impunha ao Brasil a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que constituem uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional (CtIDH, 2018).

Pode-se verificar, deste modo, que as instâncias brasileiras se mostraram ineficazes para solucionar e punir casos de desaparecimentos forçados, torturas e até mesmo de mortes no período ditatorial. Em virtude disso, a única solução dos cidadãos, para terem seus direitos atendidos, foi recorrer às instâncias internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que acabou reconhecendo as inúmeras violações perpetradas pelo Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pôde observar com a realização do presente artigo, a garantia às liberdades individuais se faz necessária quando diante de um Estado Democrático e de Direito. O Brasil, por estar subsumido em tal regime, tem a obrigação de zelar pelas liberdades de seus cidadãos. Liberdades estas que se substanciam em sentido *latu*, abrangendo as mais diversas liberdades existentes no ordenamento jurídico: de ir e vir; de pensamento; de crença; de manifestação política; todas.

Tais liberdades, todavia, restaram restringidas - e quiçá excluídas - durante o período ditatorial que assolou a política brasileira. Um período marcado por desaparecimentos forçados, torturas, repressões e até mesmo violações ao direito máximo dos seres humanos: a vida.

Com a finalização deste período, no entanto, em uma tentativa de isentar os reacionários contra a ditadura brasileira de eventuais penalidades, sancionou-se a Lei da Anistia, que concede anistia a todos àqueles

que cometeram crimes políticos ou conexos no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

Tal lei, no entanto, consoante entendimento jurisprudencial internacional, principalmente no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, viola diversos direitos atinentes a todos os indivíduos. Neste sentido, a norma jurídica acabou por acobertar práticas ilegais e desumanas realizadas por membros estatais durante a ditadura, o que fere veementemente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, conseqüentemente, as liberdades individuais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

BRASIL. *Lei nº 6.683, em 28 de agosto de 1979*. Brasília, DF: Presidente da República. 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6683.htm).

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

CNV. *Relatório Volume III: mortos e desaparecidos políticos*. 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>.

COSTA, Jucelio Regis da. *O regime civil-militar no Brasil (1964-1985): legitimações, consenso e colaborações*. 30º Simpósio Nacional de História. Recife, 2019. [https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1547943350\\_ARQUIVO\\_artigo-ANPUH2019.pdf](https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1547943350_ARQUIVO_artigo-ANPUH2019.pdf).

CtIDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pc/demandas.asp?Year=2010&searchText=gomes%20lund>.

CtIDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: [https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/si\\_decisiones\\_corte.asp](https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/si_decisiones_corte.asp).

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

FREGONEZI, Rute Maria Cham; PRIORI, Angelo. *A Ditadura Militar no Brasil: golpe, repressão e tortura*. VIII Congresso Internacional de História. 2017. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2017/trabalhos/3897.pdf>.

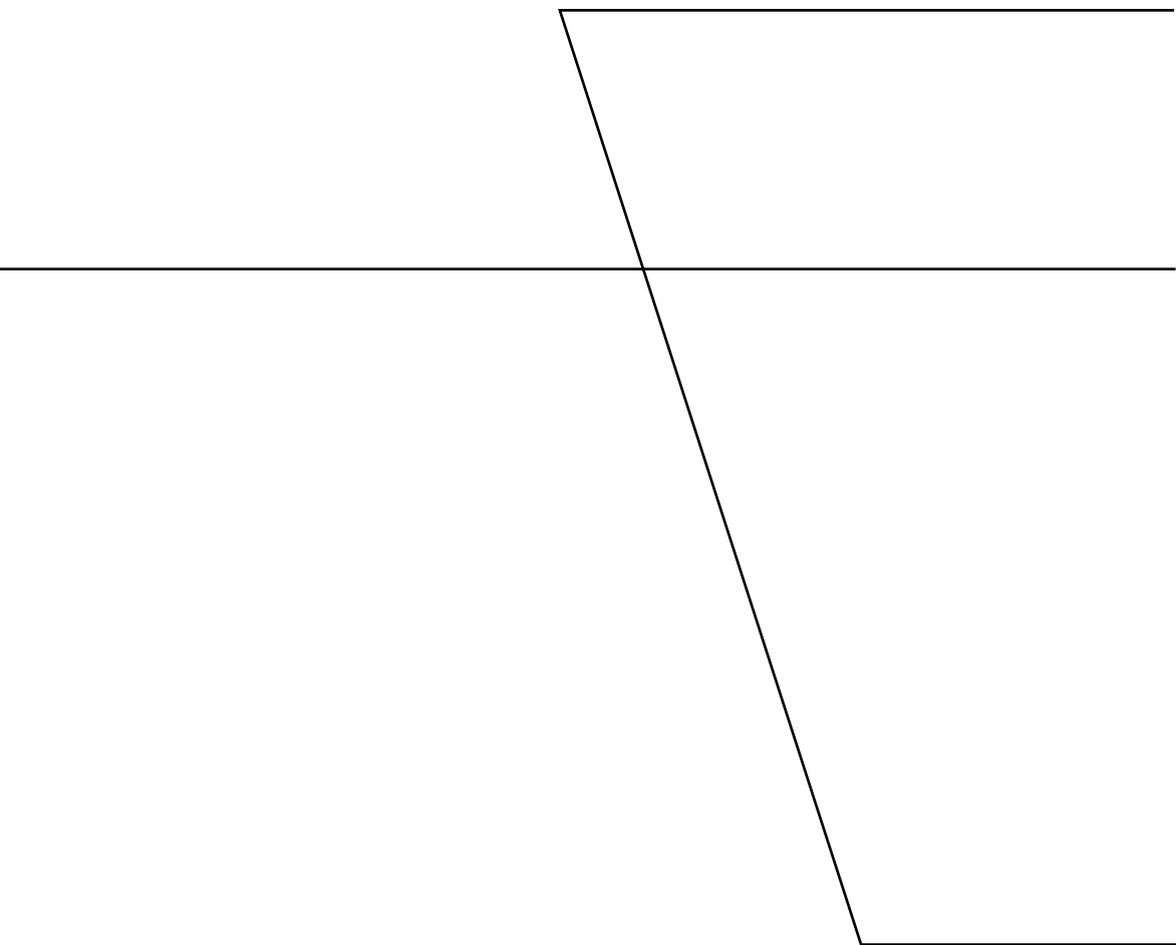
SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais em espécie*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CVPUCSP. *Mortos e desaparecidos*. Disponível em: <https://www.pucsp.br/comissao-daverdade/mortos-e-desaparecidos-contextualizacao.html>.

STARLING, Heloisa. *Golpe Militar de 1964*. Disponível em: <https://www.ufmg.br/brasildoc/temas/1-golpe-militar-de-1964/>.

PRIORI, Angelo et al. *A Ditadura Militar e a violência contra os movimentos sociais, políticos e culturais*. In: *História do Paraná: séculos XIX e XX* [online]. Maringá: Eduem, 2012. p. 199-213.

SOUSA, Arnaldo Vieira. *Lei da Anistia: o direito entre a memória e o esquecimento*. Cadernos UNDB. São Luís, v. 4, 2014.



**DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA  
E NOVOS DIREITOS**

**GRUPO DE TRABALHO 04**

A decorative graphic consisting of a thin black line that forms a partial frame around the text 'GRUPO DE TRABALHO 04'. The line starts from the left, goes up, then right, then down, and then right again, ending to the right of the text. There is also a horizontal line extending from the right side of the frame.



# **VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MENINAS E MULHERES YANOMAMI: UM ESTUDO SOBRE A MANUTENÇÃO DA COLONIALIDADE DE GÊNERO**

Sexual violence against girls and women Yanomami: a study  
about the maintenance of the gender coloniality

Geanne Gschwendtner<sup>1</sup>  
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger<sup>2</sup>

- 
- 1 Geanne Gschwendtner, Mestranda do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito na Fundação Universidade de Blumenau/SC (FURB). Membro do Grupo de Pesquisa “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER” certificado junto ao CNPq pela FURB e Grupo de Pesquisa DIGNIDADE E RECONHECIMENTO vinculado ao PPGD da FURB. E-mail: geanneg2@gmail.com
  - 2 Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Pós-doutora em Direito pela UFSC, Doutorado e Mestrado pela Universidade Federal do Paraná. Professora dos cursos de Graduação e Mestrado da FMP e FURG. Professora pesquisadora CNPq e FAPERGS. Grupo de Pesquisa DIGNIDADE E RECONHECIMENTO vinculado ao PPGD da FURB. E-mail: Fabiana7778@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

Em abril de 2022, a Hutukara Associação Yanomami, divulgou uma nota pública denunciando a ocorrência de um estupro e assassinato de uma menina de 12 anos na comunidade Yanomami, tendo como principal suspeito um grupo de garimpeiros ilegais que atacou a comunidade na região de Waikás, em Roraima. Além da preocupação socioambiental com a região e a saúde da população originária, o crescente número de denúncias de atos violentos contra as mulheres e meninas indígenas é alarmante. Tendo inclusive preocupações advindas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que declarou preocupação com a situação de violência sistêmica sofrida pelo povo Yanomami no Brasil, especialmente em relação com às alegações de crimes contra crianças indígenas. O presente artigo objetiva, por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo, pesquisa qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica, correlacionar a violência sexual contra meninas e mulheres Yanomami trazidas no Relatório da Tribo Indígena Ianomami publicado em 2022 com a manutenção da ‘colonialidade de gênero’ expressa por María Lugones. Tratando de conceitos de violência Judith Butler, e a reflexão sobre a morte de Byung-Chul Han e a necropolítica de Achille Mbembe. Dentre as hipóteses possíveis está auferir se há ou não uma relação entre os processos de colonização e a violência perpetrada na atualidade, ou ainda, distinguir quais as diferenças entre a violência da colonização e a violência que segue acontecendo nas comunidades indígenas.

## COLONIALIDADE DE GÊNERO E A VIOLÊNCIA SEXUAL

Historicamente é reconhecido que o estupro das mulheres indígenas fez parte latente da colonização latino-americana, e, nesse caso, brasileira. Entretanto, a correlação entre a continuidade desses crimes comparados ao início desses atos, ainda intriga a sociedade, e faz questionar que tipos de avanços em direitos humanos verdadeiramente vivenciamos em nossa sociedade contemporânea, conforme contextualiza a historiadora Mary Del Priore, “(...) Colônia escravista, desde o início confundir-se-iam no Brasil a exploração de ameríndios e africanos e o abuso sexual, consentido ou forçado, de índias, negras ou mulatas, a despeito do que fizessem os missionários para obstar semelhantes práticas (...)” (DEL PRIORE, 2004, p. 409-410).

O termo ‘colonialidade de gênero’ é um conceito que María Lugones aborda em seus estudos e aprofunda o campo teórico das relações de gênero e os processos de colonização.

(...) Ao usar o termo colonialidade, minha intenção é nomear não somente uma classificação de povos em termos de colonialidade de poder e de gênero, mas também o processo de redução ativa das pessoas, a desumanização que as torna aptas para a classificação, o processo de sujeitificação e a investida de tornar o/a colonizado/a menos que seres humanos. (...) (LUGONES, 2014, p. 935-952)

É evidente portanto, que o processo de colonização se relaciona com o domínio e o poder, no qual o colonizador exerce através do poder, um papel de ‘gerenciador’ das vidas daqueles que busca submeter às suas regras. A ‘coisificação’ do sujeito, termo utilizado por Aimé Césaire (2020, p. 24), de modo a torná-lo ‘menos humano’ é amplamente utilizado como estratégia para concentrar e organizar o processo colonizatório.

Em diversos países que foram colonizados, como o Brasil, diferentes interesses foram e continuam conflitantes e desenvolveram de forma diversa a sociedade, porém, a máxima vinda da ‘civilização’ e de uma governança ‘racional’ da população sempre serviu de mote e permissividade para a ocorrência da violência contra os povos originários, conforme traz Mbembe,

(...) O fato de que as colônias podem ser governadas na ausência absoluta de lei provém da negação racial de qualquer vínculo em como entre o conquistador e o nativo. Aos olhos do conquistador, “vida selvagem” é apenas outra forma de “vida animal” uma experiência assustadora, algo radicalmente outro (alienígena), além da imaginação ou da compreensão. (...) (MBEMBE, 2018, p. 35)

Assim, o conceito de necropolítica, na qual há a seletividade governamental nas vidas que importam para a sociedade marginaliza os povos originários por desde sempre os considerar ‘inferiores’ e menos capazes das escolhas sociais.

Com relação especificamente ao exercício do poder no âmbito das relações de gênero, a dominação perpassa além da figura do ‘colonizador’ e ‘colonizado’, para a figura ‘masculina’ ‘feminina’, em uma dupla gênese da violência.

(...) Há uma naturalização dessa dominação do homem sobre a mulher, que existe no mundo todo, mas é muito profundamente arraigada no Brasil. Há uma separação do que é a sexualidade masculina e a feminina, como se fosse algo natural, biológico, e não um conceito construído ao longo dos milênios, o que faz com que atitudes absurdas - como a ideia de que importunar as mulheres faz parte da sexualidade do homem -, sejam consideradas comuns em nossa sociedade. (...) (ARAÚJO, 2020, p. 289)

A naturalização da violência e a busca por um respaldo biológico, culminam num aval para o cometimento da violência, e claro, de elevá-la até seu mais alto patamar, inclusive o direito de matar, assim, conforme reflete o filósofo Han,

(...) O matar possui um valor intrínseco. O que domina a economia arcaica da violência não é um princípio mimético, mas um princípio capitalista. Quanto mais violência se exerce tanto mais poder se adquire. A violência exercida sobre o outro multiplica o cabedal de sobrevivência. Ao matar, a pessoa suplanta a morte. Mata - se na crença de, assim, poder vencer a morte (...) (HAN, 2017, posição 197)

A violência sexual é uma ferramenta de controle patriarcal, conforme explica Andrea Smith, “Quando uma mulher indígena sofre abuso, isso é um ataque a sua identidade como mulher e a sua identidade como indígena. As questões de opressão por colonização, raça ou gênero não podem ser vistas separadamente.” (ZOCH, 2014, p. 197).

(...) Imbricam-se as figuras do patriarca, do colonizador e do principal sujeito do controle e do abuso sexual das mulheres. Os mesmos empreendedores particulares, agentes da colonização, foram aqueles que se afogaram de pronto nos corpos das índias, fecundando-as. Foram os mesmos que em seguida tornaram-se os patriarcas, os senhores de terras – elemento que Oliveira Viana considera como a nata, mas que, na realidade, corporificou o grande ator da violência colonial, do estupro generalizado, do etnocídio e do genocídio; são aqueles que abusaram massivamente de suas escravas e das nativas, e que trancafiaram suas esposas, fazendo-as gerar seus filhos considerados legítimos. (...) (LACERDA, 2010, p. 75)

Assim, é explicada a violência sexual contra as mulheres e meninas indígenas brasileiras nos povos Yanomamis, a colonização exercendo um papel primordial de dominação dos povos e apropriação dos territórios, a anulação da existência e dos direitos de quem já habitava os locais. Além de uma prática machista e patriarcal de impor e demonstrar a dominação e o poder através da violência, até suas drásticas consequências, a morte.

(...) O caso das mulheres é igualmente paradigmático, a sociedade patriarcal sempre mediu as mulheres como seres menores em relação aos homens. Não apenas as mulheres precisariam de proteção enquanto seres frágeis, mas também deveriam fazer o esforço de parecer frágeis emocional e fisicamente, isto é, intelectualmente e na prática. A menoridade jurídica e social foi construída a partir da naturalização da violência. Para isso, foi preciso diminuir o poder econômico das mulheres e impedir que percebessem sua condição de classe explorada já na própria vida privada. Para isso, todo um aparato estético foi movido envolvendo padrões de beleza e de comportamento que se apresentaram como sedutores, escamoteando assim a sua humilhação. Pessoas marcadas por preconceitos étnicos e raciais padeceram sob a mesma fábrica estética de corpos. (...) (TIBURI, 2021, p. 32-33)

Sem quaisquer considerações, as mulheres e meninas indígenas seguem sendo anuladas e suas vidas permanecem em risco constante. Além da percepção da construção social da ideia dos povos originários é preciso pensar na realidade social, a fim de articular quais as possibilidades práticas e futuras para garantir um direito fundamental, como à vida, para todas as brasileiras.

## **MULHERES E MENINAS INDÍGENAS, A RESISTÊNCIA DE EXISTIR EM SOLO BRASILEIRO**

“(...) Na visão da maioria das mulheres indígenas, os garimpeiros representam, pois uma terrível ameaça. São luxuriosos e violentos, produzindo um clima de terror e angústia permanente nas aldeias (...)” (Relatório TIY, 2022, p. 88). Retratos narrados pelas próprias mulheres estão registrados no Relatório da Tribo Indígena Yanomami, que denuncia as práticas do garimpo ilegal, seus malefícios e prejuízos aos povos indígenas que habitam tais regiões.

Além dos problemas socioambientais, a violência ultrapassa as propriedades e territórios e alcança as pessoas, objetificando as mulheres, os garimpeiros ilegais são acusados pelos povos indígenas de cometer violência contra as mulheres e meninas das comunidades, como é o relato: “(...) há relatos de garimpeiros bêbados invadindo casas e assediando mulheres, e de gritos de ameaça durante encontros furtivos no rio: “Vamos acabar com os yanomami”, diziam. (...)” (Relatório TIY, 2022, p. 31).

O medo que circunda as populações é prático, os garimpeiros são representantes pessoais da imposição das vontades pelo exercício da força, a demonstração do poder pela violência, assim, “(...) os moradores dão conta ainda que os garimpeiros andam armados, e por isso os indígenas já não oferecem resistência aos assédios porque têm medo de serem atacados. (...)” (Relatório TIY, p. 96).

Portanto, as mulheres e meninas indígenas, ainda que levem à público tal ato de extrema violência, através de sua associação, como foi o caso em abril de 2022, nada parece ser feito a respeito, e emerge uma sensação de impunidade com relação aos crimes sexuais e ao garimpo ilegal.

A estratégia dos garimpeiros ilegais é atrair através de drogas e bebidas, deixando a comunidade vulnerável, “(...) De acordo com a denúncia, um garimpeiro que trabalha na região certa vez ofereceu drogas e bebidas aos indígenas, e quando todos já estavam bêbados e inertes, estuprou uma das crianças da comunidade” (Relatório TIY, 2022, p. 96).

Assim, as vidas perdidas dia após dia, com denúncias pontuais e dificilmente levadas até o fim, fazem refletir sobre a estrutura colonial de poder e gênero, e como a perpetuação de uma cultura que segue dando permissividade para a violência em todas as suas formas causa a morte, e torna a vida das mulheres e meninas indígenas um ato de resistência.

Sem deixar de lado a crítica a busca constante de universalização da cidadania e a reiteração na dualidade entre ‘aldeia’ e ‘civilização’, para superar a colonialidade, é preciso pensar além.

(...) as lutas por direitos e políticas públicas inclusivas e inclinadas à equidade são próprias do mundo moderno, naturalmente, e não se trata de nos opormos a elas, mas sim de compreender a que paradigma pertencem e, especialmente, entender que viver de forma descolonial é tentar procurar brechas em um território totalizado pelo esquema binário, que consiste possivelmente no instrumento mais eficiente do poder. (...) (SEGATO, 2012, p. 126)

Portanto, Butler, ao trabalhar os conceitos de vida enlutável, e quais são as preocupações que os governantes verdadeiramente têm para com a população evidencia as escolhas que a sociedade faz e assim é possível destacar que a invisibilização dos povos originários que sempre foi naturalizada e a desigualdade com que a violência atinge esses povos são escolhas de anulação de existência. (BUTLER, 2021, p. 88)

Dessa forma, os povos indígenas sofrem uma discrepância interminável de violações e violências, as mulheres e meninas indígenas não possuem direitos, tão pouco garantias de que conseguirão sobreviver nesse cenário de luta, vulneráveis pelo gênero e pela imposição da dominação, consideradas ‘menos’, assim relata Butler,

(...) Se o terror sexual está relacionado não apenas à dominação, mas também ao extermínio, a violência sexual constitui o lugar denso de histórias de opressão e luta de resistência. Por mais que cada uma dessas perdas seja individual e terrível, elas fazem parte de uma estrutura social que julga as mulheres como não enlutáveis (...) (BUTLER, 2021, p. 146-147)

Um luto não vivenciado, invisibilizado, uma exploração sequencial, da Terra, do solo, da mulher, da menina.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É possível traçar uma linha relacional entre o processo de colonização e a manutenção da estrutura de colonialidade de gênero, principalmente na estrutura das comunidades Yanomamis que hoje sofrem gravemente atitudes de invasões de garimpeiros ilegais.

O uso da força, violência e a imposição do poder através do medo, faz com que as violências perpetradas no processo de colonização não pareçam ter cessado, sendo um modo de manutenção do poder ainda nas comunidades indígenas.

É perceptível que isso ocorre através da ocupação ilegal do território por parte dos garimpeiros ilegais, e assim as mulheres e meninas Yanomami sofrem, além das consequências socioculturais e socioambientais, do garimpo ilegal, as consequências físicas, quando são muitas vezes embriagadas, ameaçadas, violentadas sexualmente e até mortas.

O relatório elaborado propriamente para trazer luz às questões de forma que busca responsabilizar os garimpeiros ilegais por todas suas

atitudes escancara como os demais indígenas das comunidades sofrem por não levarem à público as violências, o medo da repressão é tamanho que gera uma ‘trava’. E com isso o medo segue silenciando as denúncias e impedido que os violentadores sejam responsabilizados criminalmente.

A negação da existência, a necessidade de resistir e a luta pela vida, fazem com que seja incompreensível como ainda subsistam tais situações em uma sociedade dita ‘democrática’ em que textos legais e garantias constitucionais não parecem sair das folhas de papel para a realidade concreta de meninas e mulheres indígenas.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Paula. *Abuso: a cultura do estupro no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2020.

BUTLER, Judith. *A força da não violência: um vínculo ético-político*. Tradução de Heci Regina Candiani. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Tradução de.... São Paulo: Veneta, 2020.

DEL PRIORE, Mary. *História das mulheres no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

HAN, Byung.-Chul. *Topologia da violência*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017. Versão Kindle.

HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI; ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE’KWANA. *Yanomani sob ataque: garimpo ilegal na terra indígena Yanomami e propostas para combatê-lo*. Boa Vista: Instituto Socioambiental/Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye’kwana. 2022. Disponível em: <<https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/yanomami-sob-ataque-garimpo-ilegal-na-terra-indigena-yanomami-e-propostas-para>> Acesso em junho 2022.

LACERDA, Marina Basso. *Colonização dos corpos: ensaio sobre o público e o privado. Patriarcalismo, patrimonialismo, personalismo e violência contra as mulheres na formação do Brasil*. PUC- Rio. Certificação digital nº 0812079/CA. Abr. 2010 Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16570/16570\\_5.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16570/16570_5.PDF) . P. 71. Acesso em junho de 2022.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte*. Tradução de Renata Santini. 1ª ed.. São Paulo: n-1 edições, 2018.

SEGATO, Rita Laura. *Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial*. E-cadernos ces, 2012. Disponível em: <http://eces.revues.org/1533>. Acesso em junho de 2022.

TIBURI, Márcia. *Complexo de vira-lata: análise da humilhação brasileira*. 2ª ed.. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2021.

OEA. *A CIDH insta o Brasil a proteger as crianças Yanomami vítimas de violência*. Disponível em <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2022/110.asp>. Acesso em junho 2022.

ZOCH, Bruna. *Tradução do primeiro capítulo de SMITH, Andrea. Conquest: Sexual Violence and American Indian Genocide. Foreword by Winona LaDuke. Cambridge, MA: South End Press, 2005*. Publicado em Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 195-230, jan./jun. 2014.



# ATAQUES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: UMA LEITURA A PARTIR DE DWORKIN

Attacks on the Brazilian Democratic State  
of Law: a reading from Dworkin

Amanda Sebastião Dal Pont<sup>1</sup>  
Yduan de Oliveira May<sup>2</sup>

- 
- 1 Amanda Sebastião Dal Pont, graduanda – UNESC, pesquisadora no DISE, bolsista PIBIC, grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), amandalpont@gmail.com.
  - 2 Yduan de Oliveira May, PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, grupo de pesquisa: Direito e Sociedade Econômica (DISE), vinculado à Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), ym@unesc.net.

## INTRODUÇÃO

Nesse trabalho questionou-se os limites da liberdade de expressão frente aos recentes ataques ao Estado Democrático Brasileiro, sob o prisma da obra e legado de Ronald Dworkin. Revelou-se a importância da liberdade de expressão na formação de uma sociedade plural e democrática, firmando-se o entendimento de que até mesmo as ideias odiosas, como as que pedem o fim da democracia, devem ser toleradas.

O método de pesquisa utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi o dedutivo do tipo pesquisa bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, dissertações e normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Já o objetivo do trabalho foi buscar responder o seguinte questionamento: há ou não limites nessas falas odiosas que pedem o fim da democracia e das instituições democráticas? Compreendendo o tema e buscando respostas a partir da literatura do autor liberal Ronald Dworkin

## DESENVOLVIMENTO

Em 2022 Monark, um apresentador de streaming brasileiro, após falar que concordaria com a existência de um partido nazista no Brasil teve que pedir demissão de seu *podcast* pois foi veemente rechaçado em todas as mídias sociais. Em contrapartida, em 1977 Reginald Bryant, em seu programa “Black Perspective on the News” nos Estados Unidos, moderou um debate entre Lawrence Riddick e Charles King (intelectuais negros), Frank Collin (líder do partido nazista) e David Duke (líder da KKK). Aparentemente o que poderia parecer uma ofensa a moral e aos bons costumes na verdade não o foi. Mas, foi antes de mais nada a liberdade de expressão sendo garantida em sua máxima, respeitando-se as diferenças de cada indivíduo e dando igualdade de expressão a todos. Deixou-se a repugnância pela crença de algumas falas a cargo dos ouvintes, que são cidadãos morais dotados de responsabilidade.

Visto a perspectiva paradigmática do tema, verifica-se que o direito à liberdade de expressão consiste na garantia de cada indivíduo pensar e abraçar as ideias que lhe forem convenientes sem sofrer restrição ou retaliação por parte do Estado ou de outro indivíduo. Esse direito deve ocorrer livremente afim de que o indivíduo expresse sua razão e que tenha seu direito à integridade intelectual preservado (MEYER-PFLUG, 2009).

Todavia, como esse direito não é absoluto surgem alguns conflitos, principalmente relacionados a seus limites frente ao *hate speech*.

Verifica-se que o discurso de ódio sempre existiu na sociedade, ratifica-se tal afirmação quando se lembra de Martinho Lutero, principal figura da Reforma Protestante, o qual contestou os dogmas da igreja católica e foi veemente rechaçado e perseguido. Da mesma forma, em 1543, sofreu do mesmo mal o padre Nicolau Copérnico quando afirmou que era a Terra que girava em torno do sol, e não o sol em torno da Terra, desenvolvendo o sistema heliocêntrico (ASSAF, 2018).

Em um sistema dito democrático, que se preocupa com a autonomia moral dos indivíduos, prega-se, ou ao menos espera-se o respeito à opinião de todos (ASSAF, 2018). Nessa toada, Dworkin (2019) acredita que os cidadãos são agentes morais responsáveis, sendo contraditório pensar que alguém tem o poder de afirmar o que esses podem ler, ouvir e comunicar. Todo indivíduo deveria poder expressar qualquer opinião ou ideia, independentemente de seu conteúdo, até mesmo aquelas que pedem o fim do regime democrático. Por mais que a expressão de ideias odiosas, que atacam a democracia e suas instituições democráticas, seja repulsiva, permitir sua manifestação não significa concordar ou aprovar com o que foi expresso, mas sim ampliar a possibilidade de combater essas ideias utilizando-se da melhor argumentação (MEYER-PFLUG, 2009).

Dworkin contrariamente a posição de outros autores como Waldron, acredita que é uma falácia a liberdade de expressão ser limitada tendo em vista a fortificação do popular princípio da dignidade humana. Caso bem compreendida, tal princípio jamais constituirá um empecilho para o *free speech*, pois é somente quando alguém exerce livremente o direito de expressão que podemos dar a ele o direito a dignidade. A concepção de dignidade humana para Dworkin é estruturada sobre dois princípios fundamentais para a vida de qualquer pessoa. O primeiro deles é o respeito por si próprio, o qual implica no dever moral das pessoas levarem a sério a própria vida, já o segundo princípio fundamental relaciona-se a responsabilidade pessoal intransferível que cada indivíduo tem em buscar os fundamentos do sucesso e estilo de vida que o orientarão em toda sua jornada (ASSAF, 2018).

Tendo em vista exemplificar melhor a necessidade da abstenção do Estado nas liberdades individuais, como a liberdade de expressão, Assaf acertadamente mostra como o convívio em sociedade verdadeiramente o é:

A vida nas sociedades modernas não é uma utopia na qual a relação entre os indivíduos é sempre mediada pela alteridade e pelo

respeito mútuo. Podemos até considerar que estes são deveres morais legítimos, mas jamais constituirão um dever de direito. Uma mulher não pode ser obrigada pelo Estado a tratar um machista com a mesma estima, consideração e respeito que dedica àqueles de quem ela gosta. Da mesma maneira, não podemos exigir legalmente que um membro da Ku Klux Klan trate os afros americanos dessa forma. O único que tem essa obrigação é o Estado, que deve garantir igual consideração pelas crenças, opiniões, preferências, ideologias (ASSAF, 2018, p. 92).

Estudando as nuances da liberdade de expressão, atualmente na sociedade brasileira o direito a essa liberdade vem sendo suprimido. Isso devido aos recentes ataques a democracia brasileira, no qual manifestantes e até mesmo o Deputado Federal Daniel Silveira pediram o fim da democracia. Todavia, em que pese o Supremo Tribunal Federal suprimir essa liberdade, concorda-se com a ideia liberal de Dworkin, confiando na inteligência e na capacidade moral do povo brasileiro em decidir qual a melhor forma de regime político. Não se deve crer que a criminalização seja a maneira ideal para resolver o conflito. De tal modo, estar-se-ia dizendo que a sociedade brasileira seria incapaz de conviver com essas ideias, acreditando-se assim na tolice do povo brasileiro em conviver com ideais dissonantes do que é “correto” para aqueles que detêm o poder.

Assaf (2018) acredita que não é cabível vedar essas ideias anti-democráticas somente pelo sentimento de medo. As ideais que se opõem de maneira radical à democracia não podem ser utilizadas como fundamento a fim de cercear a liberdade de expressão. Esse receio de que alguns inimigos do regime democrático possam utilizar-se das instituições democráticas, como instrumento legítimo para derrotar o governo popular, não justifica o impedimento. Essa farsa de que o impedimento é benéfico, ainda, segundo Assaf, poderia ser sucumbida por um fácil exemplo: diante de fatos machistas, quanto mais os casos são expostos na sociedade mais vozes igualitárias e feministas têm surgido para combater esses argumentos por meio do livre discurso.

Dado o exemplo, conclui-se que diante desses discursos que pregam o fim da democracia a melhor maneira de resolver o conflito é ampliar ainda mais o direito à liberdade de expressão. Isso pois deixar esse sentimento antidemocrático escondido em alguns, desconhecendo até que ponto vão suas opiniões e se essas podem trazer um dano efetivo, além de ser perigoso, alimentando ainda mais o ódio diante da crimina-

lização, é maléfica a transformação de uma sociedade aberta e evolutiva. A diversidade de pensamentos é característica primordial da liberdade, não cabendo a uma autoridade julgar ideias que fomentem ou não a democracia. Tal posição caberá a própria sociedade, mediante o acesso mais rico possível de pensamentos diferentes (SOUZA; PINHEIRO, 2016).

Percebe-se então que a intolerância e a proibição de uma opinião não a extinguem nem a erradicam, somente as levam para o caminho obscuro do disfarce. Examina-se claramente tal constatação ao se olhar para a história. Sócrates foi condenado à morte por pregar ensinamentos inadequados, tendo, ao invés do esquecimento, sua filosofia prolongada até os dias atuais. Da mesma forma, cristãos, atirados aos leões, não impediram a igreja católica de crescer e tornar-se uma das maiores instituições religiosas do mundo (MILL, 2019). Tudo isso bem antes da era da revolução digital e da internet. Agora, em plena era tecnológica acredita-se que a proibição de discursos odiosos contra o Estado Democrático de Direito fará cessar a crença nessas ideias?

Claramente seria muito mais oportuno deixar que essas ideias cessassem pelo livre debate, respeitando a condição moral do indivíduo, e não fossem escondidas debaixo de uma sombra inescrupulosa da proibição. Para que uma sociedade seja forte democraticamente e livre de qualquer escravidão, o livre discurso deve prevalecer sempre, sendo censurado apenas quando puder oferecer um perigo claro e iminente de dano, conforme prega Dworkin.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As falas odiosas que defendem o fim da democracia e das instituições democráticas devem ser protegidas. Tal feito se dá não pela concordância com o conteúdo expresso, mas sim pela crença de que todo ser é digno de expressar seus pensamentos, desde que não cause um dano efetivo a alguém.

Tal proteção à liberdade de expressão afere-se pela crença de que o ser humano é dotado de responsabilidade moral, assim o Estado preocupando-se com a autonomia dos indivíduos deveria respeitar a opinião de todos, até mesmo daqueles que proferem ideias intolerantes. Isso pois se negaria a igualdade conferida aos cidadãos dizendo que alguns não possuem capacidade suficiente para expressarem suas percepções de mundo.

Acredita-se que quando se oportuniza essas falas odiosas, que pedem o fim da democracia e das suas instituições democráticas, não se está subtraindo a dignidade humana dos ofendidos, mas está se ampliando, dando igualdade de expressão a todos.

Portanto, crendo na autonomia moral dos indivíduos e no papel que a garantia da liberdade de expressão exerce na democracia, sendo um dos pilares do pluralismo político, afere-se que as interferências opostas pela Suprema Corte Brasileira são investidas de ilegalidade. Desde que essas falas não gerem um dano concreto, cabe aos indivíduos, como seres racionais que são decidirem repugná-las, não ao Estado ou a juízes da Suprema Corte.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSAF, Matheus. *Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas?* 2018. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B5WGDL/1/disserta\\_\\_o\\_\\_vers\\_o\\_final\\_imp.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B5WGDL/1/disserta__o__vers_o_final_imp.pdf). Acesso em: 03 abr. 2022.

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

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Tradução de: CIPOLLA, Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 271p.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade. 1*. São Paulo Grupo Almedina 2019 1 recurso online ISBN 9789724418001.

OCCIUZZI, Rita de Cássia Moreno de Souza. *O direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio na democracia contemporânea*. 2017. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Fortaleza, Fortaleza, 2017.

Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=104812>. Acesso em: 04 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 10. São Paulo Saraiva Jur 2021 1 recurso online ISBN 9786555593402.

SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. *Democracia e liberdade de expressão: o pluralismo julgado pelo utilitarismo de mill e pelo liberalismo de rawls*. *Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 119-144, 05 abr. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9069>. Acesso em: 29 abr. 2022.



# INCREMENTO DA PARTICIPAÇÃO E DELIBERAÇÃO DO CIDADÃO NA GESTÃO PÚBLICA: UM NOVO COMPONENTE CURRICULAR E UM NOVO PROGRAMA DE ESTADO À POLÍTICA PÚBLICA EDUCACIONAL DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Increase of citizen participation and resolution in public management: a new curricular component and a new state program to the educational public policy of basic education

Carla Luana da Silva<sup>1</sup>  
Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>

- 
- 1 Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), (Brasil). Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa “Controle interno da Administração Pública no enfrentamento da corrupção”, coordenado pelo professor Pós- Doutor Rogério Gesta Leal, e o grupo “Controle Social e Políticas Públicas”, coordenado pela Prof. Dr. Caroline Muller Bitencourt e Dr. Janriê Rodrigues Reck, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: carlaluanaschulz@hotmail.com.
  - 2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Prof. Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC, e Fundação do Ministério Público-FMP. Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Desenvolvimento Regional, Doutor em Direito do Estado, pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutor em Direitos Humanos pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Controle interno da Administração Pública no enfrentamento da corrupção”.

## INTRODUÇÃO

Esse resumo se refere a pesquisa realizada em tese de doutoramento que tem como tema central a constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares nesse sentido.

Considerando tratar de um tema instigante e inovador, a problemática que envolve a pesquisa pode ser descrita da seguinte forma: *Como constituir um componente curricular alinhado à um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares para que persigam estes escopos?*

A hipótese central parte das premissas de que: (i) é imperioso a participação e deliberação pública da cidadania em temas que envolvam a educação em qualquer Democracia; (ii) para que isto ocorra revela-se fundamental mecanismos e instrumentos que possibilitem padrões mínimos de igualdade e entendimento à participação política deliberativa na vida pública; (iii) todos os atores - públicos e privados - precisam se engajar nesta tarefa, nomeadamente o Estado enquanto articulador oficial da políticas públicas educacionais, devendo garantir que isto se dê da forma mais inclusiva possível. Assim, tendo em vista essas premissas a proposta investigativa a ser apresentada considera possível a reformulação da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), bem como, a formatação e gestão de projetos político-pedagógicos dos currículos escolares no âmbito da Educação Básica, para constituir um modelo com ações que visem a amplificar e qualificar com processos e procedimentos qualitativos e controláveis publicamente - à interlocução e deliberação da cidadania numa Gestão Pública, propondo um novo componente curricular que carregue essas atribuições, alinhado a um programa de Estado à política educacional nesse sentido.

Como se trata de uma pesquisa científica de alta relevância o método de abordagem eleito é o Hipotético-Dedutivo, sendo o método de procedimento, o método analítico. A fim de alcançar a resposta ao problema da pesquisa, será adotada como técnica a documentação indireta, utilizando-se das contribuições de importantes autores que se dispõe a pensar o direito em contribuição à melhoria da sociedade.

## DESENVOLVIMENTO

É necessário pensar na materialidade e essencialidade do direito de Participação Política. A realidade do país mostra que muitos dos seus cidadãos não acompanham o âmbito da gestão de interesses públicos, muitos desses nem mesmo conhecem seus direitos básicos (GABARDO, 2009), divisão de poderes, meios de controle, as Constituições, as leis, normativas e outros meios de exercício desse poder. E ainda, não tem ideia de que é por meio do exercício do poder de participação política que seus diversos direitos protegidos constitucionalmente serão concretizados.

A Participação Política é aquele comportamento que afeta ou busca afetar as decisões do governo, mas sua conceituação vai além disso. Por meio de seu exercício o cidadão tem o direito de tomar parte na sociedade política (GORCZEVSKI, 2018). Ela constitui uma das faces da Cidadania, um direito fundamental assegurado constitucionalmente que se torna completo quando observado sob o viés deliberativo (LEAL, 2006). Sendo assim, é inadmissível que os cidadãos se mantenham inertes com relação a concretização de seus direitos fazendo com que algumas conquistas ainda se encontrem no papel, carecendo de aplicação prática tendo a Constituição Federal de 1988 um rol de direitos e garantias fundamentais tão extenso.

Parte-se do pressuposto de que a política pública é o principal meio de realização dos direitos fundamentais (RECK, BITENCOURT, 2018). Nesse caminho se fundamentará que políticas públicas estatais que busquem uma maior participação política do cidadão qualitativa e quantitativamente têm importante papel diante de um cenário de apatia social. As causas dessa apatia social são de variadas fontes. A racionalização nesse sentido está em elevar a compreensão e disposição do cidadão em assuntos de interesse público, assim, em razão disso, que a pesquisa trata da constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomenta o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares.

O modelo apresentado visa toda Educação Básica do país, composta pela Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio, considerando a formulação dos currículos e projetos político pedagógicos pós-Base Nacional Comum Curricular. Essa abordagem também considera o marco da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o dever imposto constitucionalmente sobre o preparo ao exercício da Cidadania

como co-gestora no campo de políticas e demandas públicas. Parte-se do princípio de que essa co-gestão de interesses reflita num bom desempenho da Administração Pública, para isso os marcos teóricos vinculados à democracia deliberativa são um norte a esse trabalho.

Busca-se a atribuição de gerar uma participação política mais ativa quantitativa e qualitativamente ao campo da Educação. A Educação sozinha não tem força para transformar a realidade social, mas deve ser destacado o seu papel quanto a moldar o homem para a vida em sociedade (FLACH, 2016). É na educação que o indivíduo se transforma, criando condições de autoconsciência, o que o possibilita viver uma cidadania de forma mais efetiva (MORIN, 2016), e seu desenvolvimento enquanto cidadão, e essa capacidade já está prevista na Constituição Federal.

Será relevante nesse estudo entender que a Educação é ampla, gênero, do qual o ensino é apenas uma de suas parcelas, espécie. A Educação tem um conceito amplo, sendo, nesse sentido, realizada com a contribuição de diversos atores desde a mais tenra idade (CÚRCIO, [www.segs.com.br](http://www.segs.com.br)). O papel da Educação é indispensável na preparação da cidadania, sendo que é por meio do ensino universalizado que se materializará mais fortemente essa atribuição. A proposta a ser realizada se volta ao ensino especificadamente, de modo que reflita contribuições de auxílio à Gestão dos interesses públicos, bem como, uma Educação de qualidade, já que deve ser considerado nessa projeção a precária realidade da Educação brasileira. A intenção é pensar nessa proposta no âmbito do ensino para que possa refletir no campo da Educação como um todo.

Na constituição de um componente curricular e um programa no âmbito da Educação Básica, a tese deve se utilizar das diversas normativas que envolvem esse âmbito. A principal delas a ser considerada é a Base Nacional Comum Curricular, Resolução CNE/CP nº 2/2017 que é a responsável por nortear a adequação dos currículos escolares, em conjunto com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/96.

Uma participação política qualitativa e quantitativamente mais ativa deve considerar os marcos da democracia deliberativa, considerando a contribuição de diversos autores que se propuseram a criar um modelo de gestão que preze pela participação racionalizada dos cidadãos no debate público (HABERMAS, 1997). Considera-se o efeito de legitimidade que a participação do cidadão gera nos resultados de gestão ao expressar suas necessidades estratégicas, o que recai na ideia de uma gestão pública compartilhada (LEAL, 2006). Como se observa esse modelo de Gestão tem como

característica primordial a caracterização da cidadania como ator social na constituição do poder público e do seu exercício, com uma abertura de um campo de interlocução entre Estado e sociedade civil, que possam ampliar os debates além dos meios de representação (LEAL, 2006).

Considerando essas bases a ideia central é olhar o problema da falta de participação política sobre o ângulo das políticas públicas, visando sanar essa demanda social enquanto problema político (SCHMIDT, 2018). É indispensável, portanto, observar a falta de participação política do cidadão enquanto problema político. A política pública realiza direitos fundamentais por meio de um complexo de decisões políticas que vinculam a coletividade, com um pano de fundo democrático (RECK, BITENCOURT, 2021). São arranjos institucionais complexos expressos em estratégias ou programas de ação governamental (BUCCI, 2019), que tem o condão de contribuir a realizar o direito fundamental de participação política, notadamente a participação política deliberativa.

No que tange a estrutura dos conteúdos a serem desenvolvidos, o trabalho é dividido em cinco capítulos no intuito de formar uma base sólida ao objetivo proposto. O Objetivo Geral desta pesquisa repete e retoma a problemática e o tema central da tese, *a constituição de um componente curricular alinhado à um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares para que persigam estes escopos.*

O primeiro capítulo estruturalmente é a introdução. O segundo capítulo visa demarcar os fundamentos do Estado Democrático de Direito como base para o exercício de Participação Política do cidadão. A Participação Política que se visa é aquela completa pela forma deliberativa, que contribua para resolução de inúmeros problemas que acompanha a complexa estrutura da Administração Pública. A delimitação do direito fundamental de Participação Política deve demonstrar a capacidade de ser propulsor à uma boa atuação da Gestão Pública, deixando claro o porquê dos esforços na lapidação de um direito tão importante ao Estado Democrático.

Abordar-se-á a origem e evolução da Cidadania para compreender a formação do seu conceito contemporâneo. Com essa reflexão é possível observar o desenvolvimento da Cidadania no caso brasileiro, que se deu, por ora, bem inversamente aos demais países (CARVALHO, 2004). Será importante a consideração de que cidadania não se resume a direitos políticos, isso pois tem sua composição considerando os elementos civil,

político e social (MARSHALL, 1967). A cidadania envolverá como uma de suas faces o direito de Participação Política, e será indispensável um olhar a esses dois direitos enquanto Direitos Fundamentais, mostrando a força de sua positivação no texto constitucional. Além disso, é tratado dos instrumentos ao exercício dos direitos de Cidadania que dão efetividade ao direito de Participação Política do cidadão. Tendo em vista todo esse percurso, o fechamento do capítulo se dará percorrendo o caminho de observação do Direito Fundamental de Participação Política à Participação Política Deliberativa como fechamento ao conceito de Cidadania, estimulando os elementos que a compõe.

O terceiro capítulo visa tratar da Gestão Pública e Boa Governança em termos de pressupostos, já que a consequência prática quanto a abordagem do tema é fazer com que uma participação política ativa auxilie à Gestão Pública, principalmente no que concerne a racionalização de inúmeras demandas sociais frente a recursos escassos, articulando políticas públicas que apresentem resultados satisfatórios à aplicação dos recursos públicos. A política pública é o meio mais predominante e importante na atuação dos poderes constituídos, um dos meios mais relevantes de expressão da democracia. Pensar em Gestão Pública leva obrigatoriamente à análise do papel das políticas públicas nesse cenário, e a problemática de apuração e melhoramento de seus resultados, hoje esquecida pelos gestores.

Nesse contexto, é esmiuçado as bases ao direito de Participação Política deliberativa cidadã à Gestão Pública, elencando suas condições e possibilidades. Para isso, é retomado o debate sobre democracia e suas principais formas constituídas no Brasil, traçando os caminhos pela opção de uma democracia deliberativa, considerando a teoria procedimental e alguns de seus importantes autores como base.

Especificadamente será abordado quanto a Gestão Pública que se constituiu no Brasil ao longo dos anos, e a Gestão Pública visada: aquela Gestão Pública compartilhada entre Estado e Sociedade, convergente com um cenário de Boa Governança, que possa potencializar o Direito Fundamental à Participação Política do cidadão. Nesse contexto, objetiva-se especificar o direito de Participação Política Deliberativa cidadã e suas contribuições ao modelo de Gestão contemporâneo, principalmente no enfoque do debate de Governança. Nessa etapa já pode ser especificado o que conceitos como Democracia Deliberativa, Participação Política Cidadã, Gestão Pública Democrática, Boa Governança significam à tese.

O quarto capítulo vai interligar o Direito Fundamental à Educação ao Direito de Participação Política, demonstrando a importância de uma Educação voltada à participação do âmbito público desde os primeiros ensinamentos. Será analisado o cenário educacional do Brasil no que tange ao seu funcionamento e as políticas educacionais existentes, esmiuçando a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), principalmente no que concerne ao preparo ao exercício à cidadania. A ideia central do capítulo é demonstrar que o preparo ao exercício da cidadania advém da Educação, e que esta atribuição deve ser transportada do meio teórico ao meio prático.

Nessa etapa da tese deve ser analisado como se deu o reconhecimento da Educação no plano do Direito, considerando a concepção do ensino. Nesse sentido, é articulado como tópico estudar as considerações históricas da educação e sua positivação nos textos legais, abordando os compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil que deram vida à proteção constitucional a esse direito. Tendo em vista o reflexo constitucional do âmbito internacional, e por se tratar de um estudo que contribua às condições brasileiras é indispensável a análise do conjunto da política pública educacional, abordando a Constituição Federal de 1988 e as legislações decorrentes. No campo das legislações decorrentes merecem olhos especiais normativas como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/96, o Plano Nacional de Educação, Lei nº 13.005/2014, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Como se trata de uma proposta envolvendo uma modificação curricular no âmbito da Educação Básica atenção especial deve ser dada a compreensão da formação dos currículos escolares. Assim, deve ser apontado suas principais bases desde Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica e Parâmetros Curriculares Nacionais até a Base Nacional Comum Curricular. A Base Nacional Comum Curricular é aquela que orienta com caráter obrigatório toda disposição dos currículos escolares contemporaneamente, e ela, juntamente com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação são normativas objeto à modificação em face da proposta investigativa. O objetivo final do capítulo busca demonstrar como vem sendo tratados temas de Cidadania e Participação Política em cada etapa de ensino, realçando a necessidade de adequações à BNCC à criação de um componente curricular específico que envolva conteúdos essenciais, que possam resultar em uma Participação Política qualitativa e quantitativamente mais ativa.

E por fim, o quinto capítulo é o fechamento ao objetivo geral da pesquisa que vai constituir um componente curricular alinhado a um

programa de Estado dentro da Política Pública educacional, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública. Nesse ponto do estudo, a via da figura da política pública educacional será o caminho que levará ao incremento da participação e deliberação, tendo em vista a contribuição para um cidadão com voz ativa e consciente na Gestão Pública.

Esse capítulo se esforça em dar atenção a figura da política pública, delimitando qual a conceituação que é considerada à sua definição, bem como, qual papel dos seus diversos instrumentos realizadores, com especial atenção aos programas. Tendo em vista situar o papel dos programas, será relevante apontar quais programas constituidores da política pública educacional já estão sendo desenvolvidos pela esfera estatal, para com isso demonstrar que é por via da unidade programa que se chegará aos resultados esperados na proposta da tese. Contemporaneamente, os programas constituidores da política pública educacional têm por objetivo encontrar soluções para os grandes desafios sociais na educação, com foco na diminuição dos diferentes níveis de escolaridade, e as diferenças sociais nesse meio, reunindo esforços a uma Educação de qualidade.

Considerando o papel dessa unidade dentro do complexo de decisões compoendo a política pública educacional, o objetivo final está em desenvolver um esboço de um programa que direcione um novo modelo aos currículos escolares ao incremento da participação e deliberação cidadã, considerando inicialmente alterações às normativas que direcionam a elaboração dos currículos atualmente. Assim, pensar em um novo componente curricular aos currículos da Educação Básica passa por alterações indispensáveis à Lei de Diretrizes e Bases da Educação- Lei nº 9.394/96 e à Base Nacional Comum Curricular- Resolução CNE/CP nº 2, de 22 de dezembro de 2017.

Abordar-se-á que vários são os Projetos de Lei buscando alterações para inclusão de disciplinas/componentes e temas transversais no estudo da Educação Básica. Temas relacionados à participação cidadã acabam recebendo um número maior de propostas nas casas legislativas, o que demonstra que a preocupação dessa pesquisa é relevante. Será observado que nenhum dos projetos indica a criação de um novo componente curricular à Base Nacional Comum Curricular e a Lei de Diretrizes e Bases, que abarque a Participação Política Deliberativa e suas interligações, e o desenvolvimento da prática de espaços deliberativos fomentada a partir da criação de um programa específico constituidor da política pública educacional.

Para ficar claro, é proposto primeiramente alterações às normativas que orientam a criação dos currículos escolares, apresentando um esboço da constituição de um novo componente curricular em cada etapa de ensino que vise a Participação Política e suas interligações. A partir desse apontamento é apresentado um programa modelo que faça parte da política pública educacional, de incremento à participação e deliberação do cidadão na esfera pública tendo como base desenvolver o novo componente curricular.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o problema de *como constituir um componente curricular alinhado à um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares para que persigam estes escopos?* Concluiu-se como primeira premissa a ser considerada a alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/1996, incluindo o componente Participação Política Deliberativa e suas interligações como obrigatório aos currículos escolares da Educação Básica.

Além dessa alteração à LDB, concomitantemente, observou-se a necessidade de adequações à Base Nacional Comum Curricular, que contemporaneamente trabalha a ideia de noções básicas em torno da cidadania, compondo o rol de temas transversais. Dessa forma, constatou-se como medida prática a reformulação da BNCC com a inclusão do componente curricular Participação Política e suas interligações em área específica à cada etapa da Educação Básica, cada qual considerando o nível de aprendizagem de cada faixa etária. Nesse sentido, deve ser instituído na Educação Infantil o campo de conhecimento Participação, deliberação e interligações. No Ensino Fundamental, dentro da grande área Ciências Humanas, o componente curricular Participação Política e suas interligações. E no Ensino Médio, na área Ciências Humanas e Aplicadas, o componente curricular Participação Política e suas interligações, fechando o quadro curricular de cada etapa da educação básica.

Considerando a modificação nessas importantes normativas, é desenvolvida a proposta de um esboço de um programa constituidor da política pública educacional enquanto modelo aos currículos escolares, para o incremento da participação e deliberação cidadã. Programa que segue diretrizes dispostas no Plano Nacional de Educação (Lei nº

13.005/2014) objetivando a formação para a cidadania e a promoção da gestão democrática da educação pública.

Tendo em vista a pretensão de um esboço, intitulou-se o programa como Programa de Incremento à Participação e Deliberação- PIPADE, sendo sua proposta instituída por meio de legislação específica, que seja desencadeador de ações, projetos e programas que alterem o ambiente escolar, bem como, o ambiente fora dele estimulando a Participação Política Deliberativa do cidadão.

Indicou-se que o programa tem por finalidade contribuir para o aprimoramento da participação e deliberação do cidadão na Gestão Pública por meio de uma série de iniciativas, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com prestação de assistência técnica e financeira às ações necessárias à sua realização. É premissa do programa, portanto, o apoio (técnico e financeiro) à delimitação do componente Participação Política Deliberativa e suas interligações nos currículos escolares; o fomento à continuidade de aprendizado do componente curricular Participação Política e suas interligações em toda Educação Básica; a aplicação prática nas escolas, criando espaços deliberativos que coloquem em prática o aprendizado; o engajamento dos pais e responsáveis a partir da instituição do componente curricular Participação Política Deliberativa e suas interligações; a inserção dos discentes nos espaços de participação popular e o controle social, especialmente nos espaços que envolvam deliberação pública; a disponibilização de materiais de apoio à prática educativa do componente Participação Política e suas interligações, de forma sistemática, regular e gratuita, às escolas públicas de educação básica; a reformulação das ementas universitárias dos docentes de cursos superiores em Educação; a preparação do grupo de docentes por meio de formação continuada visando o ensino de conteúdos em torno da Participação Política Deliberativa; a avaliação constante da instituição do programa por órgão superior, juntamente com discentes e docentes, com um Conselho de Monitoramento e Avaliação, com atribuição de acompanhar as ações de implementação; dentre outras ações necessárias.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. M; RECK, J. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas*. Curitiba: Íthala, 2021.

BUCCI, M. Paula Dallari (2019). *Método e aplicações da abordagem DPP*. Revista Estudos Institucionais, vol. 5, n. 3.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CAVALCANTE, P. *Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM*. Brasília: Ipea, 2017.

CÚRCIO, Ítalo Francisco. Educação, direito de todos. Disponível em: <<https://www.segs.com.br/educacao/281767-educacao-direito-de-todos>>. Acesso em: 25 out. 2021.

CURY, C.R.J. *A educação como desafio na ordem jurídica*. In: LOPES, E.M.T. 500 anos de educação no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

FLACH, Simone Fátima. (2016). *Direito à educação e o processo de ampliação do ensino fundamental*. Revista Contexto & Educação, 31(98), 5–27.

GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Tese de doutorado. Curitiba: 2009.

GORCZEWSKI, Clóvis. *Cidadania, democracia e participação política: os desafios do século XXI*. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2018.

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

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MORIN, Edgar. *Edgar Morin: o verdadeiro papel da educação*. Nova escola: 2016. Disponível em: <<https://www.fronteiras.com/entrevistas/edgar-morin-o-verdadeiro-papel-da-educacao>>. Acesso em: 18 out. 2021.

SCHMIDT, João P. *Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. 2018. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

# IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ALGORÍTMICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE POPULAÇÕES MARGINALIZADAS

Impacts of algorithmic artificial intelligence on the fundamental rights of marginalized populations

Daniela Simões Azzolin<sup>1</sup>  
Nathalia Silveira de Almeida<sup>2</sup>

- 
- 1 Daniela Simões Azzolin; Grupo de pesquisa em Constituição e Violência da Universidade Federal do Rio Grande (FURG); Mestranda em Direito e Justiça Social pela FURG; Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pós-graduanda em Direitos da Mulher e Advocacia Feminista pela Universidade Legale. Email [danielaazzolin@hotmail.com](mailto:danielaazzolin@hotmail.com).
  - 2 Nathália Silveira de Almeida; Grupo de pesquisa em Constituição e Violência da Universidade Federal do Rio Grande (FURG); Mestranda em Direito e Justiça Social pela FURG; Pós-Graduada em Direito Processual Civil; Pós Graduada em Educação do Ensino Superior. Pós-Graduada em Formação Pedagógica de Ciências Sociais. Extensionista da Cravinas- Clínica de Direitos Sexuais e Reprodutivos da UNB. Email [nsdealmeida@gmail.com](mailto:nsdealmeida@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

A expansão das tecnologias na era da internet ocasionou diversas mudanças no comportamento dos indivíduos. Presume-se que, nos países desenvolvidos, cada pessoa real deve ter uma identidade virtual correspondente, pela qual interage socialmente, faz compras, candidata-se a empregos e até trabalha. Muitos procedimentos que eram feitos em trato humano hoje em dia estão computadorizados, desde a distribuição de propagandas e conteúdos conforme as preferências de um usuário até a concessão de empréstimos, a definição do valor de um seguro ou de um plano de saúde, todas decisões que, ao final, influenciam substancialmente na vida dos sujeitos.

Essa tomada de decisões é realizada por sistemas de inteligência artificial que utilizam algoritmos para desenvolver padrões dentro de uma base de dados. No entanto, questiona-se se (e como) os modelos algoritmos podem ferir direitos fundamentais de setores marginalizados da população, como pessoas com menor poder econômico ou de gêneros e etnias discriminados, e o que se pode fazer para mitigar tais efeitos, se existentes. A hipótese trabalhada é de que a inteligência das máquinas possa causar lesão à direitos fundamentais e humanos, principalmente em razão de sua configuração pelas pessoas físicas, sua obscuridade e sua falta de concepções morais e éticas inerentes à condição humana.

A pesquisa é explicativa do fenômeno da realização de atos por modelos de inteligência artificial e seus impactos sobre a vida cotidiana da parcela mais vulnerável da população. Pelo método dedutivo, foi realizada pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos sobre o tema. Os resultados mostraram que os algoritmos podem reproduzir vieses discriminatórios da sociedade e podem contribuir para a redução de oportunidades de quem já tem menos, lesando direitos fundamentais e ofendendo a dignidade da pessoa humana.

## O PODER DECISÓRIO DOS ALGORITMOS

Todas as informações compartilhadas pelos usuários das redes sociais, inclusive dados sensíveis como nome, idade, sexo e endereço formam uma imensa base de dados chamado *big data*. Cientistas da informática conseguem programar *inputs*, ou seja, parâmetros que formatam um padrão de busca para atingir determinado resultado, selecionando ou excluindo características dentro da base de dados (FRANCONI, 2021).

Já os algoritmos são um conjunto de instruções e passos sucessivos pelos quais, ao final, se chega a uma solução (FRANCONI, 2021). Os *proxies* são indicadores aproximados ou substitutos que fazem a intermediação entre o que se busca e o que é encontrado (O'NEIL, 2020). A inteligência artificial, por sua vez, aprende automaticamente conforme a inteligência humana que a ela é ensinada (SANTOS; EROUD; 2021) e, através do “aprendizado de máquina” (*machine learning*), é capaz de fazer inferências sobre o futuro através da detecção de padrões (RISSE, 2018). Esses atributos, combinados em um projeto com objetivo específico, são o que os cientistas chamam de “modelo” (O'NEIL, 2020). Por fim, o *feedback* é o retorno obtido pela utilização do sistema, que permite identificar os erros e corrigir os modelos (O'NEIL, 2020).

Um exemplo de como funciona essa dinâmica é trazido por Cathy O'Neil (2020) ao relatar as repercussões de um modelo americano que pretendia formar um ranking das melhores universidades. Iniciado em 1983, por jornalistas, o modelo utilizava *proxies* para examinar, como dados, as notas do SAT (equivalente norteamericano ao ENEM ou vestibular, no Brasil), a proporção aluno/professor, as taxas de aprovação, a porcentagem de ingressantes que chegavam no segundo ano e a porcentagem deles que se formava e a porcentagem de ex-alunos ainda vivos que faziam doações para a universidade. Quase todo o ranking era produzido por um algoritmo que incorporava os *proxies*. Quando o ranking ficou pronto, virou fenômeno nacional.

As universidades mal posicionadas perdiam reputação e, com ela, perdiam os melhores alunos, os melhores professores e as doações de ex-alunos. As universidades começaram a fazer tudo o que podiam para subir no ranking, principalmente arrecadar fundos e investi-los em melhorias no campus, tanto em infraestrutura quanto nos incentivos às associações e grupos esportivos. Quanto mais melhorias faziam, mais inscrições recebiam. Com isso, os gestores aumentaram as notas de corte das provas e as exigências.

O *input* que o modelo deixava de fora, todavia, era o custo das mensalidades e o financiamento estudantil. Como manter os custos baixos não era um fator para a nota do ranking, as universidades aumentaram os preços, conseguindo recursos para atender as áreas que estavam sendo avaliadas. As universidades começaram a mirar nos alunos que trariam mais vantagens e criar seu próprio modelo de análise de documentos para admissão, o que deu origem a um mercado de *coaches* para ensinar aos alunos como se encaixar nos modelos das universidades, com

curso que chegavam a custar 16 mil dólares (O'NEIL, 2020). Notadamente, os alunos pobres eram empurrados para fora do sistema educacional e, os que conseguiam ser aprovados, carregavam uma dívida quase impagável vinda do financiamento estudantil. Nesse sistema, somente ricos receberiam educação.

Esse modelo acabou somente quando o governo Obama decidiu armazenar os dados em um website, através do qual os estudantes poderiam estabelecer o que consideravam importante em uma universidade (inclusive a dívida média dos alunos, por exemplo) e, nos resultados, poderiam identificar as universidades que mais se encaixavam com seus critérios e possibilidades (O'NEIL, 2020). Entretanto, assim como um modelo foi capaz de levar à ruína o sistema de educação de um país, minando o acesso ao ensino superior dos mais pobres, existem diversas outras maneiras pelas quais a inteligência artificial pode lesar direitos fundamentais.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS DAS POPULAÇÕES MARGINALIZADAS**

Nos Estados Unidos, aproximadamente 72% dos currículos enviados para vagas de emprego nunca são vistos por olhos humanos (O'NEIL, 2020). Modelos algorítmicos varrem os currículos, selecionando as habilidades procuradas pelo empregador, e os detalhes mais inusitados podem ser o fator decisivo para empregar ou não uma pessoa. Quem souber quais palavras-chave são buscadas, pode ter mais chances de ser admitido. De outro modo, um currículo que não utilize as fontes gráficas Arial ou Courier pode confundir a máquina (O'NEIL, 2020). Aqui, novamente, quem pode pagar uma preparação se sobressai e, quem não pode, tem o currículo enviado para o fim da fila.

E não para por aí. Uma pesquisa realizada em 2002 pela Universidade de Chicago e do MIT enviou cinco mil currículos falsos para uma seleção do Boston Globe e Chicago Tribune, em diferentes vagas. No entanto, eles modelaram os currículos com estereótipos de raça. “Metade possuía nomes tipicamente brancos como Emily Walsh e Brendan Baker, enquanto os demais, com qualificações semelhantes, levavam nomes como Lakisha Washington e Jamaal Jones, que soariam afro-americanos.” (O'NEIL, 2020, p. 107). Os nomes brancos receberam o dobro de chamadas que os negros.

Modelos também categorizam as pessoas como merecedoras ou não de crédito financeiro, através de uma “salada de dados” (O'NEIL, 2020,

p. 134) que analisa CEP's, padrões de navegação na internet e compras recentes, na tentativa de estimar a credibilidade de cada um, os chamados "e-escores" (O'NEIL, 2020). Conforme O'Neil, a pessoa que estiver buscando um Jaguar terá mais credibilidade que aquela que procura um Fiat Uno. Uma pessoa usando um computador em um bairro rico tem mais potencial que uma pessoa cujo CEP se encontre numa região periférica. Se o tomador da região menos luxuosa receber um escore baixo, pode não conseguir crédito e se tornar inadimplente. Os algoritmos que selecionam quem recebe qual publicidade irão lotar a tela dessa pessoa de ofertas de cartão de crédito. "Isso significa menos crédito disponível e taxas de juros mais altas para quem já está passando por dificuldades" (O'NEIL, 2020). No entanto, cerca de 50% dos empregadores norte-americanos seleciona potenciais empregados olhando seus relatórios de crédito (O'NEIL, 2020). Escores baixos aumentam as chances do candidato ser preterido.

Nesse pouco espaço e utilizando poucos dos exemplos de O'Neil, demonstra-se como a inteligência artificial algorítmica pode criar um "perigoso ciclo de pobreza" (O'NEIL, 2020, p. 139). Uma pessoa pobre pode não conseguir uma boa educação ou um bom trabalho, aumentando suas chances de constituir dívidas que, por sua vez, baixarão seu escore e diminuirão suas chances de conseguir crédito e emprego.

Sistemas que prevêm a probabilidade de reincidência criminal também podem cometer erros de julgamento (CEZARE; CEZARE, 2020). A multinacional Amazon utilizou um sistema de recrutamento que procurava nos candidatos características consideradas mais relevantes para a força de trabalho. Após alguns meses, foi apontado que a equipe da Amazon era composta praticamente só de homens, tendo em vista que os algoritmos de seu modelo excluíam mulheres (SAKA, 2019). O sistema de marcação de fotos automática da Google identificou como gorilas os rostos de três afro-americanos em uma fotografia (O'NEIL, 2020). A empresa se desculpou, informando que o aprendizado da máquina levou à confusão dos animais com os humanos, visto que "havia folheado bilhões de imagens de primatas e feito suas próprias distinções. Ele se concentrou em tudo, desde tonalidades de cor à distância entre os olhos e formato da orelha" (O'NEIL, 2020, p. 145). O próprio uso ilegítimo dos dados de uma pessoa pode ferir seu direito à privacidade.

Tais exemplos, não exaustivos, é possível visualizar como a inteligência artificial e o uso de algoritmos podem mitigar direitos fundamentais dos usuários. Conforme Mirian Francine Cezare e Thales Cezare (2020), os principais aspectos de risco aos direitos humanos trazidos pela

tecnologia são discriminação, julgamento imparcial e devido processo legal, liberdade de expressão, reunião e associação, eleições e direito ao trabalho. As decisões tomadas por modelos informatizados podem decidir de forma a ferir normas e padrões da Declaração Universal dos Direitos Humanos (RISSE, 2018). De gizar que, quando uma máquina fere um direito fundamental, está ferindo a própria dignidade da pessoa humana, vez que esta “[...] atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões” (SARLET, 2012, p. 85). O conceito de dignidade humana é flexível justamente para atender à diversidade de valores de uma sociedade democrática (SARLET, 2012). Daí que a inteligência artificial falha em incorporar tais valores morais e éticos tão caros aos seres de carne, osso e sentimentos. Em terras das tecnologias, o “ solo é fértil para a produção de avanços tecnológicos e humanos, mas também para a mitigação dos direitos humanos e da personalidade” (SANTOS; EROUD; 2021, s.p.). Por essa razão, Coriolano Santos e Aicha Eroud (2021) ampliam o conceito de dignidade humana para uma ‘dignidade da pessoa humana digital’, emanada da dignidade da pessoa humana física, mas voltada às relações em âmbito digital.

## **SOLUÇÕES AO ALCANCE DO AGORA**

É mister salientar que a inteligência é dada à máquina pelos cientistas da computação, que as alimentam conforme seus próprios valores. Os algoritmos são programados pelo viés humano, vez que “qualquer sistema projetado por humanos reflete vieses humanos e algoritmos contam com dados que capturam o passado, automatizando, assim, o status quo se falharmos em evitá-los” (RISSE, 2018, p. 19). Outro problema dos modelos é que os indicadores e padrões que os levam a tomar as decisões não são apresentados ao público, ou seja, os sistemas são opacos (O’NEIL, 2020) ou obscuros (RISSE, 2018). Dessa maneira, os problemas em sua configuração só são percebidos quando as lesões aos direitos fundamentais já aconteceram. Ainda assim, existem maneiras de prevenir e socorrer a discriminação perpetuada pelas inteligências artificiais.

Os esforços para mitigação dos riscos acima referidos começam pela raiz: o próprio processo de desenvolvimento dos sistemas inteligentes devem buscar que seus designs contemplem ideais de ética, justiça e igualdade, bem como garantam a possibilidade de da população contribuir com feedbacks do sistema (FOSCH-VILLARONGA; POULSEN;

SORAA; CUSTERS, 2021). Empresas que criem ou utilizem tais sistemas devem manter uma gestão de risco para avaliar se algum direito é violado em decorrência da informatização de procedimentos.

Do ponto de vista jurídico, no ordenamento brasileiro existem legislações protetivas específicas para alguns casos, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ou diretrizes de direitos humanos ratificadas que também devem se aplicar ao ambiente virtual, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. A própria Constituição Federal sofreu recentemente a alteração do artigo 5º, que passou a fazer constar a proteção de dados sensíveis como novo direito fundamental<sup>3</sup>. Notícia da Agência Senado (2022) publicou que, na casa legislativa, estudos estão sendo realizados por uma comissão de juristas que apresentará uma proposta de regulamentação da inteligência artificial no Brasil. O marco regulatório deve ser transformado em projeto de lei.

Não obstante, conforme o professor do Instituto de Informática da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Edson Prestes, hão de ser definidas as responsabilidades em caso de violência perpetrada por inteligências artificiais (LEON, 2021). O professor do Departamento de Ciência da Computação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Virgílio Almeida, adiciona que certas práticas, de alto risco potencial, devem ser proibidas ou limitadas por lei (LEON, 2021). Um exemplo de prática de alto risco é o reconhecimento facial em espaços públicos, na visão da coordenadora de Inteligência Artificial do Laboratório de Políticas Públicas e Internet, Ingrid Soares (LEON, 2021).

Sem prejuízo de outras, essas são apenas algumas das medidas que devem ser tomadas, o mais breve possível, em prol da segurança dos direitos fundamentais e humanos emergentes dos casos relatados no capítulo 2. O aparato jurídico deve acompanhar as transformações sociais decorrentes das inovações tecnológicas, sempre salientando a visão democrática e a dignidade da pessoa humana, inclusive “sob a ótica da pessoa digital” (SANTOS; EROUD; 2021, s.p.).

---

3 Artigo 5º, inciso LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022). 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 jul. 2022.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente, a tecnologia trouxe inúmeros benefícios e facilidades aos seres humanos. No entanto, a tomada de decisões por inteligências artificiais algorítmicas pode prejudicar direitos fundamentais dos usuários, em especial das comunidades mais fragilizadas em razão de distinções de gênero, raça e classe. Isso acontece principalmente porque a inteligência artificial advém do ensino humano, que por si só pode conter vieses discriminatórios, falhando em inserir nos computadores conceitos éticos e morais da sociedade. Ademais, os algoritmos utilizados nos modelos normalmente ficam secretos aos fundadores, impedindo que leigos identifiquem a razão do preterimento de eventuais grupos de pessoas.

É importante lembrar que os direitos fundamentais estão inseridos no contexto sempre mutável de dignidade da pessoa humana, ou, nesses casos, dignidade da pessoa humana digital. A simples ameaça a estes exige da sociedade que construa ações efetivas de prevenção e proteção de tais direitos que alcancem o ambiente digital, como a atenção ao alinhamento de valores no momento do design dos sistemas, monitoramento e reforma frequente dos desenhos, seus riscos e resultados práticos e criação de legislações específicas de combate.

## REFERÊNCIAS

CEZARE, Mirian Francine Colares Costa. CEZARE, Thales de Tárzis. *A influência da inteligência artificial nos direitos humanos e nos processos jurídicos*. Revista Prospectus, v. 2, n. 1, p. 149-158, Fev/Ago, 2020. Disponível em: <https://prospectus.fatecitapira.edu.br/index.php/pst/article/view/21>. Acesso em 07 jul. 2022.

FRANCONI, A.I. *El algoritmo de la discriminación sobre la base del género*. En: Congreso Internacional “Retos internacionales en el entorno de la industria 4.0”. Cartagena: Universidad Politécnica de Cartagena, 2021. Pp. 27-37. Disponível em: <https://repositorio.upct.es/handle/10317/9555>. Acesso em 02 jul. 2022

FOSCH-VILLARONGA, E. POULSEN, A. SORAA, R.A. CUSTERS, B.H.M. *A little bird told me your gender: Gender inferences in social media*. Information Processing & Management. Volume 58, Issue 3, Maio 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0306457321000480>. Acesso em 25 jun. 2022

Inteligência artificial: direitos fundamentais não podem ser violados, alertam especialistas. Agência Senado. 09/06/2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/09/inteligencia-artificial-direitos-fundamentais-nao-podem-ser-violados-alertam-especialistas>> Acesso em 06 jul. 2022.

LEON, Lucas Pordeus. *Algoritmos de IA que ameaçam os direitos humanos devem ser proibidos*. Agência Brasil. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/pesquisa-e-inovacao/audio/2021-09/algoritmos-de-ia-que-ameacam-os-direitos-humanos-devem-ser-proibidos>> Acesso em 06 jul. 2022

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, SP : Editora Rua do Sabão, 2020.

RISSE, Matthias. *Direitos Humanos e Inteligência Artificial: Uma Agenda Urgentemente Necessária*. Revista Publicum. Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 17-33.

SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. EROUD, Aicha. *Inteligência artificial e direitos humanos: Uma possível dignidade da pessoa humana digital?* Portal Migalhas, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-digital/352096/inteligencia-artificial-e-direitos-humanos>> Acesso em 06 ju. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2012

SAKA, Erkan. Big Data and Gender-Biased Algorithms. In: *The International Encyclopedia of Gender, Media, and Communication*. John Wiley & Sons, 2020. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/338913711\\_Big\\_data\\_and\\_gender-biased\\_algorithms](https://www.researchgate.net/publication/338913711_Big_data_and_gender-biased_algorithms)> Acesso em 10 jul. 2022



# A EDUCAÇÃO BÁSICA À LUZ DOS PRECEITOS FEMINISTAS

Basic education in the light of feminist precepts

Marli Marlene Moraes da Costa<sup>1</sup>  
Etyane Goulart Soares<sup>2</sup>

- 
- 1 Pós-Doutora em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Burgos/Espanha - com Bolsa Capes. Profa. do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Coordenadora e Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas. E-mail: marlimmdacosta@gmail.com.
  - 2 Doutoranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUC-CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas. Mestre em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social (UNICRUZ). E-mail: etyanesoares@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente resumo tem como objetivo geral analisar os caminhos que a educação de gênero está tomando no Brasil, notadamente após a promulgação da Lei 14.164/2021. Essa legislação altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além de também instituir a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher, que deverá ser colocada em prática pelas escolas no mês de março (mês da mulher). Além disso, contribui para o avanço de direitos e para a implantação de uma cultura de respeito e valorização, sendo um importante mecanismo de promoção dos direitos humanos.

Todavia, mesmo que a promulgação da lei seja um avanço, alguns aspectos devem ser analisados para que haja sua efetiva aplicação prática, sendo necessário trabalhar com o seguinte problema: de que forma haverá a capacitação dos professores acerca dos direitos das mulheres e como este tema será trabalhado em sala de aula? Como hipótese, compreende-se que a Lei 14.164/2021 é a concretização de uma demanda necessária para o enfrentamento da violência de gênero, considerando ser a educação o caminho para a conscientização e emancipação do ser humano e para a formação da cidadania. Além disso, o estudo se apresenta como pesquisa qualitativa, característica das ciências sociais, e tem como método o hipotético-dedutivo, pois parte de uma hipótese inicial para, posteriormente, realizar suas deduções acerca da confirmação da hipótese em casos gerais. A pesquisa também possui finalidade exploratória, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de livros, matérias, revistas e artigos científicos sobre a temática.

## DESENVOLVIMENTO

A estrutura patriarcal contemporânea acarreta inúmeras consequências para as mulheres, principalmente porque ainda predominam interesses pautados na dominação masculina, que gera alienação, preconceito e submissão (BIROLI; MIGUEL, 2014). Tais situações impactam na busca pela igualdade de gênero, pois ocorrem restrições na conquista de novos direitos, como uma educação baseada na diversidade e na equidade. Por esta razão, o estudo das intersecções entre a educação e o feminismo permite compreender as principais causas que contribuem para a continuidade das desigualdades de gênero, de forma a identificar o papel

da educação no contorno dessa problemática e na busca da transformação da condição das mulheres.

Miguel e Biroli (2014, p. 10) traçam alguns questionamentos que servem como ponto de partida para compreender a continuidade da desigualdade, principalmente, no que se refere a construção de papéis diferenciados desde cedo, na socialização e formação da identidade:

De que modo o machismo, ou o patriarcado como forma de organização das relações sociais, numa expressão que será retomada de maneira mais precisa neste livro, reduz as oportunidades de participação social das mulheres? Quais mecanismos sociais limitam a participação delas nas esferas públicas, fazendo com que mais de oitenta anos depois da conquista do sufrágio feminino elas permaneçam marginais na política? **Como a divisão sexual do trabalho e os estereótipos do feminino e do masculino que ela mobiliza marcam a socialização das crianças, colaborando para um futuro desigual da perspectiva do gênero?** (grifo nosso).

A socialização das crianças ocorre na sociedade patriarcal e, na maioria das vezes, os hábitos discriminatórios têm continuidade, pois fazem parte da cultura de um povo. A socialização é o processo através do qual o indivíduo forma-se e integra-se à cultura e, sobretudo durante a infância, valores, ideias e padrões de comportamento são apreendidos por meio do convívio proporcionado pelas diferentes formas de socialização (CROCHÍK, 1997). Esses comportamentos passam pelas gerações e instituem padrões de masculinidade e feminilidade específicos, legitimando papéis e funções a serem desempenhados por cada sujeito, a depender de seu gênero. Nessa trilha, foram sendo transmitidos hábitos e ideias discriminatórias em relação à menina e à mulher, de modo a promover e sedimentar a submissão feminina e a violência. Das meninas, espera-se que se preservem mais no ambiente doméstico e, quando extrapolam esse espaço, tendem a ser vistas como “desviadas” (RIBEIRO, 2006).

Considerando essas problemáticas referentes à socialização da criança, que acaba naturalizando, desde cedo, a desigualdade de gênero, a lei recém-publicada tem uma importância extremamente significativa para o rompimento desses paradigmas, para a conscientização dessas futuras gerações sobre os impactos e consequências da violência contra a mulher na sociedade, sendo uma forma de proporcionar o debate sobre os direitos e a articulação de políticas públicas mais efetivas na promoção

da igualdade de gênero no país. Além de promover medidas para o enfrentamento à violência e a valorização da mulher na sociedade.

A Lei 14.164/2021 foi promulgada no dia 11 de junho de 2021, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, tem como objetivo abarcar, na forma de temas transversais da educação básica, conteúdos relacionados aos direitos humanos e à prevenção da violência familiar. A nova lei, que tem origem no Projeto de Lei n. 598/2019 instituiu, também, a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher, após solicitação da bancada feminina no Senado. De acordo com o autor do projeto, essa lei é de extrema importância porque, em longo prazo, será capaz de trabalhar a cultura da sociedade, a origem da violência e suas causas, não apenas os efeitos. Salientou ainda que o sentimento de propriedade sobre as mulheres é a principal causa dos feminicídios, sendo necessário desconstruir isso desde a base (BAPTISTA, 2021). A lei é um importante avanço na prevenção da violência, mas cabe a toda sociedade analisar se as escolas terão autonomia para desenvolver as práticas educacionais que visem o combate à violência, incentivando, também, a construção dessas ações.

De acordo com a referida lei, o tema deverá ser trabalhado nas escolas a partir da adoção de temas transversais de educação, que visem à inserção da temática de gênero em outras disciplinas do ensino básico. Os temas transversais são os eixos geradores de conhecimentos, ou seja, a união das experiências dos alunos e as matérias tradicionais, podendo se apresentar de formas diversas, na totalidade de matérias da estrutura curricular. A proposta dos temas transversais é inserir outros assuntos ao ensino, necessários para se viver na sociedade atual, vinculando-os aos conteúdos curriculares e aproximando-os do cotidiano dos alunos. A adoção dessa perspectiva denota a necessidade de um processo de elaboração do conhecimento a partir de uma construção pessoal, que também é resultado de um processo interno e individual. Não se trata, portanto, de retirar as matérias curriculares da escola, mas de redimensioná-las, considerando a realidade da escola, “[...] determinada pelas necessidades educativas mais imediatas de alunos e alunas e do ambiente sociocultural do qual eles provêm” (SOUZA, 1998, p. 1).

A pluralidade cultural é um dos temas transversais da Base Nacional Comum Curricular, e inclui o debate acerca da diferença (BRASIL, 2018), assunto que inclui a condição desigual das mulheres e a necessidade da busca pela igualdade. Conforme Souza (1998, p. 1), a história da igualdade de oportunidades da escola mista é ilusória, visto que prepondera uma “[...] determinação masculina subjacente às atividades

propostas às crianças e a colocação em segundo plano das capacidades femininas (apesar das conquistas da mulher em todos os campos da sociedade)”. Por essa razão, é necessário que junto a promulgação da nova lei, sejam instituídos mecanismos capazes de desenvolver metodologias que possam colocar em prática o estudo dos temas transversais à luz da perspectiva de gênero. Embora esses temas e a forma transversal de pensar a educação já estejam sedimentada há bastante tempo no currículo escolar, as determinações impostas pela lei são uma novidade, cabendo sinalizar que a desigualdade entre homens e mulheres é estrutural, passa despercebida muitas vezes, carecendo de maior cautela e preocupação em relação à sua descontinuidade na sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como considerações finais, entende-se que ao olhar para o sistema educacional, é necessário refletir sobre as desigualdades entre homens, mulheres e demais grupos vulneráveis, principalmente nas questões relacionadas a prevalência da dominação masculina e das mais diversas opressões e violências, características do patriarcado e ainda tão presentes na atualidade. Opressões que reforçam e fundamentam a continuidade de discursos misóginos, além de perpetuarem e legitimarem a subordinação feminina. Dessa forma, a promoção de políticas públicas de educação efetiva, que visem à transformação da condição desigual das mulheres e dos grupos vulnerabilizados, é necessária para democratizar o debate também nos ambientes escolares e em vários espaços sociais.

Mas deve-se agir com cautela, visto que a educação está sendo constantemente atacada, assim como os direitos constitucionais de igualdade das mulheres, que por vezes sofrem retrocessos.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Rodrigo. *Nova lei inclui combate à violência contra a mulher no currículo escolar*. Agência Senado, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/11/nova-lei-inclui-combate-a-violencia-contra-a-mulher-no-curriculo-escolar>. Acesso em: 11 julho. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. *Base Nacional Comum Curricular*. Brasília, 2018.

COSTA, M. M. M.; DIOTTO, N. *Gênero, sociedade e políticas públicas: debates contemporâneos*. Cruz Alta: Ilustração, 2022, v.1. p. 197.

COSTA, M. M. M.; DIOTTO, N.; ARAUJO, L. G. N. *A representação da dominação masculina e dos diferentes papéis de gênero a partir da análise literária da obra Antígona* In: Estudos sobre Direitos Humanos, Gênero e Sexualidade.1 ed. Cruz Alta: Ilustração, 2022, v.1, p. 153- 166.

CROCHIK, José Leon. *Preconceito: indivíduo e cultura*. São Paulo: Robe Editorial, 1997.

HOOKS, Bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. São Paulo, 2013.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014.

RIBEIRO, Jucélia Santos Bispo. *Brincadeiras de meninos e meninas: socialização, sexualidade e gênero entre crianças e a construção social das diferenças*. Cadernos Pagu. Jan/jun 2006. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332006000100007&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332006000100007&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 12 de julho. 2022.

SOUZA, Maria Thereza C. C. de. *Temas transversais em educação: Bases para uma educação integral*. Resenhas Educ. Soc. v. 19, n. 62, abr, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-73301998000100010>. Acesso em: 14 julho. 2022.

# GÊNERO E RELIGIÃO: A INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO NA DISCIPLINARIZAÇÃO DAS MULHERES INFRATORAS NAS PRISÕES

Gender and religion: the influence of christianity on the disciplinarization of offending women in prisons

Marli Marlene Moraes da Costa<sup>1</sup>  
Georgea Bernhard<sup>2</sup>

---

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com Pós Doutorado em Direitos Sociais pela Universidade de Burgos-Espanha, com Bolsa Capes. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS- UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas. MBA em Gestão de Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação. Especialista em Direito Processual Civil. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar Sistêmica. Membro do Conselho do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos da Criança e do Adolescente – NEJUSCA/UFSC. Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>

E-mail: [marlim@unisc.br](mailto:marlim@unisc.br).

2 Mestranda em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Graduada em Direito pela mesma universidade. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, integrante do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC, vinculado ao PPGD da UNISC. Endereço eletrônico: [georgeabernhard@hotmail.com](mailto:georgeabernhard@hotmail.com).

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5679853940621472>.

## INTRODUÇÃO

A história da humanidade é marcada por episódios envolvendo a Igreja Católica, sendo esta reconhecida pela influência exercida sobre os povos, por meio de uma doutrinação conservadora e discursos autoritários. Essa prática opressiva difundida pelas igrejas atingiu, de modo peculiar, as mulheres delinquentes, uma vez que a doutrinação religiosa buscava criar mecanismos de dominá-la, por meio da domesticação de seus corpos, justificada pela integração da mulher delinquente na sociedade, a fim de torna-la apta para servir ao poder masculino.

A igreja, pautada na sua natureza conservadora, defendia a submissão feminina em prol dos homens, embasando seu posicionamento na condição biológica que, aos olhos do cristianismo, tornavam a mulher um ser incompleto, ou seja, inferior. Portanto, a mulher deveria se submeter ao sistema patriarcal a fim de conseguir (sobre) viver em sociedade, desempenhando atividades relativas à maternidade e ao âmbito doméstico.

Os estereótipos de gênero vigentes até o momento refletem uma herança sexista e machista reforçada pela Igreja Católica que, ao fixar sobre a mulher uma série de exigências sociais acerca da sua conduta como mulher, mãe e esposa, criou um cenário de punição para aquelas que ouzassem não seguir os preceitos exigidos pela ordem religiosa, sendo consideradas desviantes de seu dever moral e conseqüentemente, excluídas do convívio em sociedade.

É por meio dessa perspectiva que surge a mulher delinquente, desvirtuada de suas ações e atribuições, e a necessidade da interferência da doutrinação religiosa para atuar no reestabelecimento das mesmas, a fim de garantir a predominância dos ditames patriarcais sobre a vida feminina, corroborando para a manutenção da castidade e submissão das mulheres que, em determinado momento, foram corrompidas pela criminalidade.

A partir dessa perspectiva, o presente artigo tem como objetivo geral verificar o papel da igreja católica na disciplinarização da mulher delinquente nos presídios brasileiros, onde pretende-se responder ao seguinte problema: de que modo a Igreja Católica interferiu no processo de regeneração das mulheres delinquentes? A hipótese é de que a Igreja influenciou de modo significativo na perpetuação dos estereótipos de gênero, refletindo no tratamento recebido nas prisões brasileiras pelas mulheres encarceradas. O método de abordagem empregado foi o dedutivo, sendo

que os métodos de procedimentos utilizados foram o histórico- crítico e o sistemático e, a técnica de pesquisa foi a bibliográfica e documental.

## DESENVOLVIMENTO

A esfera criminal, costumeiramente, era direcionada para a população masculina, uma vez que os homens, dotados de força e inteligência, eram reconhecidos como os agentes capazes de cometer delitos. Todavia, quando a criminalidade começa a se manifestar por meio de condutas femininas, a própria sociedade se encarrega de repelir as mulheres criminosas, em razão da incompatibilidade dos preceitos sociais patriarcais com o perfil criminoso, pois, a figura feminina deveria ser a materialização da docilidade e submissão perante a comunidade, a fim de cumprir com a sua função biológica de procriar e servir ao marido.

Ao passo que a prática de crimes deixa de ser uma exclusividade da natureza masculina, surge a necessidade de criar mecanismos interventivos, a fim de reconduzir a mulher à sua posição subalterna para fortalecer o poder patriarcal. É neste momento que a influência da religiosidade se apresenta como uma solução na regeneração das encarceradas, a fim de torná-las dóceis e exercer controle sobre seus corpos.

As ações de controle social por meio dos dogmas religiosos impostos pela Igreja, buscavam exercer o domínio sobre condutas socialmente aceitáveis, sendo que, aqueles que desviassem dos parâmetros religiosos, eram perseguidos pela própria congregação. No caso das mulheres, a imputação de penas para aquelas consideradas desvirtuadas se configura pelo período de caça às bruxas, onde a Santa Inquisição se manifestava por meio de um sistema punitivo pavoroso, através de castigos e condenando as mulheres consideradas bruxas à fogueira, ensejando assim, a produção do discurso de gênero criminológico. (CURCIO, 2020) Portanto, o cristianismo manifestava o seu desprestígio pelo gênero feminino através da consolidação do ideal feminino, repreendendo qualquer ação que estimulasse a garantia de direitos às mulheres, à medida que estas deveriam refletir o modelo marianismo, idolatrando a mulher que se auto sacrifica, por meio da submissão aos homens, cumprindo com sua missão de procriar e gerir as atividades pertinentes ao lar. (DIAS; COSTA, 2013)

De modo geral, a Igreja Católica atuava como protagonista na função de administrar os ambientes prisionais femininos, buscando a recuperação moral das encarceradas por meio da instrução religiosa. O interesse da congregação na prática da prisão feminina era assegurar a

importância de encarcerar para proporcionar uma correção espiritual, onde a condenada poderia refletir sobre os seus pecados e diante do arrependimento, se reconciliaria com Deus. No mesmo propósito, promover o domínio sobre a população feminina possibilitava a hegemonia do pensamento cristão, a fim de exercer o controle social sobre aquelas mulheres consideradas deturpadas da sua função biológica. (AMARAL, 2016)

De acordo com Zedner (1995), o aprisionamento feminino era uma oportunidade de estimular o orgulho do comportamento doméstico nas mulheres e apesar da vida pregressa, o cárcere representava uma oportunidade para recuperar o caráter normativo de “ser mulher” conforme as circunstâncias sociais impostas a elas. Ainda de acordo com a autora, as mulheres eram constantemente vigiadas e controladas de forma mais rigorosa do que os homens, em razão da postura feminina que era constantemente exigida e imposta no cárcere, inclusive, na década de 1870, há relatos de presídios nos Estados Unidos onde havia a tentativa de simular o ambiente doméstico, ensinando as presas a realizarem os afazeres do lar.

No Brasil, os primeiros registros acerca dos trabalhos realizados no cárcere feminino por entidades religiosas se encontram no ano de 1920, por meio do Patronato das Presas, constituído pelas Irmãs da Congregação de Nossa Senhora do Bom Pastor d’Angers e mulheres da alta sociedade, cuja finalidade se pautava na criação de uma prisão exclusivamente feminina, a fim de obter uma solução digna para as mulheres delinquentes. (ANGOTTI, 2011).

Conforme mencionava Lemos Britto, autor influente e penitenciário brasileiro, o temor à Deus era uma ferramenta capaz de transformar as mulheres delinquentes de forma eficaz, justificando-se assim, a inserção da educação religiosa no ambiente prisional. O entusiasmo manifestado com a colaboração da Igreja na regeneração das mulheres em situação de cárcere é menos incongruente do que se parece, à medida que engloba um cenário de articulação política, cujo benefício se estende à ambas as partes, à começar pela implementação dos presídios para as mulheres no Brasil, viabilizada pela presença das Irmãs, resolvendo a necessidade de criação e gerenciamento dos cárceres femininos. (ANGOTTI, 2011).

No mesmo contexto, a presença da religião católica nos presídios femininos simbolizava,

A garantia de espaço para a Igreja junto aos serviços voltados para a sociedade permitia a esta se expandir em diferentes meios

e exercer cargos de poder junto à população. E era justamente a relação estabelecida com a sociedade que fazia com que a Igreja ocupasse um lugar privilegiado junto ao Estado, já que tinha poder de influenciar não apenas os fiéis, mas também aqueles que dela dependiam em alguma medida, como os beneficiários de suas ações sociais. Assim, era conveniente ao Estado relacionar-se com a Igreja e vice versa, pois o poder concedido ao serviço social católico permitia à Igreja aproximar-se daqueles que a fortalecia, e, portanto, isto lhe possibilitava negociar com o Estado e pressioná-lo. Quanto para o Estado, era importante relacionar-se com esta instituição que exercia influência sobre aqueles que era preciso controlar de alguma forma. (ANGOTTI, p. 158, 2011)

A ideia central defendida pelo Patronato era a centralização das detentas em colônias agrícolas, produzindo o que fosse necessário para a sua sobrevivência. Esta condição de “pobres válidas” (MACHADO, 2007), ou seja, de pessoas que estavam aptas ao trabalho mesmo que estivessem presas, permitiu a implantação destes tipos de colônias penais. Tal iniciativa foi a forma encontrada para não trazer prejuízos financeiros ao Estado, pois, o local seria mantido com a força de trabalho das detentas, não dependendo de subsídios financeiros significativos para o seu funcionamento.

No mesmo horizonte, Angotti (2011) assevera que o trabalho desenvolvido pelas Irmãs nas penitenciárias brasileiras almejava inculcar nas detentas os valores morais relativos à disciplina, trabalho, conhecimentos domésticos, amor à família e caridade. Todavia, regenerar as mulheres criminosas não se limitava ao aspecto moral, mas também, ao contexto físico, estando seus corpos sob forte regência da cristandade, visando, por meio da disciplinarização, resgatar a essência da honestidade e castidade na personalidade das mulheres criminosas. Nesse sentir, acrescenta:

Todos esses elementos de disciplinarização praticados pelas Irmãs sobre os corpos e mentes das detentas coincidiam com aqueles aos quais elas deveriam submeter-se em suas vidas de religiosas. Em outras palavras, a vida monástica exigia das Irmãs a aniquilação da sexualidade, o recato e a discrição nos modos, o uso de uniformes, uma rígida rotina de orações e trabalhos, o abandono de uma feminilidade exacerbada, enfim, a vivência de uma vida modesta e sem futilidades, dedicada a Deus e à caridade. Os rigores do ordenamento religioso coincidiam com os rigores da disciplina carcerária. (ANGOTTI, p. 168-169, 2011)

A necessidade de criar espaços físicos específicos para receber as mulheres infratoras estava atrelada à diversas preocupações, sendo a principal delas, a existência da promiscuidade no interior das celas, à medida que não havia a segregação de gênero nos ambientes prisionais. (ARTUR, 2011).

Sendo assim, as freiras administravam a rotina e todas as questões relativas à permanência das mulheres na prisão, usufruindo do tempo disponível para regenerá-las de acordo com os valores cristãos. Conforme menciona Soares;Ingenenfritz, (2002):

[...] Pelo regulamento interno da prisão, formulado e aplicado pelas religiosas, chamado Guia das Internas, as presas só tinham dois caminhos para remirem as suas culpas, e ambos supunham que elas se transformassem nas perfeitas mulheres piedosas, recatadas, discretas, dóceis e pacíficas. Dedicadas às prendas domésticas de todo o tipo (bordado, costura, cozinha, cuidado da casa e dos filhos e marido), elas estariam aptas a retornar ao convívio social e da família, ou, caso fossem solteiras, idosas ou sem vocação para o casamento, estariam preparadas para a vida religiosa. [...] (SOARES; ILGENFRITZ, p. 48, 2002)

Essa interferência religiosa nos preceitos morais e éticos, envolvidos pelo ideal de família defendido fervorosamente pela Igreja Católica, consolidou a permanência da cultura patriarcal na sociedade, defendendo a desigualdade de gênero sob a argumentação da inferioridade biológica da mulher em detrimento à supremacia masculina. Inclusive, essa compreensão recebeu um viés moralista, influenciando de forma decisiva na representação feminina nos discursos criminológicos futuros. (CURCIO, 2020).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A condição de ser mulher em uma sociedade regida pela ordem patriarcal, por si só, já reproduz efeitos que transcendem a esfera moral, fortalecendo a posição subalterna feminina na sociedade. Todavia, ao abordar a criminalidade feminina sob uma perspectiva de gênero, se evidencia que, ao longo dos anos, o tratamento oferecido às detentas por meio do cumprimento de pena, não se justificava pela gravidade do ato delituoso em si, mas pela agravante de ser mulher criminosa.

Romper com os estereótipos de gênero, socialmente construídos e fortalecidos pela ordem religiosa, representava uma ameaça à predominância da cultura patriarcal, à medida que a figura feminina não deveria ser provida de autonomia para realizar as próprias escolhas e ocupar os espaços de predominância masculina, como no caso da criminalidade.

É por meio deste viés que os interesses do Estado e da Igreja Católica se fortalecem em prol das alternativas para regenerar as mulheres infratoras, a fim de reestabelecer o controle sobre suas mentes e corpos, perpetuando os ideais defendidos pelo patriarcado. Sendo assim, delegar o poder de administrar o cárcere feminino à Congregação Católica, significava a prevalência da subalternidade feminina na esfera social e a supremacia do poder masculino nos espaços de decisão, além das vantagens financeiras alcançadas pelo Estado em razão deste regime, onde as próprias detentas eram responsáveis pela manutenção de suas necessidades nas colônias agrícolas.

Nesse sentir, o presente trabalho evidenciou o interesse da Igreja Católica em doutrinar as detentas para atender aos princípios morais e cristãos relacionados ao bem estar familiar, cuja finalidade se assentava na necessidade de resgatar a disciplinarização da conduta feminina, à medida que a intenção religiosa era resgatar o espírito de obediência e castidade da mulher para que esta cumprisse com a sua condição biológica, concretizando a função social designada por Deus, conforme entendimento cristão.

Sendo assim, o objeto central que culminou no envolvimento da Congregação Católica não estava atrelado às causas da criminalidade e muito menos no acolhimento da mulher infratora, demonstrando assim, que a Igreja atuou de modo decisivo para consagrar a ordem patriarcal na sociedade, subjugando o sexo feminino, estritamente, ao seu valor biológico e seu dever moral de procriar e servir ao marido.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. *A história da pena de prisão*. Jundiaí: Editora Paco, 2016.

ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

ARTUR, Angela Teixeira. *As Origens do “Presídio de Mulheres” do Estado de São Paulo*. 158 f. Dissertação (Mestrado em História) – Departamento de História, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DIAS, Felipe da Veiga. COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Sistema Punitivo e Gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

CURCIO, Fernanda Santos. *As memórias das prisões femininas no Brasil*. Disponível em: [http://alas2017.easyplanners.info/opc/tl/0517\\_fernanda\\_santos\\_curcio.pdf](http://alas2017.easyplanners.info/opc/tl/0517_fernanda_santos_curcio.pdf). Acesso em: 05 jun 2022.

MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*. 3.ed.rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

SOARES, Barbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras: Vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garmond, 2002.

# FRAGILIDADE DO REGIME POLÍTICO E JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL À LUZ DO SEU PASSADO CONSTITUCIONAL

Fragility of the current Brazilian political and  
legal regime accordingly of its past

Eduarda Goldschmidt<sup>1</sup>  
Luysa Eichner da Silva<sup>2</sup>

- 
- 1 Eduarda Goldschmidt, Acadêmica da Graduação do Curso de Direito da Faculdade Federal do Rio Grande (FURG) e Pesquisadora do Grupo de Estudos e de Pesquisas em Direito Constitucional e Violência (GEPDCV), coordenado pela professora Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparenberger. E-mail: eduardagold@gmail.com.
  - 2 Luysa Eichner da Silva, Acadêmica da Graduação do Curso de Direito da Faculdade Federal do Rio Grande (FURG) e Pesquisadora do Grupo de Estudos e de Pesquisas em Direito Constitucional e Violência (GEPDCV), coordenado pela professora Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparenberger. E-mail: luysaes@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Sob a ótica do pensamento contratualista de Rousseau (2019, p. 48) “(...) se cada Cidadão não é nada, e não pode nada, a não ser por meio dos outros, (...) pode-se dizer que a legislação está no mais alto ponto de perfeição que possa atingir.” Para o autor, é exemplificada a relevância das constituições para os Estados Modernos, visto que essas são pilares para a manutenção da organização dos Poderes e a institucionalização dos direitos humanos (ROUSSEAU, 2019).

Nesse viés, é observado que a sociedade política do Brasil não apresenta a devida constância constitucional, necessária para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Tal colocação é comprovada através das ameaças à democracia, da coação à liberdade de expressão e dos frequentes ataques ao Supremo Tribunal Federal, o que cria uma fragilidade no regime político e jurídico brasileiro, que por vezes ocasionou a instauração de regimes ditatoriais.

A mister disso, é relevante salientar dois acontecimentos que demonstraram a vulnerabilidade da Lei Maior. O ano de 2016 foi marcado por uma profunda crise, evidenciada pelo impeachment da Presidenta Dilma Rousseff e a enorme desarmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Ademais, em 2021, o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, incessantemente, intimou as instituições da União, por exemplo o STF, além de ameaçar as eleições de 2022, como dito pela organização internacional de direitos humanos não governamental, Human Rights Watch (2021).

Esse cenário ocorre em razão do Brasil possuir sua história constitucional tecida por uma narrativa erguida sobre elementos valorativos e espirituais das ruínas sociais do colonialismo. Com isso, herdou vícios e desníveis qualitativos que geraram golpes e ditaduras em determinadas épocas, com consequências repercutidas atualmente, tais quais a baixa qualidade democrática, o ferimento da harmonia e a violação da independência dos três poderes (BONAVIDES, 2000).

Desse modo, o presente artigo objetiva, por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo, pesquisa qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica, correlacionar a precibilidade político-jurídica do histórico brasileiro, desde sua fundação, como Estado independente, perseguido pelos tempos atuais.

## **QUATRO MOMENTOS CONSTITUCIONAIS DO BRASIL IMPERIAL ATÉ À DITADURA MILITAR QUE RESPONDEM AS LACUNAS POLÍTICAS BRASILEIRAS DO SÉCULO XXI**

Neste item tratar-se-á das fases constitucionais do Brasil Império ao Período Militar.

### **Constituição de 1824: a subsunção da Lei ao Imperador**

A partir do cenário de criação da primeira Carta constitucional brasileira, tem-se em vista a intervenção simultânea de dois poderes constituintes, cujas relações foram sempre marcadas por aguda tensão: o Originário, regido pelos governados, que teve a sua soberania golpeada e embargada, não sendo partícipe, portanto, da obra criadora das primeiras instituições públicas do Brasil, como Estado e Nação; e o Derivado do absolutismo, personificado na figura de Dom Pedro I, agente que outorgou a Carta Imperial e, a partir dela, decretou a autolimitação de seus poderes.

A discordância desses dois agentes ocasionou uma crise constituinte, a qual o Brasil nunca superou de maneira absoluta, acarretando consequências contemporâneas, pois a intervenção impositiva do Imperador afetou o sistema representativo e a separação dos poderes, na medida que decretara na Lei Maior de 1824 a limitação do Poder Legislativo e do Judiciário e a superioridade de sua vontade sobre os princípios normativos (BONAVIDES, 2000).

Recidiva ao longo de nossa história constitucional, tal crise se assemelha a um vulcão, ora adormecido, ora em erupção, deitando não raro sua lava fumegante sobre as instituições, e calcinando os edifícios do Império e da República em distintas épocas constitucionais e políticas do passado (BONAVIDES, 2000, p. 165).

A instituição de um quarto poder, o Moderador, ocorreu dentro do controle de constitucionalidade, uma vez que a Carta Magna de 1824, em seu título 5º, capítulo I e artigo 98, concebeu que o Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegado, privativamente, ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos. Todavia, em verdade, os políticos do Império desvirtuaram-lhe o sentido e a aplicação, criando

uma “ditadura” do Moderador sobre os restantes, gerando desequilíbrio e infringindo a independência do Legislativo e do Judiciário.

Com efeito, a Carta enfeixava numa só pessoa – o Imperador – a titularidade e o exercício de dois Poderes. De tal sorte que a Lei Maior criava assim um monstro constitucional. Não criava um órgão legítimo, distinto e capacitado, como seria de sua vocação, a promover a harmonia e o equilíbrio dos Poderes (BONAVIDES, 2000, p. 167).

A titularidade, não apenas de um, mas de dois Poderes do período monárquico constitucional concentrada, de forma absoluta e personalizada, em um homem, culminaria, futuramente, em conjunto com outros fatores, em uma república governada a partir dos interesses de pequenos grupos econômicos, os oligarcas cafeeiros, que não estavam preocupados em auxiliar, veementemente e com boa-fé, as classes mais abastadas. Com base nesse exposto, a Constituição do primeiro período republicano será tratada a seguir.

### **A Constituição de 1891: evolução para quem?**

Avançando alguns anos, de acordo com o escritor político Pinto Ferreira (1998), apesar da primeira Constituição Republicana enunciar-se sobre as clássicas liberdades privadas, civis e políticas, silenciou-se com referência à proteção ao trabalhador. Com isso, a massa campesina continuou inerte e passiva, apesar da queda monárquica e as mudanças do ordenamento jurídico, manejada pelos prepotentes senhores de terra, chamados pitorescamente de “coronéis”, que aumentaram muito suas influências políticas nesse período, fenômeno que culminou para a elitização da política atual.

Assim, a evolução constitucional do país, patenteada na introdução da República, apresentou-se, basicamente, nula para as classes sociais que não detinham o oligopólio político e econômico durante o primeiro período republicano, cujas turbulências, mais de uma vez, puseram o regime à beira da ruptura. Esse cenário justifica-se para Bonavides, ao afirmar que “A república em si mesma não penetrara ainda a consciência da elite governante e da camada social hegemônica” (BONAVIDES, 2000, p. 169).

## **A Carta Maior de 1937 e a de 1967: as constituições autoritárias do Brasil**

A Ditadura do Estado Novo e a do Regime Militar representaram retrocessos democráticos para o país que, primeiramente, em 1934, não resistiu à expansão de tendências do fascismo internacional e, em seguida, em 1964, decaiu sob as tendências da Guerra Fria.

Nesse sentido, a Lei outorgada por Getúlio Vargas provocou a hipertrofia do Poder Executivo que dissolveu a Câmara, o Senado e as Assembleias Estaduais (FERREIRA, 1998).

A bem dizer a verdade, essa Carta Magna nunca foi cumprida. Dissolvidos os órgãos do Poder Legislativo, (...) dominou a vontade despótica do presidente, transformando em caudilho, à maneira do caudilhismo dominante nas Repúblicas latino-americanas (FERREIRA, 1998, p. 57).

Adiante, na Ditadura Militar, com a implementação do Ato Institucional nº5 de 1968, na Nova Constituição, iniciou-se o período considerado o ápice do autoritarismo e da repressão política da história do Brasil, visto que a tortura foi institucionalizada. Essa sentença, para a atualidade, legitimou um sentimento interiorizado para o cidadão de consentimento para a violação de direitos humanos.

Nesse sentido, apossando do pensamento rousseauiano, que estabelece uma influência direta do meio sobre o homem, o Estado, como instituição maior, exerce poder de persuasão aos seus cidadãos. Essa realidade se estende no presente, quando, o até então, candidato a representante do Poder Executivo nacional, Jair Messias Bolsonaro, em 2018, ao ser entrevistado a respeito da violência policial, afirmou que “[o policial] Se matar dez, 15 ou 20, com dez ou 30 tiros cada um, ele tem que ser condecorado e não processado.” (SOARES, 2018). Tendo em vista que, com essa tendência anti-direitos fundamentais, ele, agora sendo o Presidente da República, consente e legitima atitudes inconstitucionais por parte da população, tais quais a vingança privada e a difamação dos princípios fundamentais da Constituição de 1988, como o direito à vida.

Essa perspectiva comprova-se ao comparar dados dos relatórios anuais de 2017 e de 2018 do Ministério da Família, da Mulher e dos Direitos Humanos referentes à violação de direitos humanos por parte da polícia. Entre esses dois anos houve um aumento de 25% de denúncias,

demonstrando, assim, que, após a eleição do Presidente Bolsonaro que, por sua vez, deteriora os princípios da personalidade humana, uma maior parcela das autoridades públicas não se sente mais obrigada a comportar-se diante da Constituição, uma vez que o povo age conforme o viés de seu representante. Ainda, em 2019, o Ministério apresentou inconsistência em seu relatório, ao não publicar essas mesmas estatísticas (BARBIÉ-RI, 2020), o que causa uma omissão à população brasileira que possui o direito ao acesso a dados de interesse públicos.

## **A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E AS DIFICULDADES PARA A ESTABILIDADE POLÍTICA-JURÍDICA ATUAL PROPOSTA**

Após 164 anos de constituições promulgadas e outorgadas, o Brasil, enfim, chega a um parecer com a “Constituição Cidadã”, como denominou-a o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães. Ela é considerada por muitos especialistas como uma peça fundamental para a forte tentativa de consolidação do Estado Democrático de Direito no país, justamente pelo longo período ditatorial que antecedeu a história do país, bem como da noção de cidadania, ainda tão frágil para a população brasileira.

O novo texto constitucional tinha a missão de encerrar a ditadura, o compromisso de assentar as bases para a afirmação da democracia no país, e uma dupla preocupação: criar instituições democráticas sólidas o bastante para suportar crises políticas e estabelecer garantias para o reconhecimento e o exercício dos direitos e das liberdades dos brasileiros (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 288).

Para o jurista italiano e estudioso de Direito Constitucional, Luigi Ferrajoli, a Constituição Federal de 1988 é um dos mais completos e avançados textos de leis do mundo (DINIZ, 2013). Todavia, percebe-se que os retrocessos ao longo da história, como as ditaduras, ora do Estado Novo, ora do período militar, além de submissões das normas constitucionais às figuras autoritárias, como a de Dom Pedro I e a de Getúlio Vargas, impediram o país de avançar na efetivação de muitos aspectos sociais e políticos. Assim, ainda que internacionalmente reconhecido o caráter “evoluído” da Constituição brasileira, a ausência de efetividade da “letra da lei” nos lançou no vazio do meramente programático e idealizado. A distância entre o real e o ideal é tamanha que, por vezes, nossa Constituição foi, convenientemente, propagandeada como uma carta de intenções,

ou seja, palavras escritas que não poderiam ser efetivamente cumpridas. À luz de Jean- Jacques Rousseau, referente às lacunas na efetivação do ordenamento jurídico, o filósofo usa como metáfora a comparação entre a importância de um arquiteto observar e sondar o solo antes de construir um grande edifício, com o papel de um sábio legislador que “não começa redigindo boas leis nelas mesmas, mas examinando antes se o povo a que se destinam está apto a recebê-las” (ROUSSEAU, p. 51).

Ademais, a partir dos anos 2000, e, principalmente, nos últimos quatro anos, o Brasil vem sofrendo, mais uma vez, por uma crise constituinte, que nas palavras de Paulo Bonavides: “é crise das instituições e da Constituição” (Bonavides, 2000, p. 170). Em 2016, o impeachment da presidenta Dilma Rousseff provou a instabilidade e a desarmonia entre os três poderes da União. Com o colapso da esquerda no Brasil e a ascensão de uma figura militar e política de direita, essa é eleita Presidente da República em 2018 e o seu governo, como salientou a Human Rights Watch, está ameaçando os pilares da democracia brasileira.

Em entrevista à Rádio USP, José Álvaro Moisés (2022), cientista político e professor, ao analisar o atual contexto político no Brasil, lembra:

Os cidadãos não se sentem representados, desconfiam dos políticos e de instituições como o Parlamento e os partidos. O descompasso entre o sistema político e a sociedade se agrava sob o efeito de rupturas e instabilidades políticas que se sucedem e que por vezes, a exemplo do ocorrido nas últimas décadas, com o episódio do impeachment de dois presidentes eleitos democraticamente, traumatizam a sociedade, dividem os partidos, fragilizam a legitimidade do regime e colocam em questão a qualidade da democracia.

A falta de confiança por parte dos integrantes da sociedade com relação à Constituição e aos seus representantes políticos é, justamente, consequência da escassa eficácia da Lei fora do campo apenas teórica. Isso, pois é função dos governantes fazer implementar e vigorar as normas. Porém a desordem institucional brasileira, que deslegitima o próprio processo democrático e os Poderes do Estado, como pilares fundamentais, impede essa ação e, assim, a própria qualidade democrática é colocada em risco.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Especialmente, diante da atual conjuntura política que vivemos, é possível fazer uma correlação entre as heranças governamentais complexas e descontínuas com o desequilíbrio do Estado Democrático de Direito que se vive no século XXI, baseada na Teoria Química de Lavoisier de que na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma.

É essencial compreender que a atual desarmonia entre os três poderes possui sua origem nos primórdios da primeira Constituição nacional. Esse fato, inicia-se com a subsunção da Lei Maior perante a figura do Imperador, que impôs limitações aos Poderes Legislativo e Judiciário, não se preocupando com o seu dever de respeitar a independência desses. E, essa situação, repete-se com os frequentes ataques anti-institucionais atuais. Além disso, o cenário desarmônico existente no Império perdurou, também, no período republicano, onde permaneceu a divergência entre a elite oligárquica, que detinha influência política e econômica, contra os princípios sociais legais.

Dessa forma, a instável democracia, recém instaurada, facilitou a derrubada dessa por regimes ditatoriais. Além de ferir a Teoria Democrática, a Teoria Constitucionalista, juntamente, é golpeada, uma vez que ela pressupõe que a Constituição não deve ser de cunho autoritário. Por conseguinte, toda essa vulnerabilidade da Carta Maior, implementou um “efeito dominó” no sistema político-judicial, visto que o legado desses períodos antecessores ao ano de 1988 repercute efeitos até o presente, inclusive na eficácia da Constituição Federal vigente no Brasil.

Outrossim, a falta de estabilidade da Lei Cidadã resulta nela a falta de constância, pois, ora vela sobre direitos sociais e individuais, ora não consegue ser efetivada plenamente fora do âmbito teórico. Assim, a inconsistência da Constituição é fruto das consequências de suas ascendentes, dado que os cenários sociais não são criados, e seus efeitos não são perdidos, mas sim transformados à luz de seu passado.

Encerra-se, deste modo, a exposição da fragilidade política e jurídica do Estado brasileiro, com o intuito de salientar que somente com amplo apoio popular a Constituição Cidadã será capaz de nortear a ação do Estado no objetivo de preservar os direitos nela expressos, bem como a realização daqueles direitos que foram estabelecidos no propósito de uma sociedade livre, justa, igualitária e democrática. Nesse sentido, parafraseando Paulo Bonavides, o povo necessita dizer sim à democracia e

não à recolonização. Esta é a mensagem dos nossos mais de 500 anos de presença nos fatos da história ocidental.

## REFERÊNCIAS

BARBIÉRI, Luiz Felipe. *Governo exclui violência policial do balanço anual sobre violações dos direitos humanos*. G1. Brasília: 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/12/governo-bolsona-ro-exclui-violencia-policial-de-balanco-anual-sobre-violacoes-de-direitos-humanos.ghtml>. Acesso em: 10 de jul. 2022.

BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Estudos Avançados, [S.L.], v. 14, n. 40, p. 155-176, dez. 2000. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142000000300016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/t6tndXHS5WVszCvwTdyNdFk/?lang=pt>. Acesso em: 10 jul. 2022.

DINIZ, Tatielly. *Constituição brasileira é uma das mais avançadas do ocidente em relação à garantia de direitos*. OAB/DF. Brasília: 2013. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/destaque/constituicao-brasileira-e-uma-das-mais-avancadas-do-ocidente-em-relacao-a-garantia-de-direitos-2/>. Acesso em: 10 de jul. 2022.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

HUMAN RIGHT WATCH (Nova York, NY). *Brasil: Bolsonaro ameaça pilares da democracia: presidente ataca o supremo tribunal federal, ameaça eleições, viola a liberdade de expressão*. 2021. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2021/09/15/379911>. Acesso em: 10 jul. 2022.

MOISÉS, José Álvaro. *A crise no sistema político brasileiro é uma realidade que afeta a qualidade da democracia*. *Jornal da USP*. Coluna A Qualidade da Democracia. São Paulo: USP, 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/a-crise-no-sistema-politico-brasileiro-e-uma-realidade-que-afeta-a-qualidade-da-democracia/>. Acesso em: 10 de jul. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Vozes de Bolso, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. *Brasil: Uma Biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SOARES, Jussara. *Bolsonaro diz que policial que mata '10, 15 ou 20' deve ser condecorado*. O Globo. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-diz-que-policial-que-mata-10-15-ou-20-deve-ser-condecorado-23019806>. Acesso em: 10 de jul. 2022.

# **SOMA E *BIG BROTHER*: A RELEVÂNCIA DOS DADOS E DOS ALGORITMOS PARA AS REDES SOCIAIS**

*SOMA* and *Big Brother*: the relevance of data and algorithms for the social network

Amanda Silva dos Santos<sup>1</sup>  
Giovanna de Carvalho Jardim<sup>2</sup>  
Leonardo Michel Ferreira<sup>3</sup>

- 
- 1 Advogada. Pós-graduanda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do grupo de pesquisa “Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional” (CNPq/FMP). E-mail: amanda.4b@hotmail.com
  - 2 Advogada. Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do grupo de pesquisa “Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional” (CNPq/FMP). E-mail: g-jardim@hotmail.com.
  - 3 Advogado. Egresso da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa “Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional” (CNPq/FMP). E-mail: leomicfer@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

A sociedade vive uma perspectiva informacional, ou seja, a informação constitui o fundamento elementar do desenvolvimento econômico. Denota-se um rearranjo das relações entre produção, poder e experiência do indivíduo, a partir da evolução tecnológica recente. A vista disso, a propriedade de dados confere vantagem econômica ao seu titular.

Nesse mesmo contexto, as redes sociais são utilizadas cotidianamente por um elevado número de usuários ao redor de todo o mundo. Estas são ambientes virtuais interativos que incentivam o diálogo entre as pessoas. Para atingir tal premissa, os conteúdos das redes são filtrados por algoritmos que se alimentam de dados, os quais são utilizados, dentre outras finalidades, para manter as pessoas conectadas, o que pode causar transgressões à privacidade alheia. A relação dos indivíduos com as redes, na atual conjuntura da sociedade informacional, remete a obras como 1984, de George Orwell, e Admirável Mundo Novo, de *Aldous Huxley*. Portanto, a pesquisa busca traçar paralelos entre a utilização das redes sociais e os conceitos da literatura, *Big Brother* (1984) e *SOMA* (Admirável Mundo Novo), para melhor compreender as dinâmicas das redes sociais ao analisá-los através da perspectiva literária.

Com objetivo geral de compreender a dinâmica das redes sociais para traçar paralelos de seu contexto com a literatura, visa-se estudar a sociedade da informação, compreendendo as dinâmicas dos algoritmos nas redes sociais, desenvolvendo uma análise sobre os conceitos de *Big Brother* e *SOMA*, buscando, por fim, soluções jurídicas para os problemas envolvendo o uso das informações pessoais dos indivíduos.

Dentre as questões atinentes ao tema, que ainda não possuem respostas, a presente pesquisa partirá de três principais panoramas: “Qual a pertinência das redes sociais no atual contexto da Sociedade de Informação?”; “Qual a relevância dos dados e dos algoritmos para a manutenção da conectividade nas redes sociais?”; e “Como estas indagações se assemelham às problemáticas desenvolvidas nas obras literárias 1984 e *Admirável Mundo Novo*?”.

Utilizando-se de um método dedutivo com uma abordagem qualitativa, com um viés exploratório, para aproximar-se dos problemas lançados e os responder com base num procedimento documental e bibliográfico. Para tanto, será proposta uma investigação a partir do Direito

e Literatura, uma vez que caracteriza-se como oportunidade de desenvolvimento da Ciência Jurídica com enfoque eminentemente humano.

## **SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, INTERNET E REDES SOCIAIS**

Em um cenário globalizado, a sociedade mostra-se informacional, sob forte influência da tecnologia. Inclusive, devido às inovações tecnológicas, ocorreram diversas mudanças nas variadas práticas sociais cotidianas. O advento dos jornais, cinema, rádio, televisão, e, sobretudo, a *Internet*, possibilitaram a disseminação de informações para milhões de pessoas.

De acordo com Manuel Castells (1999, p. 43), a revolução da tecnologia da informação penetra em todas as esferas da atividade humana, de modo que a sociedade não pode ser entendida sem suas ferramentas tecnológicas. Foi na década de 1970, principalmente nos Estados Unidos, que iniciou um novo paradigma tecnológico, organizado com base na tecnologia da informação, inaugurando um novo estilo de produção, comunicação e gerenciamento de vida.

A sociedade informacional manifesta-se de variadas formas, em conformidade com a diversidade de culturas e instituições. É uma estrutura social ligada a um novo modo de desenvolvimento, o informacionismo, nos moldes da reestruturação do capitalismo de produção, ocorrida no final do século XX (CASTELLS, 1999, p. 51).

Para Bioni (2019, p. 34), a informação possui um papel de protagonismo na sociedade da informação, tendo em vista que é um elemento que reorganiza a sociedade, tal qual ocorreram em outros momentos históricos com a terra, máquinas de vapor, eletricidade e serviços das sociedades agrícola, industrial e pós industrial. Nesse sentido, o autor coloca que a nova organização social originou mecanismos que processam e transmitem informações em quantidade e velocidade nunca visto anteriormente.

A criação da *Internet*, nos Estados Unidos, nas últimas três décadas do século XX, foi a consequência de uma fusão de estratégia militar, cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação cultural, anunciando uma nova era (CASTELLS, 1999, p. 82). Aliado à revolução digital, provocaram mudanças sociais e comunicacionais, proporcionando opções de consumo e compartilhamento de informações, unindo texto, imagem e telefonia em uma mesma mídia. Ou seja, é uma tecnologia que favorece a ampla difusão de conhecimentos e relações interpessoais.

Nos fins dos anos 1990, a *Internet*, aliada aos avanços das telecomunicações e computação, ocasionaram uma mudança tecnológica: uma interconexão de dispositivos de processamento de dados, com uma diversidade de formatos (CASTELLS, 1999, p. 89). Fontes e Gomes (2013) entendem que a Internet se renova constantemente, de forma que merecem destaque por participarem dos processos de reconfiguração de práticas sociais e culturais na sociedade da informação. Diferente de outros meios tradicionais, a Internet se diferencia: (1) há uma grande interatividade e possibilidade de participação ativa; (2) seu modo de produção/disseminação de conteúdo e informação é não-linear.

A ascensão da *Internet*, como um novo meio de comunicação, possui tanto posições positivas, quanto negativas. De um lado, as comunidades virtuais, baseadas na comunicação online, são consideradas como uma parte integrante de um processo histórico de desvinculação entre localidade e socialidade. Por outro ponto de vista, os críticos entendem que a Internet estaria levando ao isolamento social, de modo a desmorrar a comunicação social pelo abandono dos ambientes reais (CASTELLS, 2003, p. 121).

Os ambientes virtuais são acessados para funções como trabalho, comunicação, entretenimento, entre outros. Desse modo, é comum que as pessoas permaneçam grande parte do dia conectados às redes de computadores. O acesso rápido e fácil às informações possibilitam benefícios, ao mesmo tempo que pode tornar-se um desnorteamto da população, devido à quantidade de dados e falta de confiabilidade. À vista disso, as telas podem ser uma forma de alienação, pois, de acordo com Goulart (2014, p. 100), as redes sociais estimulam a necessidade de dizer, mostrar e comentar sobre tudo e todos.

Para Bauman e Lyon (2013, p. 30), há uma maior visibilidade, que, se antes parecia uma ameaça, atualmente, passa a ser uma tentação e um desejo de existência valorizada. As pessoas, alienadas pela vontade de pertencer ao mundo virtual, cedem seus dados pessoais, até mesmo voluntariamente, para acessar os aplicativos, entreter-se com os streamings, redes sociais. Desse modo, pouco preocupam-se com as consequências ou destinação de tais informações.

O paradigma de liberdade na Internet, tinha bases tanto tecnológicas quanto institucionais. No sentido tecnológico, a sua forma de interconexão irrestrita de computadores, alicerçada por protocolos que entendem a censura como falha, tornou difícil, apesar de não impossível seu controle. Quanto à questão institucional, o surgimento nos Estados

Unidos possibilitou a proteção constitucional da livre expressão, tradicional nos tribunais norte-americanos (CASTELLS, 2003, p. 173).

Entretanto, uma ampla gama de tecnologias de controle emergiu dos interesses comerciais e governamentais. Assim, foram criadas tecnologias de identificação, vigilância e investigação, as quais consistem nos pressupostos de conhecimento assimétrico dos códigos na rede e a capacidade de atribuir um espaço de comunicação passível de controle (CASTELLS, 2003, p. 175-176).

Portanto, considerando a forma de sociedade informacional, com uma ampla difusão da *Internet* e das redes sociais virtuais, mostra-se evidente a necessidade de averiguar acerca da possibilidade de utilização dos dados pessoais disponibilizados para a manutenção da conectividade nas redes.

## **A RELEVÂNCIA DOS DADOS E DOS ALGORITMOS PARA A MANUTENÇÃO DA CONECTIVIDADE NAS REDES**

As revoluções proporcionadas pelos avanços tecnológicos ocasionaram uma “sistematização” dos meios digitais. Hoje é perceptível que as redes sociais virtuais possuem uma organização calcada em um sistema de algoritmos, o que gera a automação dessas redes. Por exemplo, observando a Política de Cookies (que tem a finalidade de veicular, proteger e entender produtos e serviços) da empresa META, no que tange ao Instagram, é destacado que esta plataforma utiliza-se dessas tecnologias para coletar informações sobre o usuário visando mostrar conteúdos que são, para ele, relevantes, sem intervenção humana (META, 2022).

No contexto do Constitucionalismo Digital, em que a proteção dos Direitos Fundamentais no ciberespaço assumem um espaço ímpar (MENDES, 2020), compreender a dinâmica dos algoritmos é de grande importância. Mas, o que são estes algoritmos? Segundo Loderlo (2021) algoritmos são compreendidos como os conjuntos finitos de instruções que realizam uma tarefa específica, ou seja, uma sequência de raciocínios que almejam alcançar um objetivo delimitado. Eles são construídos de modo silogístico, por meio de expressões “se” e “então”, por exemplo: *se p então q*. Tais expressões apontam funções da linguagem de programação. O autor (LODERLO, 2021) salienta que, independente do ambiente de aplicação, “os algoritmos funcionam a partir de dados (*inputs*) que lhes são fornecidos, para, por meio de uma sequência finita de regras, produzir um resultado (*output*)”. Ocorre que em todas as etapas da aplicação do

algoritmo, em ambientes virtuais, podem surgir problemas, porém, o que chama atenção, são as capacidades de manipulação e discriminação dos algoritmos de *machine learning*.

As técnicas de *machine learning* (aprendizado automático), são compreendidas como “o ‘campo de estudo que dá aos computadores a habilidade de aprender sem serem explicitamente programados” (LODERLO, 2021). Tal habilidade depende da análise de um conjunto mínimo de dados, por tal razão, que o “*Big Data* – conjuntos de megadados não estruturados gerados produzidos na era da internet – tende a ser o alimento ideal para o desenvolvimento de múltiplas funcionalidades” (LODERLO, 2021).

Existem várias categorias de técnicas de *machine learning*, dentre elas está o *deep learning* que permite “o processamento de enormes quantidades de dados para encontrar relacionamentos e padrões que seres humanos muitas vezes são incapazes de detectar, valendo-se de várias camadas ocultas de redes neurais” (MARQUES; MARTINEZ NETO, 2022). Com isso, a capacidade de aprendizado dos algoritmos apresenta resultados complexos, contendo, por vezes, cargas discriminatórias, como por exemplo: o caso do sistema de busca de contatos do aplicativo LinkedIn que demonstrou uma preferência por nomes de pessoas do sexo masculino (LODERLO, 2021).

Desse modo que Marques e Martinez Neto (2022) constatam que os dados representam o combustível dos algoritmos, podendo ser dados rotulados ou não rotulados. “Os dados rotulados são objeto de análise de algoritmos de aprendizagem supervisionada (*machine learning*) e os dados não rotulados são objeto dos algoritmos de aprendizagem profunda não supervisionados (*deep learning*)” (MARQUES; MARTINEZ NETO, 2022).

Com base nas premissas apresentadas – de que (1) existem algoritmos, (2) eles conseguem aprender sem necessariamente serem programados e, (3) para realizar os aprendizados, eles precisam de dados – conclui-se que “algoritmos costumam ser utilizados com o objetivo de rastrear o tráfego online e fixar um perfil de cada usuário” (LODERLO, 2021). Os dados que oferecemos para os sites, plataformas, etc. são importantes para que o algoritmo entenda quem somos e possa oferecer conteúdos que sejam de nosso interesse, para que fiquemos mais tempo conectados. Ora, no início deste tópico foi dito que a plataforma Instagram, da empresa META, assume uma Política de Cookies (o que aponta a transparência da empresa) que tem por objetivo mostrar ao usuário aquilo que o algoritmo entende que o é relevante.

Em recente pesquisa lançada no site da UFSM foi demonstrado que as redes sociais virtuais foram projetadas para sentirmos prazer, ou seja, para que cada usuário fique imerso por horas naquela “realidade” (COMO, 2021), isso ocorre pelo “esquema de reforço”. “O esquema de reforço ensina o cérebro pela consequência após a ação. Se determinada ação é classificada como “boa”, há um estímulo positivo para que o cérebro repita essa ação no futuro” (COMO, 2021), ou seja, o uso dos algoritmos nas redes tem, por finalidade, nos manter ativos (*online*) e constantemente interagindo.

Neste sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece uma série de procedimentos para garantir a segurança dos dados pessoais (informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável) e pessoais sensíveis (“origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”) (BRASIL, 2018) com o objetivo de reduzir a invasão na vida privada das pessoas. Ocorre que, mesmo com a LGPD, ainda há o fenômeno da conectividade exacerbada proporcionada pelas redes sociais digitais que pode proporcionar invasões das quais, em um primeiro momento, tendem a serem imperceptíveis, porém, tal ponto será abordado no tópico seguinte, sendo traçado um paralelo com as obras Admirável Mundo Novo, de Aldous Huxley, e 1984, de George Orwell.

### **O BIG BROTHER (1984) E A DROGA SOMA (ADMIRÁVEL MUNDO NOVO)**

As distopias podem ser entendidas como um instrumento de análise crítica, insubmissa e antiautoritária da sociedade atual. Ao enfatizar métodos de controle social e individual e massificação cultural, as distopias ilustram e enfatizam possíveis cenários futuros caso algumas tendências do presente perdurem (HILÁRIO, 2013).

Nesse contexto, torna-se pertinente, à luz da sociedade informacional e digital descrita nos tópicos anteriores, a análise de dois conceitos da literatura distópica: o *Big Brother* (ou Grande Irmão), apresentado na obra 1984, de George Orwell (2019), e a droga *Soma*, amplamente utilizada na sociedade criada por Aldous Huxley (2014), no livro Admirável Mundo Novo.

O Grande Irmão é caracterizado como uma entidade onisciente e onipresente, ou seja, através de diversos mecanismos, principalmente das temidas *teletelas*, se faz presente mesmo nos momentos mais íntimos dos cidadãos, causando um sentimento intenso de vigília constante em todos os cidadãos da Oceania (ORWELL, 2019).

Para melhor compreensão, o instrumento de vigilância é detalhado pelo protagonista de 1984 como uma tela semelhante a uma televisão, mas que recebe e transmite sinal simultaneamente. Qualquer som mais alto que um sussurro é captado, além de movimentos em seu campo de visão. Por esse motivo, os cidadãos viviam, por hábito e por instinto, acreditando que todo som que emitissem seria ouvido e todo movimento examinado meticulosamente (ORWELL, 2019).

Pode-se traçar paralelo entre a onipresença do *Big Brother* e o papel das redes sociais atualmente. O que se observa, em muitos perfis, é a publicização espetacular da vida privada no ambiente virtual.

Em que pese a existência de postagens de cunho opinativo quanto à política e cultura, por exemplo, o que predomina nas redes sociais é a construção de uma persona na busca de visibilidade constante de um número cada vez maior de usuários, por meio de publicações de cunho pessoal, como conquistas, luto e início e fim de relacionamentos (AMARAL, 2015).

Amaral (2015) constata que esse comportamento é ainda mais intenso entre os usuários mais jovens, para os quais tudo que acontece, seja bom ou ruim, deve ser compartilhado com seus pares, transformando o ambiente virtual numa espécie de diário contemporâneo aberto a todos.

Conforme o entendimento do pesquisador, o que importa é despertar atenção a qualquer custo, seja por meio de fotos, vídeos ou textos, dos mais variados assuntos (AMARAL, 2015). O que se percebe é uma mistura de técnicas para aumentar o engajamento e as curtidas (*likes*) dos outros usuários.

Essa validação por meio de curtidas (esquema de reforçamento, como são chamados) libera a dopamina no cérebro, hormônio responsável pela sensação de prazer, sem que o indivíduo tenha que realizar muito esforço (COMO, 2021) e, através desse mecanismo, as redes sociais são projetadas para entregar prazer e euforia contínuas ao usuário mantendo-no sempre conectado.

Apesar das semelhanças aventadas, a vigilância ilustrada na obra de Orwell era imposta pelo governo, autoritário e ditatorial. Em con-

traponto, percebe-se que os indivíduos, nas redes sociais se submetem voluntariamente à vigilância dos celulares, tablets e computadores, (que se transformam praticamente em *teletelas* contemporâneas) em troca de engajamento e *likes*.

Essa característica muito se assemelha à utilização da droga *Soma* pelos cidadãos da Londres de 2540, cenário em que se passa a narrativa de Admirável Mundo Novo.

Na obra criada por Huxley (2014), é descrita uma sociedade totalitária que previne qualquer movimento político divergente por meio desse entorpecente, que tem a função de manter os cidadãos, por meio de químicos operantes em seus cérebros, contentes, submissos e dóceis. O efeito do entorpecente varia com a dosagem, podendo oferecer euforia, alucinações ou uma calmaria onde as personagens encontram a felicidade instantânea (LARZGLITZ, 2002).

Assim, o que se percebe é a possibilidade de uma felicidade instantânea resultantes de pouco ou nenhum esforço por parte do indivíduo, proporcionados tanto pelo entorpecente de Huxley quanto pelas redes sociais e seu caça-níqueis de prazer (COMO, 2021), onde nunca se sabe a quantidade de recompensa (engajamento, curtidas, atualizações) que virá.

Contudo, é possível identificar o alerta dado pelas mencionadas obras distópicas quanto ao controle exercido por esses mecanismos e transpô-lo para o contexto atual, em que as redes sociais também possibilitam certo nível de controle no momento em que, a partir do nível constante de vigilância verificado, um usuário observa o outro e vice-versa.

Essa dinâmica de vigília acarreta, para os usuários que cometem erros e passam por um julgamento arbitrário dos outros, em um fenômeno chamado de cancelamento. Caracteriza-se como uma tentativa de boicote ou exclusão da pessoa ou empresa cancelada, que pode ter consequências como a destruição da sua credibilidade, perda de seguidores ou de contratos e de patrocinadores, entre outros. O que parece ser importante, nesse caso, é a garantia de que a pessoa “desapareça” da Internet. Constitui-se em um verdadeiro “assassinato” virtual, mas, muitas vezes, com sérias consequências na vida real.

Nesse ponto, pode-se fazer outra correlação com a obra 1984, de Orwell. O Partido, que governa a Oceania, possui um trato muito similar ao descrito com o cidadão que era percebido como dissidente de suas ideias e doutrinas. Era operacionalizado o desaparecimento do sujeito, pouco importando seu destino, porque, considerando a maestria do go-

verno na destruição de quaisquer registros de sua existência (em livros, notícias ou documentos oficiais, por exemplo), o indivíduo poderia muito bem nunca ter existido.

Em suma, fica evidente o paralelo entre a relação do indivíduo (principalmente os mais jovens) com as redes sociais e os conceitos distópicos apresentados. A onipresença e vigilância do Grande Irmão, da obra de Orwell, relacionam-se com o ímpeto do compartilhamento de todos os momentos do dia-a-dia do usuário, sem limites, enquanto a voluntariedade de tal comportamento e a potencial sensação de prazer que ele pode ensejar assemelham-se com a utilização do estimulante *Soma*, da distopia de Huxley. Contudo, esse funcionamento não é livre de consequências. Da mesma forma que os conceitos distópicos apresentados são utilizados pelos respectivos governos como mecanismos de controle, a vigilância possibilitada pelas redes sociais viabiliza o controle de um indivíduo pelo outro, e do julgamento e condenação em massa de qualquer usuário que se manifeste de forma equivocada. Nos casos mais graves, a “sentença” dos usuários pode ser o *cancelamento*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto atual aponta para uma crescente sistematização e tecnicização da sociedade que podem ter efeitos nefastos. Tais fenômenos já haviam sido previstos e abordados nas obras distópicas de Orwell e Huxley. Afinal, as páginas nas redes sociais e os *status* são constantemente atualizados, as ações mais triviais dos usuários gravadas passo-a-passo etc. Essa conjuntura remete a uma ideia de vigilância, muito explorada na obra de Orwell, combinada com a voluntariedade dos indivíduos que as realizam, apresentando uma forte relação com o *Soma*, de Huxley. A beleza da liberdade está no fato de que ela instiga responsabilidade, não basta viver na euforia de uma falsa eudaimonia, tal como não se deve ceder os direitos ao poder e à opressão.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Rogério de. *Exposição da Vida Privada em Redes Sociais: Motivações e Consequências*. Colloquium Humanarum, vol. 12, n. Especial, 2015, p. 475-483. ISSN: 1809-8207. DOI: 10.5747/ch.2015.v12.nesp.000651. Disponível em: [http://www.unoeste.br/site/enepe/2015/suplementos/area/Humanarum/Comunica%C3%A7%C3%A3o/EXPOSI%C3%87%C3%83O%20DA%20VIDA%20PRIVA-](http://www.unoeste.br/site/enepe/2015/suplementos/area/Humanarum/Comunica%C3%A7%C3%A3o/EXPOSI%C3%87%C3%83O%20DA%20VIDA%20PRIVA)

DA%20EM%20REDES%20SOCIAIS%20MOTIVA%C3%87%C3%95ES%20E%20CONSEQU%C3%8ANCIAS.pdf

BRASIL. *Lei nº 13.709*. Lei geral de proteção de dados. Brasília, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 12 de jul. 2022.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura: v. 1. Tradução de Roneide Venâncio Majer; atualizado para 6ª. Ed: Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. [S. l.]: Zahar, 2003.

COMO redes sociais hackeiam sua mente. Revista Arco, 12 dez. 2021. Disponível em: <https://www.ufsm.br/midias/arco/como-redes-sociais-hackeiam-sua-mente/>. Acesso em: 08 jul. 2022.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância Líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FONTES, Gabriela Scroczyński, GOMES, Icléia Rodrigues de Lima *Cibercidades: as tecnologias de comunicação e a reconfiguração de práticas sociais*. *Inf. & Inf.* Londrina, v. 18, n. 2, p. 60 – 76, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/download/44900>. Acesso em: 05 de jul. 2022.

GOULART, Guilherme Damasio. *Condicionamento, Liberdade e Privacidade: compreendendo as novas tecnologias por meio do*. Revista Diálogos do Direito - ISSN 2316-2112. [S.L.], v. 4, n. 6, p. 87, 9 jul. 2014. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdireito/article/view/580>. Acesso em: 05 jul. de 2022.

HILÁRIO, Leomir Cardoso. *Teoria Crítica e Literatura: a distopia como ferramenta de análise radical da modernidade*. *Anuário de Literatura*, Florianópolis, v. 18, n. 2, p. 201-215, 7 out. 2013. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2175-7917.2013v18n2p201>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/literatura/article/view/2175-7917.2013v-18n2p201>. Acesso em: 6 jul. 2022.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 22. ed. São Paulo: Globo, 2014. 306 p.

LARZGLITZ, Nicolas. *Dystopian (Mis-) Readings of the Present In 1932, the British writer Aldous Huxley published the negative utopia Brave New World describing a totalitarian social order preventing political unrest by controlling its subjects' brain chemistry making them content with their docile condition. For this purpose, citizens are urged to use the fictive drug soma. The effects of soma.* *Psychiatry*, v. 181, p. 144-152, 2002.

LODERLO, João Paulo. *Algoritmos e direitos fundamentais: riscos, transparência e accountability no uso de técnicas de automação decisória.* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 186/2021. p. 205-236, 2021.

MENDES, Gilmar. FERNANDES, Victor Oliveira. *Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro.* *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-33, Janeiro-Abril, 2020.

META. *Políticas de cookies.* Disponível em: [https://help.instagram.com/1896641480634370/?helpref=uf\\_share](https://help.instagram.com/1896641480634370/?helpref=uf_share). Acesso em: 02 de jul. 2022.

MARQUES, Fabíola; MARTINEZ NETO, Aldo Augusto. *Vieses algorítmicos, direitos fundamentais e os sindicatos.* *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. vol. 222. ano 48. p. 201-219. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2022.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 414 p. Tradução de: Alexandre Hubner e Heloisa Jahn.

# TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL: MECANISMOS DE COMBATE ÀS *FAKE NEWS*

Superior Electoral Court: mechanisms to against fake news

Thomás Henrique Welter Ledesma<sup>1</sup>

---

1 Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela FMP/RS. E-mail thomasledesma@gmail.com

## TEMA

A busca pela democracia efetiva pressupõe uma máxima incidência possível (a partir dos elementos fáticos e jurídicos presentes) do princípio da igualdade, daí a necessidade de expandir as possibilidades de voto, criar mecanismos específicos de sua forma de contabilização, criar reais chances às minorias, proteger o eleitor de abuso de poder político e econômico, manter a lisura do pleito e tutelar condutas dos candidatos. Conforme pode ser verificado, a proteção do processo eleitoral e de todos os mecanismos que o rodeia é medida necessária para uma tentativa de assegurar a igualdade, estando, porém, longe de ser uma tarefa fácil.

O princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral é estabelecido pela Constituição Federal como norma estruturante do direito eleitoral, que reflete diretamente no princípio republicano e na ideia de igualdade, impondo ao legislador uma série de mecanismos para regulação das campanhas eleitorais, por exemplo, regulação da propaganda eleitoral, neutralidade dos poderes públicos, imparcialidade dos meios de comunicação, entre outros (SALGADO, 2015, p. 190).

Entre os diversos segmentos tutelados pelo princípio da máxima igualdade, tem-se aquele que está relacionado ao direito à informação e liberdade de expressão, considerados valores centrais de um regime democrático (SALGADO, 2015, p. 198), visando, então, a conceder garantias positivas e negativas aos candidatos e, também, aos eleitores.

Sob esse enfoque, a máxima igualdade pressupõe o direito de os eleitores receberem dos candidatos suas propostas de governo, projetos para determinadas áreas, ponto de vista e até mesmo soluções sobre temas relacionados ao interesse público, bem como o direito de o candidato se manifestar sobre os mais variados temas, justamente visando a conquistar mais eleitores para que saia vitorioso no pleito eleitoral. São garantias positivas decorrentes da liberdade de expressão que, em última análise, também efetivam o princípio da máxima igualdade no processo eleitoral, considerando que ambos estão fortemente relacionados.

Além das garantias positivas que derivam da liberdade de expressão, existem também as garantias negativas, por exemplo, o limite à crítica, não devendo ser toleradas críticas de cunho pessoal ou discriminatório que incentivem ataques às instituições, ao processo eleitoral e até mesmo a outros atores políticos; por fim, o respeito às regras do jogo e ao regime democrático.

Dificuldade, porém, reside na possibilidade de limites para utilização de *fake news* pelos candidatos e seus correligionários e sua conciliação com a liberdade de expressão e o princípio da máxima igualdade. “[...] A mentira é parte integrante da política desde que os primeiros seres humanos se organizaram em tribos [...]” (D’ANCONA, 2018, p. 32), sendo, portanto, elemento indissociável do processo eleitoral. Em outras palavras: não há como pressupor que os candidatos e, também, seus eleitores, no ímpeto de conquistarem votos, atuem sempre com informações e posicionamentos verídicos. Não se trata de incentivo à criação de situações ilusórias ou mentirosas, mas é inegável que, por vezes, alguns candidatos preferem, desvirtuar informações e posicionamentos para não perder votos e simpatizantes, e até mesmo para evitar situações embaraçosas. Sem adentrar no mérito sobre a (i)moralidade de tais condutas, foram e vem sendo consideradas integrantes do processo eleitoral.

Ocorre que, o aperfeiçoamento dos meios de comunicação e a possibilidade de recebimento e fornecimento de informações em tempo real e em grande número dão outra dimensão sobre a utilização de mentiras, também denominadas *Fake News*, no processo eleitoral, conforme bem discorre Lenon Oliveira Horbach (2019, p. 45), pois abrangem tal conceito as informações que conduzem a opinião pública, através de um apelo emocional, falacioso e subjetivo, não comprovado através da veracidade, enganando o receptor da notícia. Considera-se que, apesar de grande parte da população entender as *Fake News* como um desdobramento da internet, afirma-se que sempre existiram, sendo, portanto, anteriores à *web*. O que ocorre, porém, é uma velocidade diferente em sua propagação.

## **PROBLEMA**

A partir do conceito de *Fake News* acima exposto, não o associando como um desdobramento da internet, mas como um conjunto de informações que visam a enganar o receptor da notícia, constata-se que o processo eleitoral sofreu grandes impactos com o aperfeiçoamento dos meios de comunicação e expansão da utilização da internet. Conforme José Luiz Bolzan de Moraes e Adriana Martins Festugatto (2021, p. 48) a expansão na rede de computadores e sua veloz penetração nas sociedades gerou a decadência da mídia tradicional, retirando o intermediário, que era quem fornecia a informação. Os próprios receptores, que antes possuíam apenas um papel passivo (o de receber informação) passaram a criar seus próprios conteúdos e, também, propagá-los. Apesar da pos-

sibilidade do surgimento de notícias imparciais, o que se verifica é uma grande quantidade de informações inverídicas, ou com fatos distorcidos, que causam grandes prejuízos aos candidatos e, também, aos eleitores.

O recebimento de *Fake News* pelo eleitor, apesar da impossibilidade de dimensionar de forma precisa qual o grau de dano que aquela informação poderá causar, poderá trazer sérios prejuízos ao processo eleitoral, pois poderá imputar ao candidato falas, ações ou ideias falsas, fazendo com que perca votos, modificando diretamente os índices de votação das eleições.

A utilização de *Fake News* no processo eleitoral torna-se ainda mais preocupante se analisada a possibilidade de direcionamento das informações, a partir da utilização de tecnologias de identificação, pois os usuários da *web*, ao acessarem sites, fazerem buscas ou preencherem formulários acabam expondo suas preferências e características de seu perfil econômico, financeiro e social, tornando-se uma “presa fácil” para eventual doutrinação política. Por exemplo, a partir dos elementos colhidos na internet, constata-se que determinado indivíduo é favorável à privatização de empresas estatais. Candidatos que tenham acesso a essa informação poderão realizar um direcionamento de suas propostas e induzir o respectivo eleitor, sem que esse o sabia. Trata-se de uma clara violação ao princípio da máxima igualdade, já que o candidato teve acesso individualizado aos dados pessoais e, também, de maneira ilegal, considerando que a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/95, art. 45, I) permite a realização de pesquisas eleitorais para constatar interesses e desejos dos eleitores, porém, veda a identificação do entrevistado.

Um segundo exemplo sobre utilização de *Fake News* no processo eleitoral (e talvez o mais famoso de todos), refere-se ao chamado “Kit gay”. Nas eleições presidenciais de 2018, adversários do então candidato do Partido dos Trabalhadores (PT), Fernando Haddad, o acusaram de estimular a homossexualidade de crianças e adolescentes a partir da distribuição do “kit gay”, que em verdade tratava-se de um programa de formação destinado aos educadores da rede infantil e fundamental, denominado “Escola sem Homofobia”, que jamais foi concretizado. Ocorre que tal informação “*fake*” sobre a distribuição foi amplamente divulgado por alguns dos opositores do candidato do PT, criando uma revolta entre eleitores com perfil mais conversador, gerando não apenas críticas, mas também prejuízo eleitoral a Haddad (MOTTA, 2020).

Ante a utilização massiva da informação *fake* sobre a distribuição do “Kit Gay” pelo Partido dos Trabalhadores, a Coligação “O Povo Feliz de Novo”, composta pelos partidos PT, PCdoB e PROS e o candidato Fernando Haddad ajuizaram junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a Representação Eleitoral nº 0601699-41.2018.6.00.0000 requerendo, liminarmente, a retirada do conteúdo de sites eletrônicos, deferida em parte pelo Ministro Carlos Horbach (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2018), na data de 15 de outubro de 2018, três semanas anteriores à data do pleito.

Apesar da celeridade com que o Tribunal Superior Eleitoral suspendeu as páginas que noticiavam as informações sobre o “Kit Gay” (representação foi ajuizada em 14 de outubro de 2018), os danos causados à candidatura de Fernando Haddad à Presidência da República já estavam consolidados. Conforme pesquisa realizada pelo Instituto IDEIA Big Data/Avaz, realizada em 1º de novembro de 2018, ou seja, duas semanas após a decisão liminar do TSE, 84% dos eleitores de Jair Messias Bolsonaro, adversário de Haddad, acreditaram na distribuição do “Kit Gay”, concluindo também que 73,9% do eleitorado foi exposto à notícia (CONGRESSO EM FOCO, 2018), demonstrando que a decisão judicial surtiu pouco ou nenhum efeito.

A declaração judicial de que a notícia veiculada é *Fake News* ou qualquer outra forma que demonstre a ausência de veracidade não causa o mesmo impacto no eleitorado que a primeira informação disponibilizada. E o fenômeno não ocorre apenas no Brasil: conforme D’Ancona (2018, p. 55), nas eleições presidenciais dos Estados Unidos, diversas *Fake News* foram disparadas durante o processo eleitoral, tais como apoio do Papa Francisco ao então candidato Donald Trump; vedação de Barack Obama ao juramento à bandeira realizado nas escolas; e o mais enigmático seria um suposto apoio declarado pelo líder do Estado Islâmico à candidata do Partido Democrata, Hillary Clinton. Em dezembro de 2016, após a realização das eleições, 75% daqueles que tiveram acesso às notícias falsas as julgaram como exatas – fator que comprova quão devastadora pode ser a propagação de uma *Fake News*, como também a baixa eficiência dos instrumentos até então utilizados para demonstrar para o corpo eleitoral que aquela notícia é inverídica.

Após a *web* demonstrar o quão nefasto pode ser a utilização das *Fake News* no processo eleitoral, influenciando na soberania popular, elegendo candidatos em detrimento de outros, movendo as cadeiras do lugar, notadamente podendo causar efetiva violação ao princípio da máxima igualdade. Por fim, a esfera pública livre de desinformação é, con-

forme Maren Guimarães Taborda e Emmanuel Elias Petersen de Azeredo (2021, p. 191), um fato indispensável para a existência da democracia. Preocupa-se, então, em saber como os órgãos de controle, notadamente o Tribunal Superior Eleitoral, responsável pela normatização e condução do processo eleitoral, pretende combater, neutralizar ou ao menos diminuir os efeitos das *Fake News* nas eleições presidenciais de 2022.

## HIPÓTESE

A partir da grande quantidade de *Fake News* que foram utilizadas nos processos eleitorais antecedentes, o Tribunal Superior Eleitoral possui mecanismos hábeis para neutralizar a circulação de informações inverídicas e preservar a lisura do pleito?

## METODOLOGIA

O presente resumo expandido tem por objetivo analisar quais mecanismos e estratégias, judiciais e extrajudiciais, vêm sendo utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para combater a desinformação, a partir da utilização e compartilhamento de notícias falsas, no processo eleitoral, visando verificar sua efetividade. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, com a realização de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

## RESULTADO

Em decorrência da quantidade de informações inverídicas ou distorcidas que circularam perante os eleitores nos processos eleitorais de 2018 e 2020, pode-se afirmar que as atenções de especialistas e analistas eleitorais estão voltadas para os mecanismos que serão utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral para combater as *Fake News*, visando a preservar o princípio da máxima igualdade do processo eleitoral e, conseqüentemente, todo processo democrático.

É sabido que o ordenamento jurídico possui mecanismos que visam preservar a lisura do processo eleitoral, por exemplo, o art. 323 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que tipifica como crime a divulgação ou a propaganda de fatos que se sabem inverídicos, com capacidade de exercer influência perante o eleitorado, bem como o Código Penal e o Código Eleitoral preveem a possibilidade de aplicação de pena àqueles que ofenderem a honra de terceiros durante o processo

eleitoral. Porém, o presente artigo tem o objetivo de analisar não os mecanismos legais, mas sim aqueles utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral para combater a desinformação.

O Tribunal vem apostando em soluções extrajudiciais e preventivas para combater a desinformação, considerando que, conforme já decidiu no ano de 2014, decidiu que sua intervenção na internet deve ocorrer com a menor interferência possível, por entender que a internet é um espaço democrático (HORBACH, 2019, p. 48). Em consulta realizada junto à página da Corte Eleitoral constatam-se algumas medidas, tais como a celebração de parcerias voltadas ao esclarecimento público; iniciativas de grande impacto no combate à desinformação, o compartilhamento de experiências eleitorais voltadas para as eleições de 2022 e a criação do Programa de Enfrentamento à Desinformação (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022).

O TSE celebrou parceria com mais de 70 instituições, dentre órgãos públicos, entidades da sociedade civil, agência de verificação de conteúdos, mídias sociais, órgãos de pesquisa, visando conter e neutralizar a propagação de conteúdos digitais falsos ou que buscam desinformar os eleitores, bem como vem realizando nas redes sociais campanhas de conscientização aos eleitores, e, também, promovendo as *hashtags* #EuVotoSemFake e #NãoTransmitaFakeNews. Como medida preventiva pode ser citada também a organização pelo TSE do II Seminário Internacional Desinformação e Eleições, onde foi debatido por especialistas mecanismos e iniciativas para diminuir a divulgação de informações inverídicas (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022).

É possível constatar também que a Corte Eleitoral vem publicando diversas notícias e matérias, de caráter informativo, sobre os riscos de propagação de notícias falsas e a possibilidade de prejuízo à lisura do processo eleitoral. Ainda a partir de sua página virtual, dá muita ênfase às medidas que vem adotando para combater a desinformação.

Porém, na análise das medidas preventivas adotadas pela Corte Eleitoral, destaque deve ser dado ao “Programa de Enfrentamento à Desinformação”, que possui caráter permanente (Portaria TSE Nº 510/2021) e surgiu, conforme Marco Antonio Martin Vargas, com “[...] o objetivo de estabelecer um equilíbrio no processo eleitoral, embora seja uma ação do Tribunal desenvolvida para diversos fins que não somente o das eleições. São três linhas principais de atuação: informação, orientação e combate à desinformação em si [...]” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022).

A Portaria TSE nº 510/2021, que tornou permanente o “Programa de Enfrentamento à Desinformação” fundamentou sua edição, entre outros motivos, na “[...] necessidade de enfrentar as consequências produzidas pela desinformação no processo eleitoral por meio de uma atuação multidisciplinar e multissetorial, com ações de curto, médio e longo prazo [...]” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021a), buscando preservar a credibilidade dos órgãos eleitorais, do sistema eletrônico de votação, do processo eleitoral e dos atores nele envolvidos, por estarem no foco da desinformação produzida na rede (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021a). O referido programa já colhe alguns resultados: celebrou acordo com diversos provedores de mensagens instantâneas e redes sociais, possibilitando, de forma ágil, a remoção do conteúdo considerado inverídico ou dissimulado, permitindo também a suspensão do usuário que realizar o encaminhamento em massa das informações ou for reincidente na disseminação de *Fake News* (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022).

Além de tais medidas, o Tribunal Superior Eleitoral, no exercício de sua competência normativa, editou a Resolução 23.610, de 18 de dezembro de 2019, ajustada pela Resolução nº 23.624/2020, que dispõe sobre a propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral.

A primeira medida adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, na hipótese de informação inverídica, é o exercício do direito de resposta, previsto no art. 58 da Lei das Eleições, porém, para Olivar Coneglian (2016, p. 421), está limitado apenas às hipóteses em que “[...] o texto ofensivo contenha injúria, calúnia, difamação, inverdade ou erro, e quando constitui ofensa direta a pessoa, física ou jurídica [...]”, enquanto o art. 9º-A, não está estritamente relacionado com ofensas à honra – possuindo incidência mais ampla – protegendo toda e qualquer informação contra inverdades. Ocorre que tal dispositivo não prevê a possibilidade de direito de resposta, apesar de permitir a cessação do ilícito, possível apuração da responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação.

A partir da leitura do art. 9º-A da Resolução 23.610 de 18 de dezembro de 2019, é possível constatar que as consequências poderão ser extremas para o candidato que divulgar ou compartilhar fatos sabidamente inverídicos. Apesar de ser um dispositivo necessário, resta a Corte Eleitoral, a partir de sua jurisprudência, apresentar critérios fundamentados no princípio da razoabilidade, avaliando necessariamente o impacto que a notícia inverídica causou no processo eleitoral, para aplicação de sanções jurídica, considerando que as possibilidades previstas no dispo-

sitivo são bastante amplas, permitindo que situações semelhantes tenham tratamentos díspares, hipótese que violaria o princípio da máxima igualdade no processo eleitoral.

A possibilidade de aplicação de sanções severas para o candidato que utilizar ou compartilhar *Fake News* demonstra a atenção dada pelo TSE ao tema, reforçando a preocupação que a Corte possui com a lisura do processo eleitoral, notadamente em decorrência dos exemplos maléficos ocorridos nas eleições anteriores.

Os exemplos acima citados integram o conjunto de medidas preventivas adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral visando a combater a utilização de *Fake News*. Recentemente, a Corte proferiu decisões penalizando candidatos e partidos políticos responsáveis pela propagação de notícias inverídicas, tema que será estudado a seguir.

O primeiro exemplo a ser citado é a decisão monocrática do Corregedor-geral da Justiça Eleitoral, Ministro Luís Felipe Salomão, que, no Inquérito Administrativo 0600371-71.2021.6.00.0000/DF, suspendeu o repasse dos valores de monetização das redes sociais a canais e perfis que repassavam *Fake News*.

Conforme pode ser constatado no conteúdo do Inquérito, após realização de investigação pela Polícia Federal, foram aplicadas medidas cautelares, suspendendo o repasse dos valores de monetização, em razão de elementos concretos que demonstraram a utilização e compartilhamento de notícias falsas a partir de uma rede organizada, que tinha por objetivo influenciar a população quanto a determinado tema, visando à obtenção de vantagens político-partidárias e financeiras (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021b, p. 1).

Dentre os principais alvos dos ataques e notícias falsas estavam o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral. A partir das investigações, o Ministro Corregedor verificou que os canais e usuários, por vezes, faziam remissões de conteúdo entre si, criando uma rede e, conseqüentemente, lucrando financeiramente, a partir de conteúdos inverídicos que visavam colocar em dúvida a lisura do processo eleitoral e, também, a imparcialidade e credibilidade dos órgãos eleitorais. A decisão, que suspendeu a monetização, interrompeu o ciclo vicioso formado entre as informações falsas e os propagadores da informação, impedindo que suas atividades, postagens e *lives* prosseguissem dando retorno financeiro.

Uma segunda decisão paradigmática, que pode ser considerada como um “divisor de águas no combate às *Fake News*” se refere à cas-

sação de um Deputado Estadual do Estado do Paraná, responsável por propagar desinformação contra a urna eletrônica, até então inédita na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. O julgamento do Recurso Ordinário nº 060397598, ocorrido em novembro de 2021, por seis votos a um, criou precedente para a Justiça Eleitoral no combate à desinformação no campo eleitoral e democrático, considerando que foi aplicada ao então parlamentar pena de cassação do mandato e perda dos direitos políticos pelo prazo de 8 anos, em razão de uso indevido dos meios de comunicação, abuso de poder político e econômico e incidência de práticas ilegais previstas no art. 22 da Lei de Inelegibilidades (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021c).

A desinformação propagada foi a seguinte: no dia da eleição, o parlamentar realizou uma *live* (des)informando que duas urnas estavam fraudadas e, conseqüentemente, não aceitavam votos de determinado candidato à Presidência da República, afirmando ainda que teve acesso às urnas apreendidas, confirmando a fraude no processo eleitoral. A transmissão foi realizada após vídeos que circulavam na internet demonstrarem que o candidato a Presidente da República não ficava disponível para confirmação do voto na urna eletrônica, mesmo após seu número ser digitado corretamente. Posteriormente constatou-se que o vídeo era falso, pois, ao invés da tentativa de votação se dar para o cargo de Chefe do Executivo Federal, foi possível constatar a informação “governador”, sendo comprovada a inveracidade da notícia propagada (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021c).

O Ministro Relator, Luís Felipe Salomão, em decorrência da gravidade dos fatos, somados à função exercida pelo parlamentar, Delegado da Polícia Federal, votou pela cassação e suspensão dos direitos políticos do parlamentar, sendo acompanhado pelos Ministros Mauro Campbell, Sérgio Banhos, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Todos entenderam que o então deputado, ao realizar a *live* denunciando a suposta fraude nas urnas eletrônicas, cometeu crimes, considerando que não houve sequer apreensão das urnas, mas apenas a substituição de um número sequer considerável. Vencido o Ministro Carlos Horbach, que entendeu que o uso indevido pelos meios de comunicação não pode ser presumido, havendo necessidade de demonstração dos danos ocorridos de forma concreta (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2021c).

Da decisão do Recurso Ordinário nº 060397598, é possível extrair dois importantes entendimentos: o candidato que utilizar ou propagar desinformação, durante o processo eleitoral, poderá ser sancionado

com a perda de mandato e suspensão dos direitos políticos, sendo o posicionamento mais rigoroso até então apresentado pela Corte Eleitoral àqueles candidatos que se utilizam de *Fake News* visando à colheita de frutos políticos e partidários. O segundo é referente à ausência de demonstração de dano ou da gravidade da conduta; assim, de maneira preliminar, aparentemente basta que se comprove a utilização de elementos que levam a desinformação, sem a necessidade de comprovação de efeito prejudicial à lisura ou equilíbrio do processo eleitoral.

Constatou-se, portanto, que o Tribunal Superior Eleitoral não vem medindo esforços para combater a desinformação sobre o processo eleitoral, buscando preservar a igualdade e a lisura das eleições. Os últimos posicionamentos da Corte, mais rigorosos, demonstraram a importância que vem sendo dada no combate às *Fake News*, necessários para preservar a liberdade do cidadão em escolher seus candidatos, sem a influência de aspectos inverídicos, capazes de macular a vontade do eleitor.

## REFERÊNCIAS

AZEREDO, Emmanuel Elias Petersen. TABORDA, Maren Guimarães. *A desinformação no Rio Grande do Sul: uma análise da atuação da Justiça Eleitoral gaúcha nas eleições de 2020*. in: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. BORGES, Murilo (org). *Sociedade da Informação e Fake Democracy: os limites à liberdade de expressão e à Democracia Constitucional*. Andradina: Meraki, 2021. p. 184-199.

CONEGLIAN, Olivar. *Eleições: Radiografia da Lei nº 9.504/97*. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade: A nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro Editorial, 2018.

HORBACH, Lenon Oliveira. *Fake News: liberdade de expressão, internet e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MOTTA, Érick. *KIT GAY foi distribuído em escola; veja verdades e mentiras*. Publicado em: 11 jan. 2020. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/educacao/kit-gay-nunca-foi-distribuido-em-escola-veja-verdades-e-mentiras/>> Acesso em 02 jun. 2022.

MORAIS, José Luis Bolzan. FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. *A Democracia Desinformada: Eleições e Fake News*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

PESQUISA mostra que 84% dos eleitores de Bolsonaro acreditam no Kit Gay. Congresso em Foco. Publicada em 01 nov. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/pesquisa-mostra-que-84-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditam-no-kit-gay/>> Acesso em 02 jun. 2022.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Representação Eleitoral nº 0601699-41.2018.6.00.0000*. Partes: Coligação O Povo Feliz de Novo e Fernando Haddad vs Jair Messias Bolsonaro, Flávio Nantes Bolsonaro, Carlos Nantes Bolsonaro, Twitter Brasil Rede de Informação LTDA, Facebook Serviços Online do Brasil e Google Brasil Internet LTDA. Publicação: 15 out. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *CONFIRA as ações contra a desinformação efetivadas pelo TSE nos últimos anos*. Publicada em: 10 jan. 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Janeiro/confira-as-acoes-contr-a-desinformacao-efetivadas-pelo-tse-nos-ultimos-anos> Acesso em 08 jun. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Portaria TSE nº 510, de 4 de agosto de 2021a*. Disponível em: <https://sintse.tse.jus.br/documentos/2021/Ago/6/diario-da-justica-eletronico-tse/portaria-no-510-de-4-de-agosto-de-2021-institui-o-programa-permanente-de-enfrentamento-a-desinformac> Acesso em 08 jun. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução TSE nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019> Acesso em 09 jun. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *DEPUTADO Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica*. Publicado em 28 out. 2021c. Disponível em <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contr-a-sistema-eletronico-de-votacao> Acesso em 12 jun. 2022.

# **VIOLÊNCIA MIMÉTICA E SACRIFÍCIO: UMA SÍNTESE DA JUSTIÇA EM RENÉ GIRAD**

Mimetic violence and sacrifice: a synthesis of justice in René Girard

Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra<sup>1</sup>

---

1 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Advogado. E-mail: venancio-terra@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente ensaio busca desvelar, à luz da teoria de René Girard, o modo como as sociedades em que o sagrado arcaico imperava realizavam a *sua justiça*, bem como a importância que o sacrifício apresentava para elas, para, então, confrontar esse modelo com o vigente nos Estados contemporâneos orientados por sistemas judiciários complexos.

O escopo último do trabalho é verificar, de modo aproximativo, se entre ambos os sistemas opera alguma continuidade, o que será eventualmente confirmado à luz dos componentes de vingança e violência que os impregnam.

## PROBLEMA

Os sistemas judiciários contemporâneos podem ser considerados modalidades evoluídas de mecanismos de controle social que existem nas sociedades humanas desde seus primórdios.

Se assim é, talvez se verifique uma relação de continuidade entre os modelos que se sucederam na História, razão pela qual o caráter violento e vindicativo dos mecanismos arcaicos pode encontrar-se oculto nas formas institucionalizadas mais complexas da atualidade.

Para tanto, investigar o problema na perspectiva teórica de René Girard pode ser produtivo. Com efeito, esse autor sustenta que nós, seres humanos, somos incontrolavelmente miméticos e, conseqüentemente, adotamos comportamentos sugeridos por modelos que nos são próximos, os quais funcionam como “espelhos” que refletem o que desejaríamos ser ou ter. O potencial conflitivo dessa postulação acerca da natureza humana é evidente: posições sociais não compartilháveis passam a ser objeto de intensa disputa, o que fomenta rivalidades que podem culminar em confrontos violentos.

Para Girard, a humanidade seria caracterizada por uma constante de violência intraespecífica e de vinganças intermináveis, de dimensões tais capazes, em alguns momentos de crise aguda, de colocar em risco a própria sobrevivência do grupo ou da comunidade.

O sagrado arcaico, para esse autor, teria surgido exatamente da tentativa humana de controlar essa violência disruptiva, tendo ele detectado que o mecanismo do bode expiatório talvez tenha sido a solução

encontrada pelas sociedades arcaicas para restabelecer a ordem cultural afetada por crises indiferenciadoras generalizadas.

A partir desse mecanismo misterioso, vez que surgido de modo espontâneo durante o paroxismo das crises, as sociedades arcaicas teriam instituído os sacrifícios, como meio de reproduzir com segurança, de tempos em tempos, essa solução radical, evitando com isso a ocorrência de novos momentos de ruptura cultural.

As vítimas escolhidas tanto para os linchamentos durante as crises como para os ritos sacrificiais controlados eram constituídas de pessoas ou grupos vulneráveis, exatamente porque, assim, a escalada da violência restava interrompida, diante da impossibilidade de retomada da represália ou da vingança.

Logo, conforme Girard, os sistemas judiciários contemporâneos seriam tributários desse modelo originário de controle social, tendo o Estado assumido, evolutivamente, essa função que era exercida pelo sagrado arcaico com seus rituais de sangue.

Resta saber se algo dessa violência e dessa vingança originárias persistem nas modernas formas de controle social – eis o problema a ser investigado.

## **HIPÓTESE**

De acordo com a teoria de René Girard, a força mimética que nos move sempre esteve presente na existência humana, podendo ser considerada um universal, e, juntamente com o mecanismo do bode expiatório, teria sido a conformadora dos modelos de controle social desde os primórdios da humanidade.

Igualmente, justiça e vingança sempre caminharam juntas, ainda que não mais vigore entre nós modelo abertamente sacrificial e ainda que tenha sido significativamente limitada a retaliação privada.

Flagra-se, mesmo assim, a continuidade do modelo arcaico nas modernas instituições judiciárias, agora organizadas por Estados soberanos - os quais se arrogam o monopólio do poder punitivo -, na forma seletiva e violenta como opera o sistema, recrutando sua população penalizada entre os membros mais vulneráveis da comunidade e gerando consensos punitivos que se assemelham às turbas persecutórias de antanho.

## **METODOLOGIA**

Examinou-se o problema através do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica pertinente ao objeto do exame.

## **FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

A violência humana, paradoxalmente, “provém da identidade e não da alteridade, e desse modo se expande como um vírus, afetando a todos os membros do grupo” (VINOLO, 2012, p. 22). Por isso, o potencial disruptivo das crises sociais - resultantes do acúmulo de tensões geradas por rivalidades miméticas - forjou o sagrado arcaico a partir do mecanismo do bode expiatório.

Segundo Girard, a violência não saciada procura e sempre acaba por encontrar uma vítima alternativa. Assim, a criatura que estimulava a fúria da turba é repentinamente substituída por outra, que não possui característica alguma que atraia sobre si a ira do violento, a não ser o fato de ser vulnerável e de estar ao seu alcance (GIRARD, 1972, p. 8).

Nesse aspecto, Girard destaca que é criminoso matar essa vítima, uma vez que ela se torna sagrada. Entretanto, essa mesma vítima não seria sagrada se, porventura, não fosse morta. Nessa simbiose sacrificial violenta reside o aspecto ambivalente (duplo sentido) do comportamento humano (GIRARD, 1972, p. 6).

Para entender o que, de fato, Girard está querendo dizer, precisamos compreender que, desde os primeiros agrupamentos e civilizações de que se têm notícia, a violência faz parte da cultura humana, na medida em que bastaria uma rápida leitura do texto bíblico para percebermos que, quando Deus acolheu os sacrifícios oferecidos por Abel, na verdade, o que de fato ele fez, à luz de uma linguagem do divino, foi não aceitar as oferendas de Caim, uma vez que este matou o seu irmão, enquanto Abel, por sua vez, não o mata (GIRARD, 1972, p. 11). O adicional da rivalidade entre os irmãos Caim e Abel, assim, é tão inevitável quanto a sua própria solução sacrificial, uma solução que a religião cria com apoio no desejo mimético e na necessidade de se evitar a violência (RAMELOW, 2017, p. 46).

Com o tempo, os sacrifícios humanos restauradores da ordem social foram substituídos pelo de animais. Contudo, para que seja possível saciar o apetite da violência, a vítima animal precisa, necessariamente, assemelhar-se à vítima substituída, no caso, a vítima humana. Todavia, essa semelhança não pode ser exagerada, porque não deve ensejar em

uma confusão catastrófica. Logo, no caso de vítimas animais, entendemos que a diferença é sempre visível, não havendo, assim, confusão (GIRARD, 1972, p. 22).

Girard destaca ainda o fato de que todos os seres sacrificáveis, sem distinção alguma entre animais ou humanos, possuem uma característica absoluta em comum, responsável por distingui-los dos seres não sacrificáveis, a qual está presente em todas as sociedades sacrificiais, que é a de que ninguém irá vingá-los (GIRARD, 1972, p. 24-25).

Consequentemente, o sacrifício tem a função de apaziguar as violências intestinas para impedir a instalação e a intensificação dos conflitos. Entretanto, as sociedades que não adotam os ritos sacrificiais, a exemplo da nossa, conseguem sobreviver às crises sem passar por eles. No entanto, isso não quer dizer que a violência intestinal não exista em nossa sociedade, pois existe. Todavia, em regra, ela não demonstra ser forte o suficiente para desencadear uma crise capaz de comprometer a própria existência da sociedade (GIRARD, 1972, p. 26).

Como se pode perceber, o sacrifício seria a diferença determinante entre as sociedades religiosas arcaicas e as da atualidade, em que pese possa estar sendo mascarado em alguns “rituais” contemporâneos, os quais poderiam ser entendidos como uma espécie de sacrifício “institucionalizado” caso desempenhem um papel compensador, o que explicaria o porquê de a função sacrificial ter sempre escapado da nossa compreensão (GIRARD, 1972, p. 27).

Inegavelmente, nos ritos sacrificiais temos um “*fureur collective*” que, na verdade, atua como um linchamento dissimulado pelas inúmeras repetições que sempre reforçam o efeito do ritual por excelência, de modo que a ocultação dessa violência, inclusive do próprio sacrifício, com a negação da existência do sacrifício (GIRARD, 2003, p. 46). Nesse cenário, os perseguidores não percebem que escolheram a sua vítima pelas razões completamente inadequadas, ou, talvez, por nenhuma razão, mais ou menos ao acaso (GIRARD, 1987, p. 78).

Assim, o desequilíbrio, a confusão mental causadas pela crise mimética facilitam as substituições sacrificiais e ajudam aos membros da comunidade a substituir o rival mimético por aquele que está se tornando o “*bouc émissaire*” (bode expiatório) unânime (GIRARD, 2003, p. 55). Em suma, o sacrifício desencadeia certa embriaguez ou vertigem, extremamente favorável ao sucesso da “*opération sacrificielle*”.

Após descoberto o fenômeno sacrificial, é possível perceber que “o que faz cessar a violência indiferenciadora é o aparecimento de uma diferença maior no interior dos indivíduos” (VINOLO, 2012, p. 84). Aliás, se trataria de um mesmo fenômeno de hominização que explicaria a violência mimética, já que ela “permite pensar tanto o nascimento da crise e da violência quanto o fenômeno que permite a saída desta última” (VINOLO, 2012, p. 84).

E isso porque “a vítima expiatória fornece um exutório à violência ao unificar contra ela uma comunidade inteira. Assim, ela parece levar embora na morte uma violência polarizada” (GIRARD, 1976, p. 277). O próprio ritual contra a vítima expiatória busca a prevenção da repetição da crise através de uma “imolação ritual, na imitação do assassinato real” (GIRARD, 1976, p. 278).

Portanto, caso não ocorresse o sacrifício, indubitavelmente, teríamos a presença da vingança, a qual, por sua vez, se apresenta como uma forma de represália, e toda represália exige mais represálias. Portanto, o crime que a vingança pune quase nunca se concebe como sendo o primeiro, pois ele quer vingança por um crime mais original (GIRARD, 1972, p. 27). Segundo entende François Tricaud (1977, p. 73), na maioria das civilizações de “*vendetta*”, independentemente da justificativa do assassinato das pessoas próximas, elas são, necessariamente, vingadas. Assim, “os homens que participam da vendeta agem independentemente de sua vontade; eles não passam de engrenagens do mecanismo” (ANSPACH, 2012, p. 22).

Porém, o próprio “vingador que abate o assassino se torna, literalmente ao mesmo tempo, assassino também” (ANSPACH, 2012, p. 23). Por isso, “a vingança olha sempre para trás, e o resultado é uma fuga desenfreada para frente” (ANSPACH, 2012, p. 23).

É preciso observar que a fórmula encontrada para a eliminação da violência também consiste em uma violência, precisamente porque o sacrifício, inevitavelmente, consiste em um ato violento (SCUBLA, 1985). Para que o sacrifício acabe com a vingança, é necessário um morto que não matou. Ou seja, “deve-se escolher para o sacrifício uma vítima que não seja ela mesma operadora da vingança” (ANSPACH, 2012, p. 33). Assim, “encontra-se a saída da reciprocidade violenta através de uma violência que não é recíproca” (ANSPACH, 2012, p. 33).

Ocorre que, quando os perseguidores agem todos do mesmo modo, qualquer anseio de vingança deve ser tido como responsabilidade de toda a coletividade. Dito de outro modo, é possível afirmar que, nesse

tipo de sociedade, a força do coletivo, ainda que inexistente em forma estatal, se faz presente, mesmo que de modo temporário, já que se trata de uma violência unânime (GIRARD, 1982, p. 175).

Um exemplo disso pode ser ventilado com o que ocorreu na Idade Média por intermédio da inquisição espanhola, em que o caráter expiatório da violência exercida contra as bruxas teve uma *“función socio-moral. La bruja o el brujo es simplemente la encarnación de la amoralidad y de todo aquello que va en contra de los ideales de la sociedad; por tanto, cada individuo se esforzará por comportarse de modo que nadie pueda tomarle por brujo”* (HENNINGSEN, 2010, p. 457), do contrário será sacrificado em nome do fortalecimento de toda a coletividade.

A vingança constitui um processo interminável de violência, porque é portadora de uma capacidade lesiva sujeita a abalar todas as estruturas mais consolidadas de uma comunidade, com força para penetrar na totalidade do corpo social. Assim, quando presente em uma sociedade de dimensões reduzidas, promove sério risco de provocar uma autêntica reação em cadeia de consequências rapidamente fatais. Logo, a multiplicação de represálias coloca em risco a própria existência da sociedade. É por isso que a vingança é um objeto proibido em todos os lugares (GIRARD, 1972, p. 28).

Sempre existirá um risco decorrente do enfrentamento da violência, o qual poderá acordar o tigre que está adormecido e causar uma escalada de violência maior ainda, já que a sua força destrutiva é capaz de apagar todas as diferenças existentes entre o que é lícito e o que ilícito sob o pretexto de conter essa mesma violência. Portanto, inexoravelmente, a transcendência da justiça é tão precária quanto a própria transcendência do sacrifício (CHANTRE, 2017, p. 99).

Girard explica que existe um círculo vicioso na vingança, que se aproveita da rara dificuldade em delimitar o peso que ela representava nas sociedades primitivas. No entanto, para nós esse círculo não existe ou é mais circunscrito, na medida em que é o sistema de justiça que remove a ameaça de vingança (GIRARD, 1972, p. 29).

Sem embargo, que fique claro: o sistema de justiça não suprime a vingança, na medida em que ele realiza uma represália, cujo exercício é confiado a uma autoridade soberana (juiz). Assim, incontestavelmente, as decisões das autoridades judiciais sempre se afirmam como a última palavra a título de vingança (GIRARD, 1972, p. 29).

Girard observa atentamente que, em que pese não existir diferença substancial entre a vingança pessoal e a pública, existe, sim, uma diferença significativa de cunho social, pois, atualmente, a vingança não é mais vingada, uma vez que o processo judicial termina. Validamente, o perigo da ocorrência de uma escalada da violência é prontamente afastado (GIRARD, 1972, p. 29).

Quando não existe um órgão soberano e independente para substituir a parte lesada, o perigo de uma escalada da violência sempre subsistirá (GIRARD, 1972, p. 32). Por isso, atualmente, na ausência de uma renúncia voluntária e unânime a toda forma de violência, o sistema judiciário, em suas decisões, é insubstituível (GIRARD, 1972, p. 33).

Logo, em razão de termos subestimado o perigo da vingança, não sabemos bem qual a função do sacrifício. Jamais nos questionamos sobre como as sociedades desprovidas das sanções judiciais conseguiram conter uma violência que não enxergamos mais (GIRARD, 1972, p. 33-34). A própria ignorância nos impede de compreender esse papel do religioso nas sociedades arcaicas. O sistema de justiça dissimula de nós a existência do problema, e a dissimulação do problema esconde de nós a religião como solução (GIRARD, 1972, p. 34).

O religioso primitivo domestica a violência, regulando-a, ordenando-a, canalizando-a, justamente, para utilizá-la contra qualquer forma de violência propriamente intolerável e isto em uma atmosfera geral de não violência e de apaziguamento (GIRARD, 1972, p. 37). Por outras palavras, ele realiza uma diferenciada combinação entre violência destruidora e violência instituidora que guarda enorme similitude com os sistemas jurídicos modernos.

No cenário atual, julgamos rudimentares os procedimentos curativos que as sociedades primitivas utilizavam, já que eles, simplesmente, representariam tateando em direção ao sistema de justiça, porque seu interesse pragmático está bem visível: não é o culpado que está mais interessado, mas, sim, as vítimas que não foram mais vingadas. É deles que vem o perigo mais imediato (GIRARD, 1972, p. 37). Desse modo, é necessário oferecer a essas vítimas uma consideração justa, apta a apaziguar o seu desejo de vingança sem, contudo, despertá-lo em outra parte.

Girard alude que não se trata de legislar acerca do bem ou do mal, nem, tampouco, de fazer valer uma justiça puramente abstrata, mas, sim, de preservar a segurança do grupo cortando a vingança (GIRARD, 1972, p. 38). Além disso, a alteração da prevenção religiosa para os mecanismos

de retribuição do judiciário acabaram por causar uma “*méconnaissance*” da tutela que a instituição realiza. Esse desconhecimento começa a ocultar as verdadeiras funções da justiça que, na verdade, não se descolam muito do que ocorria com os sacrifícios, pois a única diferença é que agora a vingança não se perpetua (GIRARD, 1972, p. 39).

Em verdade, o sistema judiciário racionaliza a vingança, pois consegue dominá-la e delimitá-la com uma técnica extremamente eficaz de cura e, secundariamente, de prevenção à violência (GIRARD, 1972, p. 39-40). Ocorre, deste modo, uma racionalização da vingança, na medida em que existe uma independência soberana da autoridade judicial que exerce o monopólio absoluto sobre a vingança e é a responsável por frear toda a violência. Aliás, é graças a esse monopólio que se consegue, normalmente, sufocar a vingança, em vez de exasperá-la, em vez de estendê-la, em vez de multiplicá-la, como faria o mesmo tipo de conduta em uma sociedade primitiva (GIRARD, 1972, p. 40).

Em resumo, o sistema de justiça e o sistema sacrificial, portanto, têm, em última análise, uma mesma função. Todavia, o sistema de justiça é infinitamente mais eficiente do que o sacrificial, pois conseguiu racionalizar a vingança (GIRARD, 1972, p. 40). Além do mais, segundo Frans Wall (1997, p. 194), em uma perspectiva naturalista, alude que os sistemas de justiça podem ser compreendidos como uma transformação bem sucedida de um profundo desejo por vingança, notadamente retributiva, dentro de limites socialmente aceitáveis.

Porém, enganam-se veementemente aqueles que pensam que a eleição de bodes expiatórios não ocorre no cenário contemporâneo, a exemplo da seletividade do sistema de justiça penal dos Estados Unidos da América, onde, a pretexto do exercício do poder punitivo, “um em cada três homens negros entre 20 e 29 anos encontra-se criminalizado” (ZAFFARONI, 2013, p. 140). Ou seja, o mecanismo expiatório é ocultado em face da alegada necessidade de fazer justiça a quem infringe a lei, o que acaba legitimando o poder punitivo (REDEKOP, 1993, p. 41).

Conforme observa Hoffman (2014, p. 137), os nossos instintos de vingança são viscerais e em grande parte automáticos. O sistema judicial “*racionaliza la venganza, logra subdividirla y limitarla como mejor le parece; hace con ello una técnica limitadamente eficaz de curación y, secundariamente, de prevención de la violencia*” (ZAFFARONI, 2018, p. 325). Enquanto o religioso tenta desviar a vingança, o sistema penal quer manipulá-la; todavia, quando a crise se instaura, “*la sociedad moderna rei-*

*tera el proceso, con la particularidad de que las agencias del mismo sistema penal - u otras que las reemplazan en la misma función punitiva - ejecutan la venganza sobre la víctima expiatoria” (ZAFFARONI, 2018, p. 432).*

As sanções do poder judiciário consistem em represálias únicas, cujo sujeito é um sistema todo poderoso em relação aos demais membros da comunidade. Por esse motivo, não é possível “matar o sistema, já que será possível, no máximo, matar um júri, um procurador, mas nunca o sistema como um todo, qualquer vingança eficaz se torna impossível” (VINOLO, 2012, p. 112). O judiciário, assim, detém a última palavra da vingança.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os processos sacrificiais que ocorriam nas sociedades primitivas tinham por função fazer cessar a crise (a indiferenciação social). O sagrado foi o mecanismo que os homens descobriram ou inventaram para conter a violência intraespecífica que nos assola.

A vingança – fenômeno estritamente humano - sempre representou uma grande ameaça para a existência da própria sociedade, já que poderia ocasionar uma escalada capaz de levar a sua própria extinção. Em razão disso, operou-se uma notável seletividade na escolha das vítimas expiatórias que saciariam a fome da violência comunitária, pessoas e grupos vulneráveis os quais, assim, não poderiam ser vingados nem, tampouco, gerar uma crise maior do que a que serviriam para resolver.

Apesar de ocultada por formas institucionalizadas mais complexas, os componentes de violência e de vingança continuam a impregnar os sistemas de justiça contemporâneos, tal como impregnavam os mecanismos sacrificiais de antanho. As sensibilidades contemporâneas conseguem suportar essa verdade com mecanismos de deslocamento do olhar e de construção de discursos justificadores. Revelar essa característica oculta dos sistemas de controle social atuais pode contribuir para um melhor equacionamento do seu real funcionamento, em direção a formas menos seletivas e menos violentas.

## **REFERÊNCIAS**

ANSPACH, Mark R. *Anatomia da Vingança: figuras elementares da reciprocidade*. Tradução: Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações, 2012.

CHANTRE, Benoît. *The Messianic Moment: Bergson and Girard*. In: PALAVER, Wolfgang; SCHENK, Richard. *Mimetic Theory and Word Religions*. East Lansing, EUA: Michigan State University Press, 2017.

GIRARD, René. *A Crítica no Subsolo*. Título original: *Critique dans un souterrain*, 1976. Tradução: Martha Gambini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

GIRARD, René. *La violence et le sacré*. Paris, France: Bernard Grasset, 1972.

GIRARD, René. *Le sacrifice*. Paris, France: Éditions de la Bibliothèque nationale de France, 2003.

GIRARD, René. *Le bouc émissaire*. Paris, France: Bernard Grasset, 1982.

GIRARD, René. *Generative Scapegoating*. In: GIRARD, René; BURKERT, Walter; SMITH, Jonathan Z. *Violent Origins. Ritual Killing and Cultural Formation*. Stanford, EUA: Stanford University Press, 1987.

HENNINGSSEN, Gustav. *El Abogado de las Brujas*. Brujería vasca e Inquisición española. Tradução: Marisa Rey-Henningsen. Madrid, Espanha: Alianza Editorial, 2010.

HOFFMAN, Morris B. *The punisher's brain: the evolution of judge and jury*. New York, EUA: Cambridge University Press, 2014.

RAMELOW, Anselm Tilman. *Sacrifice in Hegel and Girard*. In: PALAVER, Wolfgang; SCHENK, Richard. *Mimetic Theory and Word Religions*. East Lansing, EUA: Michigan State University Press, 2017.

REDEKOP, Vern Neufeld. *Scapegoats, the Bible, and Criminal Justice: Interacting with René Girard*. Akron, EUA: MCC U.S. Office Of Criminal Justice, 1993.

SCUBLA, Lucien. *Jamais deux sans trois? Réflexions sur les structures élémentaires de la réciprocité*. In: *Logiques de la réciprocité*. Cahiers du Crea, n. 6, 1985.

TRICAUD, François. *L'Accusation. Recherche sur les figures de l'agression étique*. Paris, France: Dalloz, 1977.

VINOLO, Stéphane. *René Girard: do mimetismo à hominização*. Tradução: Rosane Pereira e Bruna Beffart. São Paulo: É Realizações, 2012.

WAAL, Frans de. *Good Natured*. Harvard: 1997, p. 194.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos*. Conferências de criminología cautelar. Quito, Ecuador: Editorial El Siglo, 2018.

# A APLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.215-10/2001 E A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

The enforcement of MP n. 2.215-10/2021  
and the protection of livelihood

Isadora Leitão Wild Santini Picarelli<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Isadora Leitão Wild Santini Picarelli. Fundação Escola Superior do Ministério Público. A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental. Mestranda em Direito na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: isadorawildpicarelli@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará acerca da temática do superendividamento, e a aplicação da Medida Provisória n. 2.215-10/2001 frente a proteção advinda com a Lei n. 14.181/2021. É notório que a Lei do Superendividamento visa a proteção do mínimo existencial, visando garantir a subsistência das pessoas de boa-fé, que estão com a renda comprometida em virtude do endividamento que se encontram. Ocorre que, a Medida Provisória referida, aplicável para os militares das Forças Armadas, admite 70% de descontos diretamente no contracheque, para pagamentos de empréstimos consignados, indo contra a jurisprudência que está sendo firmada, que admite o limite de 30% de descontos para casos de pessoas físicas endividadadas.

O problema de pesquisa é responder se a aplicação da MP cria uma desigualdade de proteção com a jurisprudência baseada na Lei do Superendividamento, afetando a garantia da proteção do mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana dos militares.

O estudo irá trabalhar com a hipótese de que a não aplicação da jurisprudência baseada na Lei do Superendividamento, criando essa diferenciação do limite para descontos entre o público em geral e os militares das Forças Armadas atinge a proteção do mínimo existencial.

A metodologia utilizada é o método de abordagem, que indica o meio técnico de investigação da pesquisa, e a forma de raciocínio é o método dedutivo, a fim de confirmar a hipótese apresentada. O método de procedimento é o método monográfico, com abordagem qualitativa, com análise de conteúdo, por meio de pesquisa bibliográfica e decisões judiciais.

## A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTÊNCIA

O Código de Defesa do Consumidor, estabelece no artigo 4, inciso I (BRASIL, 1990)<sup>2</sup>, que todo consumidor possui vulnerabilidade, sendo esta uma característica inerente em qualquer relação de consumo. O princípio da vulnerabilidade visa promover o tratamento desigual aos desiguais, para que os consumidores, eles mais frágeis na relação consumerista, tenham condições reais de estarem em uma relação mais igualitária com os fornecedores. Dentre essas condições referidas, está o direito

2 BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

a preservação do mínimo existencial, disposto no artigo 6<sup>a</sup>, inciso XII, do código consumerista (BRASIL, 1990).

Em breve síntese, o conceito de mínimo existencial é a proteção da subsistência do consumidor, para que este possa garantir os gastos com moradia, alimentação, vestuário, água, luz e transporte (MARQUES; BERTONCELLO, 2010, p. 20). Assim, os descontos por empréstimos consignados não podem afetar parte da renda que é destinada a manter esses pagamentos de manutenção básica, sendo assegurada proteção da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

A proteção dessa garantia é a principal finalidade da Lei 14.181/2021 (BRASIL, 2021), que visa proteger o consumidor de boa-fé a não viver uma exclusão social do mercado de consumo, promovendo tratamento do superendividamento. O superendividamento é quando o consumidor pessoa física, não consegue pagar as suas dívidas, atuais e futuras, sem comprometer o mínimo existencial, e a lei visa agir como uma recuperação judicial de falência, mas para pessoa física, para que, por meio de repactuação da dívida, o consumidor volte a ser ativo no mercado de consumo, sem precisar penhorar todos os seus bens.<sup>3</sup>

Nota-se que não existe disposição fixa do percentual do mínimo existencial, sendo este avaliado no caso concreto, pois é um termo aberto e indeterminado, a fim de, por meio da elaboração de um plano de pagamento entre o consumidor e seus credores, e determinando o valor a ser preservado pro mínimo existencial, que o consumidor endividado possa adimplir suas dívidas, e ser reinserido no mercado de consumo (PERIN, 2009, p. 168).

## **A MEDIDA PROVISÓRIA 2.215-10/2001 E A LEI 14.181/2021**

A presente temática envolve o entendimento de três legislações: a Medida Provisória 2.215-10/2001, a Lei 10.820/2003 e a Lei 14.181/2021. A Medida Provisória 2.215-10 de agosto de 2001 (BRASIL, 2001), dispõe sobre a remuneração dos militares das Forças Armadas, sendo que para

---

3 Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

esse estudo, o debate reside na aplicação do artigo 14, parágrafo 3º<sup>4</sup>, que permite que os descontos dos proventos cheguem ao limite legal de 70%.

Em dezembro de 2003, foi promulgada a Lei 10.820 (BRASIL, 2003), que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, do público em geral, e limita em 35% os descontos. Ainda, conforme o artigo 1º, parágrafo primeiro,<sup>5</sup> se soma mais 5% para amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito. Assim, o total é 40% de limites nos descontos, se houve empréstimos contratados no cartão de crédito.

Por fim, a Lei 14.181/2021, alterou o Código de Defesa do Consumidor, para acrescentar artigos dispondo sobre superendividamento, com normas para prevenção e tratamento.

---

4 Art. 14. Descontos são os abatimentos que podem sofrer a remuneração ou os proventos do militar para cumprimento de obrigações assumidas ou impostas em virtude de disposição de lei ou de regulamento. § 1º Os descontos podem ser obrigatórios ou autorizados. § 2º Os descontos obrigatórios têm prioridade sobre os autorizados. § 3º Na aplicação dos descontos, o militar não pode receber quantia inferior a trinta por cento da sua remuneração ou proventos.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

5 Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. § 1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: (Redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015) (Vide Lei nº 14.131, de 2021) I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou (Incluído pela Lei nº 13.172, de 2015) II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito. (Incluído pela Lei nº 13.172, de 2015)

## **A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O CONFLITO ENTRE A APLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.215-10/2001 E AS DECISÕES JUDICIAIS DEFERINDO LIMITE DE 30% DOS DESCONTOS COM BASE NA LEI 14.181/202**

Primeiramente, é necessário apontar sobre o limite de 30% nas decisões judiciais. O limite de 30% é uma construção jurisprudencial, tendo algumas decisões muito relevantes, como a do Recurso Especial n. 1.584.501/SP, julgado pelo relator Paulo de Tarso Sanseverino, em outubro de 2016. A decisão foi antes da promulgação da Lei do Superendividamento e se tratava de um notório caso de endividamento, onde a parte demandante precisava pagar uma parcela muito alta do empréstimo consignado, lhe restando, após o desconto, um valor muito baixo para arcar com seu mínimo existencial. Ela ajuizou ação revisional e em primeiro grau, foi deferida a limitação dos descontos em 30% dos proventos. A decisão do recurso especial manteve o percentual, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana, a fim da demandante manter sua subsistência.

Em relação a questão do limite a ser aplicado para os servidores militares, a jurisprudência não está consolidada acerca da aplicação ou não da MP Provisória 2.215- 10/2001. Para exemplificar, em um caso envolvendo um servidor militar reformado da Aeronáutica, o TJRJ havia limitado os descontos em 30%, frisando que o princípio da dignidade da pessoa humana, isonomia e razoabilidade devem prosperar e que caberia o afastamento da MP em virtude da Lei n. 10.820/2006 ser posterior. Contudo, a decisão foi reformada no julgamento do Recurso Especial n.1948432/RJ, em 24/08/2021, em decisão monocrática pelo relator Gurgel de Faria, que entendeu que no caso dos militares, deve ser seguida a regulamentação específica da MP, que autoriza descontos de até 70% no artigo 14, parágrafo terceiro.

Mas esse entendimento não é consolidado, pois no Rio de Janeiro, em outro caso, envolvendo uma pensionista militar, que estava tendo 60% da sua renda sendo descontado diretamente no seu contracheque, para pagamentos de contratos de mútuos, foi deferida a tutela antecipada para limitar os descontos em 30%. A parte ré recorreu da decisão, por meio de agravo de instrumento, pugnando pela aplicação do artigo 14, parágrafo terceiro da MP, que seria a norma específica, e que a Lei 10.820/2003, seria genérica, e somente se aplicaria aos empregados regidos pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

A decisão do Agravo de Instrumento n. 0006021-55.2021.8.19.0000, julgado pela 5ª Câmara Cível TJ/RJ, em 27.04.2021 é importante, pois decidiu no âmbito da questão apresentada. Entre a aplicação integral da MP das Forças Armadas e a aplicação da tutela antecipada deferindo até 30% dos descontos em folha de pagamento, se entendeu que em nome da proteção do mínimo existencial, se aplica no caso do militares, o mesmo índice de descontos que é aplicado para todos os endividados nas decisões judiciais.

Assim, a decisão decidiu por negar provimento ao recurso, mantendo a tutela antecipada de 30% do limite dos descontos no contracheque. A medida visa a evitar o endividamento desenfreado da autora, que já se encontrava em uma situação de enorme fragilidade econômica, e, em razão do índice alto de descontos diretamente em sua folha de pagamento, para manter o mínimo existencial, a autora estava contratando novos empréstimos consignados. Desta forma, a autora se encontrava em uma situação econômica precária, com parcelas sucessivas de descontos diretos na folha do pagamento.

Expressão “vencimentos” e “soldos”, sendo que o termo soldo é o termo usada para o pagamento dos militares. Desta forma, cabe o afastamento da aplicação da MP, limitando em 30% o desconto do soldo bruto. Por fim, a decisão frisa sobre a importância do diálogo das fontes, para a proteção do consumidor vulnerável, que necessita da proteção para evitar a morte civil.

Importante esclarecer que no Estado do Rio Grande do Sul, a jurisprudência dominante autoriza a limitação dos descontos de empréstimos consignados em 30% da renda mensal do endividado, se aplica aos servidores estaduais da Brigada Militar, pois estes não são vinculados as Forças Armadas, não se aplicando para estes servidores, a Medida Provisória 2.215-10/2001. Outrossim, na I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor.

UFRGS-UFRJ, realizado em 17 de agosto de 2021, o Enunciado n. 10 (CONSULTOR JURÍDICO, 2021), prevê que em casos de superendividamento das Forças Armadas, o juiz pode considerar inaplicável o art. 14, § 3º da MP 2.251-10/2001. Contudo, apesar do enunciado, houve a referida decisão do Recurso Especial n.1948432/RJ, em sentido contrário. O enunciado serve para uma orientação para a magistratura, visando firmar entendimento e criar maior segurança jurídica e isonomia nas decisões.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim sendo, o estudo busca responder se a aplicação da MP 2.215-10/2001, cria uma desigualdade de tratamento jurisprudencial com o público em geral e se afeta o mínimo existencial. Nota-se que a Lei 14.181/2021 é uma lei federal e posterior a MP, e é baseada na proteção da dignidade da pessoa humana e na garantia do mínimo existencial.

A aplicação da MP, ao impor um limite maior de desconto na folha de pagamento, permite que somente os militares não tenham a mesma proteção que está sendo construída jurisprudencialmente, com base na proteção do mínimo existencial, entendendo por um limite de até 30% a 40%, se houver contratações por meio de cartão de crédito, e nesse debate, é possível estudar sobre a igualdade nas decisões judiciais, eis que existe uma grande diferenciação de proteção da garantia do mínimo existencial aos endividados militares e ao público em geral.

Frisa-se que em agosto de 2021 foi aprovado o enunciado n. 10 na I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ. O enunciado, apesar de não ter uma aplicação vinculante e obrigatória por não ter natureza jurídica de uma norma jurídica, serve para uma orientação para a Magistratura, buscando uma padronização e segurança jurídica nas decisões judiciais.

Desta forma, o enunciado referido e as fundamentações do agravo de instrumento n. 0006021-55.2021.8.19.0000, julgado pela 5ª Câmara Cível TJ/RJ e do Recurso Especial n. 1.584.501/SP, do Superior Tribunal de Justiça, formam um entendimento que promove a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, de forma isonômica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial Nº 1948432 - RJ (2021/0214539-8)*. Relator: Gurgel de Faria, 24 de agosto de 2021. Diário de Justiça Eletrônico, 27 de agosto de 2021. Decisão Monocrática. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=132096875&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202102145398&data=20210827&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=132096875&tipo_documento=documento&num_registro=202102145398&data=20210827&formato=PDF). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial Nº 1.584.501- SP*. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, 06 de outubro de 2016. Diário de Justiça Ele-

trônico, 13 de outubro de 2016. Acórdão. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502528702&dt\\_publicacao=13/10/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502528702&dt_publicacao=13/10/2016). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis-/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis-/l8078compilado.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. *Medida provisória n. 2.215-10, de 31 de agosto de 2001*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/c-civil\\_03/mpv/2215-10.htm](http://www.planalto.gov.br/c-civil_03/mpv/2215-10.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. *Lei no 10.820, de 17 de dezembro de 2003*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis-/2003/l10.820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis-/2003/l10.820.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. *Jornada da UFRGS e UFRJ aprova enunciados sobre a Lei do Superendividamento*. CONSULTOR JURÍDICO, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Prevenção e Tratamento do Superendividamento*. Brasília: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor., 2010. p. 20.

RANGEL, Andréia Fernandes de Almeida; MARQUES, Cláudia Lima. *O superendividamento do militar das Forças Armadas: inaplicabilidade da MP 2.215-10/2001 – Comentário ao Agravo de Instrumento no: 0006021-55.2021.8.19.0000, 5ª Câmara Cível TJ/RJ, j. 27.04.2021, rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, DJe 06.05.2021*. Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor. v. 138. nov./dec. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 5173908712021-8217000. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, 22 de outubro de 2021*. Diário de Justiça Eletrônico, 29 de outubro de 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php). Acesso em: 17 jun.2022.

RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 000602155.20-21.8.19.0000*. Ementa: Agravo de instrumento. Ação visando a limitação de descontos referentes a parcelas de mútuos contratados pela autora junto a três instituições financeiras. Deferimento da tutela antecipada, para limitação dos descontos em até 30% dos rendimentos da autora. Recurso de um dos bancos réus. Contratos de empréstimo consignado com descontos diretamente na folha de pagamento da autora, militar da Aeronáutica com baixo soldo, chegando aqueles a mais de 60% de sua renda mensal. Superendividamento. Limitação dos descontos a 30% dos rendimentos brutos da autora. Possibilidade. Mínimo existencial a ser preservado. Princípios da dignidade da pessoa humana e da impenhorabilidade de salário. Preservação de valor mínimo que possibilite à devedora fazer frente às suas despesas ordinárias de sobrevivência. Jurisprudência assentada do TJRJ. Direitos fundamentais que também se aplicam às relações entre particulares. Aplicação da Lei 10.820/2003.

Inaplicabilidade da MP nº 2.251/10/2001, que limita em 70% o limite de descontos nos rendimentos de militares das Forças Armadas. Distinguishing a ser feito no caso concreto. Manutenção da decisão agravada que concedeu a tutela antecipada. Desprovisionamento do recurso, por maioria. Relator: Milton Fernandes de Souza, 27 de abril de 2021. Diário de Justiça Eletrônico, 29 de abril de 2021. Acórdão. Disponível em: [http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DAF2F30929351B3556A0B8504B9\\_D881DC50E-4C453710&USER=](http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DAF2F30929351B3556A0B8504B9_D881DC50E-4C453710&USER=). Acesso em: 17 jun. 2022.

SCHMIDT, André Perin. *Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 26, p. 167-184, 2009.



# A APROPRIAÇÃO DA CULTURA NEGRA PELO CAPITALISMO

The appropriation of black culture by capitalism.

Wanessa Wollinger<sup>1</sup>  
Helora Pereira Gabriel Freitas<sup>2</sup>

- 
- 1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Especialista em Direito Processual Penal e Penal (Escola Superior do Ministério Público). Especialista em Direito Notarial e Registral (Anhananguera-Uniderp). Pesquisadora vinculada ao Núcleo de Estudos em Gênero e Raça (NEGRA/UNESC) e ao Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Professora de prática processual penal da UNESC. Oficial Registradora do Ofício de Registro Civil, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas da Comarca de Imaruí/SC. Diretora da Comissão do Instituto de Títulos e Documentos e Pessoas Naturais e Jurídicas do Estado de Santa Catarina (IRTDPJSC). Contato: wanwollinger@unesc.net.
  - 2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Especialista em Direito Processual Civil (Anhanguera-Uniderp). Especialista em Direito Constitucional (Anhanguera-Uniderp). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal (Faculdade Damásio). Pesquisadora vinculada ao Núcleo de Estudos em Gênero e Raça (NEGRA/UNESC) e ao Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Servidora Pública do Ministério Público de Santa Catarina. Contato: heloragabriel@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

É necessária a análise do envolvimento do Estado no sistema capitalista para entender a relação que se estabelece entre o capitalismo e o racismo, bem como a própria relação com a estrutura da ordem social vigente para verificar o motivo e modo que essa ideologia vai se reproduzir nas instituições e estruturas que são mantidas pela burguesia, de forma a eternizar o racismo na malha social e transmitir por gerações.

Quando se pensa em um estado capitalista deve-se ter em mente quais são as exigências necessárias para a compreensão das condições estruturais do sistema. As relações sociais que são mediadas pelo Estado possuem relação de poder com ideologias justificadoras de dominações de grupos, classes sociais ou indivíduos de uma sociedade.

No que se refere especificadamente à apropriação cultural, é a definição do antropólogo Rodney William (apud REZENDE, 2021):

a apropriação cultural é um mecanismo de opressão por meio do qual um grupo dominante se apodera de uma cultura inferiorizada, esvaziando de significados suas produções, costumes, tradições e demais elementos. É uma estratégia de dominação que visa apagar a potência de grupos histórica e sistematicamente inferiorizados, esvaziando de significados todas as suas produções, como forma de promover seu genocídio simbólico. Apropriação cultural e racismo são temas imbricados.

Quando se fala de um Estado capitalista e burguês, com a exploração da mão de obra da classe trabalhadora e os meios de produção realizado pela classe tida como dominante, o Estado tem importante e fundamental papel nessas relações políticas, devendo atuar para impedir os antagonismos e os conflitos que possam destruir a vida social.

O resumo expandido a ser apresentado pretende problematizar essa apropriação cultural como um fenômeno que se desenvolveu no contexto do capitalismo em seu processo de expansão global, bem como estabelecer a relação existente com o racismo.

Para tanto ele será estruturado em três tópicos a saber:

O primeiro pretendendo uma introdução com a demonstração do racismo estrutural advindo do Estado em razão da relação de poder exercida, a ideia é de estabelecer a relação existente entre o racismo e o Estado capitalista e, nesse sentido, trazer a ideia de Silvio de Almeida no

sentido de que “o racismo é um aparato neutralizador da consciência dos sujeitos diante da realidade concreta que os cerca, [...] a ideologia racista de dominação estrutura mecanismos de controle que, dentro das relações raciais/sociais da sociedade capitalista, se caracterizam como processos sociais de “assujeitamento”” (2021).

No segundo, pretende-se estabelecer liame entre o capitalismo e o racismo, lincando com as relações de poder do Estado.

E o terceiro e último, estudar a transformação da cultura negra em mercadoria e o esvaziamento dela de outros significados para lhe imprimir um significado comercial, estético e de entretenimento.

No resumo, buscar-se-á apresentar os antagonismos existentes no conflito político das classes sociais e os mecanismos utilizados pelo Estado para o controle da classe trabalhadora. Não se pensa estar equivocada a propagação da cultura negra de acordo com o interesse do capitalismo (lucro), o que se busca com a pesquisa é demonstrar a relação disso com a deslegitimação de toda uma história de lutas e resistências, expandindo a informação sobre determinada cultura de forma comercial sem, contudo, repassar o conhecimento da origem e desprotagonizando a história.

## **ESTADO COMO PROPAGADOR DO RACISMO**

Antes de adentrar propriamente no liame existente entre Estado e Racismo, necessário, primeiramente, estabelecer uma rápida conceituação do que seria Estado e racismo.

Nos livros escolares, o Estado seria um ator internacional e agente de produção e transformação do espaço geográfico, ou seja, para existir, deve possuir território próprio e soberania. Corresponde a um conjunto de instituições no campo administrativo e político que acaba organizando esse espaço.

São inúmeras as controvérsias existentes para a definição de Estado, porém, é importante dizer serem duas as premissas para estabelecer a relação entre Estado e racismo. Ou seja, as teorias de Estado estão relacionadas diretamente com a teoria econômica e, as concepções de racismo, acabam trazendo uma teoria do Estado (ALMEIDA, 2020, p. 88).

Quanto ao termo racismo, é comum o entendimento no sentido de ser um ato ou fala discriminatórios. A legislação brasileira também sugere um significado estático ao tema, quando aparece como um ato intencional e arbitrário de um indivíduo em relação a outro, com ações

baseadas em julgamentos negativos sobre membros de outro grupo racial. Porém, como bem salienta Adilson Moreira (p. 39, 2019), ao contrário das sugestões de muitos juristas e sociólogos o racismo tem muitos significados, cada um deles ajuda na compreensão das suas diversas dimensões. Para tanto, precisa-se entender o racismo como uma ideologia e uma prática em constante transformação e que, a depender do momento histórico, assume diferentes conceitos e formas. (MOREIRA, p. 40, 2019).

Aqui neste resumo expandido, pretende-se falar do racismo como relação de poder, em especial na sua forma estrutural, diretamente ligada ao Estado. O racismo estrutural é gênero dos quais surgem outras espécies, a exemplo do racismo individual e institucional (ALMEIDA, 2020).

O Estado e todas as instituições estendem seu poder sobre a sociedade valendo-se do racismo, contribuindo para a consolidação de uma supremacia branca, ou seja, transcendem o poder de um grupo sobre outro (MUNANGA, 2022).

Assim, mencionada a forma estrutural do racismo, importante estabelecer um liame entre este e o Estado. Sendo o Estado uma forma política, o racismo não seria alimentado se não existisse essa estrutura estatal classificando pessoas e dividindo por classes e grupos (ALMEIDA, 2020, p. 87).

O racismo se desenvolveu no Brasil de uma forma “maquiada”, haja vista nunca ter sido legitimado pelo Estado, sendo ainda muito presente nos discursos de harmonia racial e não racialista. Existe, ainda, no imaginário da população brasileira a chamada “democracia racial”, ou seja, a ideia de que o racismo não existe e de uma igualdade entre as raças. (SCHUCMAN, 2020).

Antonio Sérgio Alfredo Guimarães (2012, p. 200), esclarece ser essa a visão mais perversa do racismo, negando, segregando, discriminando e limitando parcela da população ao acesso de bens, serviços, emprego e direitos à cidadania.

Como visto, o racismo é consequência da própria estrutura social, ou seja, é estruturante. Isso quer dizer que é visto de forma normal na constituição das relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares. E, assim, é viabilizado justamente na própria organização política, econômica e social de uma sociedade. (ALMEIDA, 2020, p. 50).

Nessa perspectiva estrutural, o racismo pode ser desdobrado como político e histórico. Político, pois, sendo esse processo de influência discriminatória sobre a população, acaba dependendo do poder político,

visando alcançar grupos inteiros. Essa politicidade pode ser observada em duas dimensões, a institucional e a ideológica. E bem delimita Silvio Almeida (p. 54, 2020):

- a) dimensão institucional: por meio da regulação jurídica e extrajurídica, tendo o Estado como centro das relações políticas da sociedade contemporânea. Somente o Estado pode criar os meios necessários – repressivos, persuasivos ou dissuasivos – para que o racismo e a violência sistêmica que ele engendra, sejam incorporados às práticas cotidianas;
- b) dimensão ideológica: como manter a coesão social diante do racismo? A política não se resume ao uso da força, como já dissemos. É fundamental que as instituições sociais, especialmente o Estado sejam capazes de produzir narrativas que acentuem a unidade social, apesar de fraturas como a divisão de classes, o racismo e o sexismo. É parte da dimensão política e do exercício do poder a incensante apresentação de um imaginário social de unificação ideológica, cuja criação e recriação será papel do Estado, das escolas e universidades, dos meios de comunicação de massa e, agora, também, das redes sociais e seus algoritmos. [...]

O racismo também é um processo histórico, não podendo ser compreendido tão somente como uma derivação dos sistemas econômico e político na medida em que se manifesta de maneira circunstancial e específica e em conexão com as transformações sociais (ALMEIDA, 2020, p. 55).

O Brasil como sociedade hierarquizada e personalista que é não pode deixar de ser racista apenas combatendo os valores negativos, mas, sim, por meio de ações positivas advindas do Estado, aliás, do próprio Estado que há tempos vem perpetuando e disseminando o racismo na sociedade.

Essas condições sociais podem e devem ser revertidas por meio de ações afirmativas, combatendo-se as falácias de sua aplicação. A justiça da aplicação das ações afirmativas está em ela constituir uma defesa da desracialização e não propriamente um ataque às elites e seus privilégios.

Logo, parafraseando Silvio de Almeida (2020, p. 91), pode-se dizer que o Estado é a “relação material de força”, ou melhor dizendo, uma forma específica de poder e dominação e, nesse sentido, estabelece-se uma relação entre a formação do Estado contemporâneo e a constituição das relações econômicas capitalistas.

## FALANDO DO CAPITALISMO

O capitalismo é definido como uma relação social em que detentores de dinheiro, dos meios de produção e trabalhadores assalariados relacionam-se com o fim de produzir lucro. Assim, ele se define como um processo socialmente orientado para o acúmulo de capital. (ALMEIDA, 2022)

Como visto acima, o racismo é diretamente ligado à relação de poder, portanto, embricado ao próprio Estado. Assim, repensar a articulação entre questões de nação e questões de classe é pensar na racialidade como algo que atravessa as relações e se radica na estrutura do capitalismo.

Para os autores Balibar e Wallerstein (2021) o capitalismo é definido como um “sistema-mundo”, ou seja, vai organizar todas as relações econômicas e, a despeito de seus desenvolvimentos desiguais em torno do planeta, esses desenvolvimentos são combinados por uma força econômica centrífuga no sentido de que se estabelece um eixo no qual todas as outras economias dependentes orbitam ao seu redor. Ao mesmo tempo, hierarquiza as relações entre as áreas centrais do capitalismo, as semi-periféricas e as periféricas. Para estabilizar essas relações, são necessárias usar formas de gestão e controle não muito conhecidas, ou seja, a divisão internacional do trabalho e os sistemas interestatais de controle monetário e financeiro.

Na mesma obra, os autores (BALIBAR, WALLERSTEIN, 2021) vão responder algumas perguntas centrais e, em especial, o que esse “sistema-mundo” tem em comum com a permanência e renascimento do racismo contemporâneo. Para eles, o primeiro motivo seria o fato de que as desigualdades foram submetidas pela própria morfologia que organiza as relações de capital e trabalho, junto, ainda, com a relação do Estado Nacional. Permitir a construção de comunidades racializadas e por outro lado, paradoxalmente, racistas, cria-se comunidades que se estabelecem em torno do signficante raça. A construção de nacionalidade passa por um processo de construção do imaginário fundamentado pela exclusão do outro.

Balibar e Wallerstein (2021) trazem, ainda, o conceito de racismo diferencialista, de forma bastante detalhada fazem uma construção incrível acerca do conceito, porém, sintetizando, para fins meramente didáticos, esse racismo se trata da tentativa de consolidação de uma diferença irreduzível e absoluta que, por dedução, circunscreve os indivíduos numa espécie de genealogia. Isso fomenta a divisão, diferença e racismo como nos grupos de extrema direita da Europa.

E por fim, em razão da pergunta antes mencionada, existe uma segunda vertente que seria o fato da elitização da força de trabalho, representando uma hierarquia das ocupações e remunerações com tendências de se correlacionar e ajustar as formas de organização da vida social. Ou seja, a forma de estruturação do capitalismo absorve as desigualdades geradas pela escravidão nas áreas colonizadas e também a forma de discurso excludente do racismo, o seu imaginário comunitário, o seu identitarismo (BALIBAR, WALLERSTEIN, 2021).

No tópico anterior, estabeleceu-se relação entre Estado e racismo, porém, não se pode deixar de lado que o Estado é a forma política do capitalismo. Assim, como bem afirma Silvio Almeida (2022), “em uma sociedade dividida em classes e grupos sociais, o estado aparece como unidade possível, em uma vinculação que se vale de mecanismos repressivos e material-ideológicos”.

O capitalismo organiza a sociedade, assim, ele é o determinante social mais geral e mais poderoso. Para Estado manter as estruturas socioeconômicas, sem comprometimento da sua unidade relativa à capacidade da garantia da ordem econômica e política são necessárias alterações das relações de força e dos conflitos sociais (ALMEIDA, 2022).

Existe evidente conflito social entre capital e trabalho assalariado na sociedade capitalista, porém, não se descarta outros conflitos, os raciais, sexuais, religiosos, culturais e regionais. O entendimento dessa dinâmica é necessário para se compreender o capitalismo, pois, como visto, a dominação de classes se realiza nas mais variadas formas de opressão. Para Almeida (2022) a relação existente entre o Estado e sociedade não está resumida à troca e produção de mercadorias, as relações de exploração e opressão se tornam aspectos importantes para a definição acerca do modo de intervenção do Estado, bem como na organização dos aspectos gerais da sociedade.

Não é demais dizer que, historicamente, o fim da escravidão no Brasil foi um resultado conjunto da luta dos negros por liberdade, da pressão inglesa para ampliação do seu mercado consumidor, bem como a própria lógica do capitalismo. E, assim sendo, embora exista a narrativa de que o capitalismo está alicerçado e se alimenta com a exploração laboral na ânsia por acúmulo de capital, fica evidente que a inserção dos negros no mercado de trabalho se dão em piores condições em consequência do racismo.

E não é só, como se verá adiante, o capitalismo não apenas sobrevive com a exploração laboral dos negros (forma mais conhecida de interligação do capitalismo com o racismo) mas, também, da apropriação cultural dessa população.

## **APAGAMENTO CULTURAL**

Rodney William, ao falar sobre a apropriação cultural, traz a tona uma diversidade de significados, uma definição a qual ele entende correta, porém, não corresponde a proporção dos debates em torno dela, seria aquela de que se traduz em um “mecanismo de opressão por meio do qual um grupo dominante se apodera de uma cultura inferiorizada, esvaziando de significados suas produções, costumes, tradições e demais elementos” (p. 28, 2019). Não se pretende aqui esgotar todas as conceituações dadas brilhantemente pelo autor citado, mas, tão somente, introduzir o leitor de forma simplista e didática ao assunto a ser tratado.

Como os demais tópicos tratados, apropriação cultural, capitalismo e racismo estão imbricados, no sentido de ser uma estratégia de dominação de grupos inferiorizados, promovendo um genocídio simbólico.

A palavra genocídio acaba trazendo uma conotação forte e impactante, ainda mais quando se acredita no mito da democracia racial. Essa palavra foi trazida com bastante ênfase na obra de Abdias Nascimento (1978), no sentido de tentativa de extermínio da raça negra de forma institucionalizada, sistemática e silenciosa. Nesse mesmo diapasão, pode-se dizer que existe um evidente genocídio da cultura africana, perpetuado pelos brancos mediante o apagamento cultural.

Sabendo-se que a apropriação cultural visa a retirada de elementos específicos de uma cultura, colocando-a fora de seu significado e contexto original, chega-se a questão crucial dessa apropriação com o capitalismo, ou seja, ela só é aceita e assimilada após um processo de depuração, com esvaziamento do seu significado, pelos detentores do poder.

No capitalismo, vive-se em estado de consumo, logo, tudo é transformado em produto. Os traços negros contidos nos objetos afros são apagados, principalmente aqueles de possível rejeição, como por exemplo, àqueles que relembram a cultura religiosa do povo africano. E essa é justamente a estratégia do racismo, tornar palatáveis os componentes da cultura apropriada.

William (2019, p. 30), ao falar da confusão da apropriação cultural com o intercâmbio cultural, problematiza o assunto ao mencionar:

Sempre que se confunde apropriação com intercâmbio cultural desconsidera-se que no primeiro caso não existe reciprocidade, ou seja, não há uma troca de experiências, não há compartilhamento entre os grupos. O intercâmbio, por sua vez, não pressupõe a manutenção de um dominante. Além de ser marcada pela submissão de uma cultura sistematicamente oprimida, a apropriação desvela as estratégias sofisticadas do racismo e se impõe como um entrave para a afirmação de segmentos minoritários. A questão é grave, embora muitos ainda avaliem como uma banalidade. A utilização de artefatos rituais indígenas ou de elementos sagrados do candomblé como adereços de moda ou simples peças decorativas, desrespeitando todas as significações e o peso histórico e simbólico que possuem, deve ser considerada uma ofensa.

Ao se tomar as manifestações culturais de um povo, desvirtuando seu sentido, não se está apenas promovendo uma apropriação, mas, sim, realizado um verdadeiro apagamento de um povo, ou seja, o próprio genocídio como visto. Falando-se abertamente, essa apropriação é fruto da exploração de elementos culturais por indivíduos que não fazem parte dessa cultura, agravado, no Brasil, pela crença de que “pretos e brancos convivem harmoniosamente, desfrutando iguais oportunidades de existência, sem nenhuma interferência, nesse jogo de paridade social, das respectivas origens raciais ou étnicas”. (NASCIMENTO, 1978, p. 41).

E pode-se dizer que essa crença da democracia racial, no Brasil, foi sustentada pela própria cultura, afinal, existe o argumento de que samba, feijoada e capoeira são “nossos”, numa conotação de ser do povo brasileiro como um todo sem distinções, sem, contudo, demonstrar a face das hierarquias de cultura, raça e poder. (MUNANGA, 2020).

E aqui, quando se fala de apropriação cultural, fala-se sobretudo da dominação de um povo sobre outro. Para as pessoas negras, essa apropriação tem início na própria escravidão, quando os senhores se apropriaram de seus corpos, de suas técnicas de trabalho e da produção, apossando-se das suas obras sem o devido crédito aos seus autores, haja vista possuírem a propriedade sobre o corpo negro, legitimando a maior atrocidade da história. (WILLIAM, 2019).

Diz-se que o problema da apropriação cultural se desenvolveu no contexto do próprio capitalismo e, dentre muitas razões, lista-se ao menos três: uma porque a indústria cultural transforma qualquer cultura em mercadoria, descaracterizando suas origens e significados para tornar essa mercadoria mais atrativa do ponto de vista comercial; outra razão é a própria globalização, não só em decorrência da migração, como também com o avanço da tecnologia e, por fim; a formação de grupos políticos para a reivindicação de direitos vinculados à identidade cultural. Estes últimos, são os movimentos sociais visando o resgate da ancestralidade, buscando elementos originários de seu povo para ressignificação e enfrentamento do racismo (REZENDE, 2022).

Quanto a questão do capitalismo nas práticas culturais, REZENDE (2022), traz a fala de Rosane Borges:

A pesquisadora Rosane Borges explica que isso é um processo inevitável na estrutura capitalista do mundo: “eu gosto muito de uma frase do [Walter] Benjamin que diz o seguinte ‘o capitalismo coloniza tudo, ele só não coloniza o que a gente tem de mais esquisito’. Então, a gente vê que do ponto de vista da difusão de determinadas práticas e do consumo dessas práticas culturais, o mercado se apropria, ele reelabora e isso é inevitável num mundo capitalista”.

A exploração comercial em uma sociedade desigual e racista, tende a apagar, descaracterizar e esvaziar as identidades culturais, readequando-as aos padrões dominantes para o amplo consumo. Vários são os exemplos que podem ser elencados para ilustrar aludida afirmação. É bastante comum, no mundo da moda, da música, da culinária, esportes, entre outros. O detentor do poder se vale da identidade apropriada, descaracterizando-a e fornecendo nova identidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A abolição da escravidão não acabou com a dominação econômica das pessoas negras. O fim da escravidão e a falsa transformação das pessoas negras em assalariados e consumidores, apenas ressaltou uma nova forma de dominação, jogando essas pessoas nos empregos mais subalternizados existentes e apropriando-se de suas culturas. O sistema econômico do Brasil, além de ter se sustentado na escravidão e extermínio de povos julgados inferiores e, aqui ressaltam-se não serem apenas as

pessoas negras, mas os indígenas e outros povos, ainda reserva aos negros a exploração do trabalho, da sua arte e cultura.

A exploração econômica não se resumiu na apropriação do fruto do trabalho, mas, também, apagando a sua cultura, apropriando-se dela e dando nova significação visando essencialmente o lucro.

O que se pretendeu no presente resumo foi trazer algumas breves reflexões visando colocar em evidência a necessidade de se pensar em novas formas de transformação social, política e econômica, com a finalidade de materializar, sem se apropriar e descaracterizar, as produções artísticas das pessoas negras, inclusive, sem atravessar uma relação de exploração mercantil.

Como se está diante de um problema estrutural, essa prática é de responsabilidade do Estado, na medida em que deve responsabilizar as indústrias que lucram com essa apropriação, ou seja, mediante ações afirmativas de proteção a essa cultura. Não se pode deixar de ter em mente que o Brasil é um país capitalista, logo, tudo vira mercadoria nessa sociedade.

O genocídio da população negra, seja em relação ao apagamento de suas origens ou mesmo em relação à relegação dessas pessoas aos trabalhos subalternizados perpetuado pelo sistema capitalista, continua e é alimentado pela desumanização. A apropriação cultural é apenas mais uma parte nessa teia de discriminação e racismo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz. *Estado, direito e análise materialista do racismo*. In: Celso Naoto Kashiura Junior; Oswaldo Akamine Junior, Tarso de Melo. (Org.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário.

ALMEIDA, Silvio Luiz. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Ed. Jandaíra, 2020.

ALMEIDA, Silvio Luiz. *Capitalismo e crise: o que o racismo tem a ver com isso?* Publicado em 23/06/2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/06/23/capitalismo-e-crise-o-que-o-racismo-tem-a-ver-com-isso/> Acesso em 02/03/2022.

BALIBAR, Étienne; WALLERSTEIN, Immanuel. *Raça, nação, classe : as identidades ambíguas* [recurso eletrônico] - 1. ed. - São Paulo : Boitempo, 2021.

disponível em: <file:///C:/Users/wanwo/Documents/UNESC/Mestrado/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20e%20projeto/Ra%C3%A7a%20na%C3%A7%C3%A3o%20e%20classe%20-%20Balibar.pdf> acesso em 02 fev. 2022.

MOREIRA, Adilson. *Racismo Recreativo*. São Paulo: Pólen, 2019.

MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. Disponível em: <file:///C:/Users/wanwo/Documents/UNESC/Mestrado/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20e%20projeto/Ra%C3%A7a%20e%20racismo%20-%20Munanga.pdf> acesso em 02 de fev. 2022.

MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra S/A, 1978.

REZENDE, Milka de Oliveira. “Apropriação cultural”; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/apropriacao-cultural.htm>. Acesso em 24 de fevereiro de 2022.

SCHUCMAN, Lia Vainer. *Sim, nós somos racistas: estudo psicossocial da branquitude paulistana*. *Psicologia & Sociedade*, v. 26, n.1.

SCHUCMAN, Lia Vainer. *Entre o encardido, o branco e o branquíssimo. Branquitude, hierarquia e poder na cidade de São Paulo*. São Paulo: Veneta, 2020.

WILLIAM, Rodney. *Apropriação Cultural*. São Paulo: Pólen, 2019.

# BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEXTO HISTÓRICO DE PRÁTICAS CLIENTELISTAS NA POLÍTICA DURANTE O PERÍODO DITATORIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA

Brief considerations on the historical context of clientelistic practices in politics during the dictatorial period and its consequences for Brazilian democracy

Vanessa Thomas Becker<sup>1</sup>  
Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>

- 
- 1 Vanessa Thomas Becker, Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Bolsista CAPES, modalidade II; Integrante do grupo de pesquisa, desenvolvido na UNISC, “Controle interno da administração pública no enfrentamento da corrupção: ações preventivas e curativas; interseções com o compliance; estudo de casos”. E-mail: vanessa.tbecker@hotmail.com.
  - 2 Rogério Gesta Leal, Doutor em Direito pela Universidade de Santa Catarina (USFC), com pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coruña, Espanha. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Coordenador do grupo de pesquisa, desenvolvido na UNISC, “Controle interno da administração pública no enfrentamento da corrupção: ações preventivas e curativas; interseções com o compliance; estudo de casos”. E-mail: gestaleal@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente resumo aborda a temática sobre a democracia desenvolvida no Brasil, promovendo uma breve análise quanto às práticas que influenciam o comportamento político atual, especialmente quanto à relação entre políticos e eleitores. Nesse contexto, levanta-se o questionamento de que a bagagem oriunda do período ditatorial influencia na manutenção de práticas clientelistas que maculam o desenvolvimento democrático no país. O escopo foi analisar como a internalização da democracia no contexto social dos brasileiros pode influenciar na prática da cidadania ativa, a fim de contrapor-se aos prejuízos causados pela bagagem histórica de práticas clientelistas oriundas do período ditatorial. Utilizou-se, para o desenvolvimento, o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica.

## DESENVOLVIMENTO

A democracia constitucional brasileira, em seu contexto atual, sobreveio de um longo período autoritário. Em razão disso, a percepção dos cidadãos brasileiros quanto a um Estado que pressupõe a participação popular como ferramenta essencial para o seu adequado funcionamento demonstra-se, por vezes, insuficiente. Tal cenário se reforça pela própria história política brasileira.

Diniz (1982), em um contexto de bipartidarismo que permeou a Ditadura Militar iniciada em 1964, discorreu sobre o fenômeno de atuação da máquina política, que desenvolveu suas relações com eleitores e potenciais apoiadores pautadas no clientelismo. Nas palavras da autora (1982, p. 27) as relações se perpetuavam a partir de “incentivos e recompensas materiais na estruturação e funcionamento das máquinas políticas”. Tal prática se consumava por meio de condutas que visavam à concessão de vantagens particulares, por meio da alocação de recursos ou influência pública, aos potenciais apoiadores.

Nesse contexto, identifica-se que a finalidade política de um governo relacionava-se mais com a garantia de obtenção do poder, do que com o desenvolvimento de projetos de melhoria de condições sociais. A máquina política utilizava-se da Administração Pública para a garantia de interesses particulares e em consequência, perpetuou que os cidadãos

o façam de igual forma, mesmo que a obtenção das vantagens de finalidades pessoais desses seja de relevância mais objetiva e imediata.

Essa descrição quanto à relação entre políticos e eleitores e suas motivações, embora se refira ao período ditatorial, de forma corriqueira é identificada na atualidade. Tal modo de operação não é uma prática que ficou no passado; foi transposta para atuação dos governantes no modelo democrático inaugurado no ano de 1988. Para Leal (2020, p. 32):

É preciso lembrar que as relações clientelísticas em geral, e especialmente no Brasil, sempre foram marcadas pela (in)capacidade dos gestores, maior ou menor, de resolver os conflitos dentro da sociedade onde os recursos são escassos, alocando os benefícios de forma a gerar um mínimo de aceitação entre os participantes. Isto tem amortecido determinadas reações de indignação e resistência social a tais tipologias governamentais, mantendo a Sociedade Civil em letargia política, agudizando sua ausência nos processos de tomada de decisão, formatação, execução e avaliação de políticas públicas.

Identifica-se que a manutenção de tais práticas desvirtuadas na relação da formação do cenário político entre eleitores e representantes ocorre em detrimento do desenvolvimento das instituições sociais e democráticas, bem como da própria partição popular na formação da vontade política. O estímulo à permanência do desenvolvimento das relações políticas pautadas em concessões de benesses a partir da alocação de cargos, verbas ou serviços públicos, ou seja, em práticas clientelistas “representa um importante mecanismo de controle social em benefício de uma dada constelação de interesses dominantes” (DINIZ, 1982, p. 45).

A manutenção do clientelismo na formação da vontade política do país tende a prejudicar o desenvolvimento das instituições democráticas, bem como o avanço nas condições de melhoria social, pois objetiva a permanência do status quo, ou seja, a manutenção de benesses, a partir dos recursos públicos, para um grupo privilegiado e restrito de participantes-beneficiados. Tal prática destoa profundamente dos fundamentos da Constituição de 1988, no que diz respeito à finalidade democrática e o ideal republicano, em que a administração da coisa pública deve ser desenvolvida em prol de melhorias coletivas para o povo.

A permanência da formação da vontade política pautada na obtenção de privilégios pessoais ou de grupos afasta o cidadão da lógica do

Estado Democrático de Direitos. Nesse sentido, Leal (2020, p. 2) descreveu que essas práticas “tem amortecido determinadas reações de indignação e resistência social a tais tipologias governamentais, mantendo a Sociedade Civil em letargia política”. O autor (2020, p. 32) sustenta, ainda, que essa relação de dependência das práticas clientelistas entre políticos e eleitores só pode ser superada “na medida em que a mobilização da sociedade, conjuntamente com o alargamento dos direitos civis e políticos a um maior número de pessoas, ganha fôlego e escala significativos”.

Para tanto, a compreensão do ideal democrático pelos cidadãos demonstra-se como fator determinante para a superação da bagagem formativa oriunda do período ditatorial. Caso contrário, mantém-se a tendência, pelos cidadãos brasileiros, em não reconhecerem-se como peça fundamental do desenvolvimento democrático. Em consequência, identifica-se a ausência de democratização das instituições em que o cidadão está inserido, tal como a família, o ambiente de trabalho, entre outros espaços de tomada de decisão.

Ao encontro dessa interpretação, Bobbio (2001, p. 155) discorre que o “processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta”, pressupõe, especialmente, a democratização de todas as instituições sociais. O autor (2001, p. 155) sustenta que a democratização deve ser “entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo”.

A ausência da internalização da democracia no cotidiano do cidadão brasileiro influencia o desenvolvimento de todo o cenário político do país. As instituições públicas expandem-se às avessas da democracia, uma vez que para sua composição e atuação mantêm práticas ultrapassadas de favorecimento e clientelismo. Isso acarreta em uma distorção do desenvolvimento das instituições democráticas, o que, conseqüentemente, afasta o cidadão da prática política e enfraquece a percepção quanto a sua essencialidade nesse processo.

Leal (2020, p. 74) sustenta que “a Democracia Representativa brasileira tem fomentado muito mais o afastamento da cidadania do espaço público do que a atraído para a participação”. A ausência de participação popular na vida política foi descrita por Bobbio (2018, p. 58) como “apatia política”. O autor (2018) pontua que a renúncia de participação direta e comprometida por parte do povo traz conseqüentes prejuízos à demo-

cracia. O contexto atual do país, recheado de escândalos de corrupção envolvendo representantes políticos, reforça essa ideia.

A insatisfação com as instituições políticas, no contexto brasileiro, tem-se mostrado evidente por parte dos cidadãos ao ponto que não se sentem representados e atendidos pela política institucional desenvolvida no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Heller e Fehér (2002, p. 29) descrevem que atualmente há uma ideia de “sociedade insatisfeita” e que essa “insatisfação geral atua como uma vigorosa força motivacional na reprodução das sociedades modernas”. Frente a essa colocação, considerando o contexto de insatisfação com o meio político, não resta alternativa senão que o movimento de reformulação das práticas políticas parta dos próprios cidadãos.

O rompimento desse ciclo de prejuízos só pode ocorrer pelo exercício da cidadania ativa, aqui entendida como educação política, em que “supõe que os próprios interessados se transformem em novos sujeitos políticos. E, assim, recuperem o sentido verdadeiro de cidadania ativa e de participação popular” (BENEVIDES, 1994, p. 14). A promoção da cidadania deve ser habitual, ao ponto dos cidadãos serem contaminados pelos ideais democráticos, de uma forma que será impossível, segundo Bobbio (2001), desvincular-se de sua promoção e efetivação nas mais diversas instâncias da vida cotidiana, inclusive, na esfera política, por meio da escolha e da fiscalização de seus representantes.

A partir do demonstrado, entende-se que a consolidação da democracia brasileira, relaciona-se, especialmente, com a educação dos cidadãos para o ideal democrático e republicano. A ausência de uma consciência cidadã é prejudicial para o desenvolvimento de todas as instituições. O povo brasileiro precisa efetivar-se como cidadão, lutando por seus direitos e assumindo o compromisso com a democratização de suas instituições para que, possa enfim, compreender que “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia de direitos fundamentais que o povo vai conquistando” (SILVA, 2005, p. 126).

O ciclo vicioso que afasta o cidadão da política, como visto, se trata de um programa para a manutenção de privilégios, projeto fomentado pela máquina política desde os contextos formativos do cenário democrático brasileiro em 1988. O rompimento com essa conjuntura exige a internalização da democracia por parte dos cidadãos brasileiros, ao ponto

que essa ausência prejudica o desenvolvimento de todas as instituições do cotidiano, especialmente, as políticas.

Ademais, o não rompimento com esse ciclo de prejuízos macula a prática da cidadania como corretivo de falhas das instituições democráticas. Assim, infere-se que a compreensão do ideal democrático pelos cidadãos demonstra-se como fator determinante para a superação de sua apatia política e a reprodução de condutas capazes de estimularem a oxigenação das práticas desenvolvidas nas instituições políticas, tão necessárias para o contexto democrático atual.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considera-se que o desenvolvimento democrático a partir de origens autoritárias no Brasil, especialmente pela atuação da máquina política, culminou em uma internalização pelos cidadãos brasileiros de que o desenvolvimento político relaciona-se com a concessão/obtenção de benesses a partir de práticas clientelistas. A manutenção de tais práticas desvirtuadas na relação da formação do cenário político entre eleitores e representantes ocorre em detrimento do desenvolvimento das instituições sociais e democráticas, bem como da própria participação popular na formação da vontade política.

Diante desse cenário, faz-se essencial que os cidadãos compreendam que os mecanismos de desenvolvimento das práticas políticas pautadas no clientelismo são uma ferramenta de manutenção do status quo na sociedade, influenciando os cidadãos a permanecerem apáticos e pouco interessados no desenvolvimento da política. Todavia, por meio da internalização da democracia, especialmente com a democratização dos ambientes sociais, bem como com a ampliação da participação popular nos meios de tomada de decisão, pode-se limitar os prejuízos da bagagem histórica oriunda do período ditatorial, uma vez que a prática da cidadania ativa funcionará como um corretivo de falhas no desenvolvimento das instituições democráticas.

## **REFERÊNCIAS**

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e Democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 33, p. 5-16, 1994. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451994000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200002). Acesso em: 5 maio 2022.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

DINIZ, Eli. *Voto e Máquina Política: Patronagem e clientelismo no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. 2 ed. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

LEAL, Rogerio Gesta. *Déficits democráticos na sociedade de risco e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



# MEDIDAS DE NÃO REPETIÇÃO NO CASO *BARBOSA DE SOUZA Y OTROS VS. BRASIL* (2021): O FEMINICÍDIO NA PAUTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Non-repetition measures in the *Barbosa de Souza y otros v. Brazil* (2021): femicide on the agenda of the Inter-American Court of Human Rights

Eliziane Faridin de Vargas<sup>1</sup>  
Júlia Carolina Budde<sup>2</sup>  
Victória Scherer de Oliveira<sup>3</sup>

- 1 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre (2022) e graduada (2020) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos”. Orcid:<[orcid.org/0000-0002-3192-659X](https://orcid.org/0000-0002-3192-659X)>. E-mail:<[elizianefvargas@mx2.unisc.br](mailto:elizianefvargas@mx2.unisc.br)>.
- 2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS, com o projeto: “Aprimoramento dos programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, coordenado pela Profa. Dra. Mônia Clarissa Leal. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional: instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: [budde\\_julia@yahoo.com.br](mailto:budde_julia@yahoo.com.br)/[budde1@mx2.unisc.br](mailto:budde1@mx2.unisc.br). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8934-543X>
- 3 Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado a Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo,

## INTRODUÇÃO

O estudo pretende desenvolver uma análise da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no Caso *Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil*, proferida em 07 de setembro de 2021, ocasião não qual foi reconhecida a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela prestação deficitária do direito às garantias judiciais e pela negligência na condução das investigações e do processo de persecução penal em relação ao feminicídio que vitimou Márcia Barbosa de Souza.

Tomando como base a situação de violência e discriminação estrutural de gênero no Brasil, partindo da análise do caso supramencionado, questiona-se: quais foram as medidas de não repetição estipuladas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão do Caso *Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil*?

Para responder ao questionamento central da pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, assim como, a técnica de pesquisa utilizada foi a documental e bibliográfica.

Objetivou-se, inicialmente, analisar quais os fatores que levam o Estado brasileiro a estar vinculado ao cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, nessa respectiva, apontar para a responsabilidade internacional dos Estados signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica em adotar as legítimas interpretações feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e exercer um efetivo controle de convencionalidade em âmbito interno.

Na sequência, foi desenvolvida uma contextualização da decisão proferida no Caso “*Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*”, trazendo enfoque para os posicionamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à proteção de grupos vulneráveis, imersos em um contexto de discriminação estrutural e interseccional, colacionando os argumentos sobre a violência contra as mulheres e a essencialidade de adotar uma perspectiva de gênero para investigar e julgar casos de feminicídio. E por fim, averiguar quais foram as medidas de não repetição de violações aos direitos humanos das mulheres definidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos diante do julgamento do caso.

---

do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Suzéte da Silva Reis. E-mail: vicscherer07@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-4708-7145>

## DESENVOLVIMENTO

A Convenção Americana de direitos humanos ou Pacto de São José da Costa Rica é um importante instrumento de consolidação do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos (BORGES, 2018, p. 109). Tendo entrado em vigor em 18 de julho de 1978, a Convenção Americana não só prevê uma série de direitos, assim como, institui como órgãos do Sistema Interamericano a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (BORGES, 2018, p. 107)

Voltando os olhares mais especificamente para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto órgão jurisdicional regional, essa permanece encarregada por assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados signatários da Convenção Americana; mas não só isso, tendo igual competência para “emitir pareceres consultivos, así como juzgar demandas relativas a violaciones de derechos humanos por los Estados que hayan reconocido como obligatoria, en los términos del artículo 62.2 de la CADH, la competencia de la Corte.” (LEAL, 2018, p. 272)

Ressalta-se que o Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, através do Decreto n. 4.463/2002, passando, a partir disso, a estar atrelado, no que diz respeito a sua atuação interna, aos precedentes do *corpus iuris* interamericana, ou seja, o Estado brasileiro passa a estar vinculado à adoção não só das legítimas interpretações desenvolvidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os alcances da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos demais tratados de direitos humanos provenientes da OEA, bem como, permanece atrelado a seguir os *standards* jurisprudenciais estabelecidos nas decisões da Corte IDH. (LEAL, 2019, p. 363)

Anota-se que o papel desempenhado pela Corte IDH vai além de mero órgão guardião do Sistema Interamericano, opera também em uma esfera contramajoritária, na defesa dos grupos vulneráveis (LEAL, 2018, p. 283). Assim, importa asseverar que esse procedimento da “jurisdição internacional sobre violações de direitos humanos consagra, pois, a possibilidade de responsabilização internacional do Estado, sendo possível, à Corte IDH, condenar o país submetido à sua jurisdição a procedimento internacional de reparação, de caráter obrigatório.” (LEAL; MAAS, 2020, p. 119)

Especialmente face a casos de violação sistêmica de direitos humanos e de situações de discriminação estrutural, as medidas estabelecidas nas decisões da Corte IDH vão além da mera reparação às partes.

Nesses casos, as decisões de natureza estruturante prolatadas pela Corte IDH preveem medidas que garantem a não repetição da violação, de modo que as “medidas de restituição, reabilitação e de satisfação encontram-se voltadas para a vítima e/ou seus familiares, as garantias de não repetição e a obrigação de apuração para a responsabilização penal visam proteger o direito da coletividade em face de possíveis violações futuras.” (AZEVEDO; LEAL, 2016, p. 454)

Esse foi o caso da decisão proferida no Caso *Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil* (2021), ocasião na qual a Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à integridade pessoal, diante do demasiado atraso durante a investigação e o processo penal que tratava a respeito do feminicídio cometido contra Márcia Barbosa de Souza em 17 de junho de 1998. (CORTE IDH, 2021, p. 62)

Tomando uma perspectiva de discriminação de gênero, a Corte IDH salientou que houve no caso

uma intenção de desvalorizar a vítima por meio da neutralização de valores. Com efeito, durante toda a investigação e o processo penal, o comportamento e a sexualidade de Márcia Barbosa passaram a ser um tema de atenção especial, provocando a construção de uma imagem de Márcia como geradora ou merecedora do ocorrido, e desviando o foco das investigações através de estereótipos relacionados com aspectos da vida pessoal de Márcia Barbosa, que por sua vez foram utilizados como fatos relevantes para o próprio processo. O fato de que era uma mulher representou um fator facilitador de que “o significado do ocorrido se construa com base em estereótipos culturais gerais, ao invés de concentrar-se no contexto do ocorrido e nos resultados objetivos apresentados pela investigação”. (CORTE IDH, 2021, p. 45)

A construção jurisprudencial da Corte IDH concedeu elevado destaque para a situação de violência e discriminação estrutural de gênero que atinge as mulheres no Brasil, reconhecendo que esse fator contribuiu de maneira acentuada para a mora no andamento da persecução penal

A Corte considera verossímil que o homicídio que o homicídio da senhora Márcia Barbosa de Souza tenha sido cometido por razões de gênero, especialmente em razão da situação assimétrica de poder econômico e político com respeito a seu agressor homem

[...] Ademais, apesar dos fortes indícios de que a morte violenta de Márcia Barbosa de Souza foi o resultado de violência de gênero, o Estado não realizou qualquer diligência probatória para determiná-lo. (CORTE IDH, 2021, p. 28-39)

Pretendendo buscar a correção da situação de violência estrutural contra as mulheres, a decisão da Corte IDH elenca um rol de medidas de não repetição a serem implementadas pelo Estado brasileiro, tendo o Estado condenado o prazo de um ano, a partir da notificação da sentença, para que apresente perante a Corte IDH o relatório sobre o cumprimento do disposto na sentença. (CORTE IDH, 2021, p. 63)

Na sequência passamos a expor quais foram as medidas estabelecidas pela decisão e quais as alterações substanciais na situação de violência e discriminação estrutural de gênero são pretendidas com a articulação dessas ações pelo Estado brasileiro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso “Barbosa de Souza e outros vs. Brasil” é determinado que o Estado brasileiro tem o dever de implementar as seguintes medidas de não repetição em âmbito interno:

8. O Estado elaborará e implementará um sistema nacional e centralizado de recopilação de dados que permita a análise quantitativa e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres e, em particular, de mortes violentas de mulheres, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença. 9. O Estado criará e implementará um plano de formação, capacitação e sensibilização continuada para as forças policiais responsáveis pela investigação e para operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça, nos termos do parágrafo 196 da presente Sentença. 10. O Estado levará a cabo uma jornada de reflexão e sensibilização sobre o impacto do feminicídio, da violência contra a mulher e da utilização da figura da imunidade parlamentar, nos termos do parágrafo 197 da presente Sentença. 11. O Estado adotará e implementará um protocolo nacional para a investigação de feminicídios, nos termos dos parágrafos 201 e 202 da presente Sentença. (CORTE IDH, 2021, p. 62-63)

Com as medidas estabelecidas na decisão são criadas diretivas para que o Estado brasileiro adote ações com o intuito de evitar novos casos de cunho semelhante.

## REFERÊNCIAS

BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*: sentença de 7 de setembro de 2021 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2021. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_435\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU, Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 359-377.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad en la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: ARROYO, César Landa. *Derechos Fundamentales*. Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 271-287.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; AZEVEDO, Douglas Matheus de. A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de “dever de proteção” do estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, n. 2, v. 21, 2016, p. 442-461.

# ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Formal and material aspects of the new latin american constitutionalism

Luís Guilherme Nascimento de Araujo<sup>1</sup>  
Clovis Gorczewski<sup>2</sup>

- 
- 1 Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa Prosuc/Capes modalidade II; integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, coordenado pelo Prof. Dr. Clovis Gorczewski. E-mail: guilhermedearaujo@live.com.
  - 2 Orientador. Doutor em Direito pela Universidad de Burgos, pós-doutor pela Universidad de Sevilla e pela Universidad de La Laguna. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: clovisg@unisc.br.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste resumo é abordar os aspectos formais e materiais que definem o Novo Constitucionalismo Latino-americano, notadamente a partir da visão dos autores Dalmau e Pastor (2010). A história das experiências constitucionais da América Latina configurou-se de tal forma que tornou possível a observância de aspectos comuns entre as Constituições de alguns países do subcontinente, não obstante suas diferenças culturais e sociais. Nesse contexto, questiona-se quais são os traços formais e materiais distintivos das recentes constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) que permitem particularizar o movimento constitucional por elas inaugurado como Novo Constitucionalismo Latino-americano. A metodologia empregada no desenvolvimento da presente pesquisa teve abordagem indutiva, pela tentativa de abstrair elementos comuns e generalizantes dos movimentos históricos concretos dos referidos países, observando-se o procedimento analítico por meio da técnica da pesquisa bibliográfica.

## DESENVOLVIMENTO

O Novo Constitucionalismo Latino-americano (NCL) é um movimento histórico que proporcionou transformações nas estruturas jurídico-normativas da América Latina, principalmente a partir das Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009. Por ser bastante recente e, sobretudo, por ser resultado de reivindicações sociais heterogêneas, trata-se de um movimento em conformação (DALMAU; PASTOR, 2010) e, portanto, incipiente em sistematicidade e coesão teóricas. O que se objetiva no presente resumo é a exposição de certos traços comuns entre os dois referidos processos constituintes, em seus aspectos constitucionais formais e materiais, a fim de consolidar as similitudes históricas e jurídicas que permitem a visão mais generalizada de um movimento constitucional regional.

Dalmau e Pastor (2010) sublinham duas perspectivas importantes para a composição da análise do NCL como movimento, a saber, a exterioridade da Constituição, isto é, sua legitimidade como carta política resultante da conjunção de inúmeros componentes extrajurídicos e, ulteriormente, a sua interioridade, ligada à sua força normativa propriamente dita. A partir dessas perspectivas, tem-se que o fundamento último da constitucionalização do ordenamento jurídico, a partir do NCL, advém do entendimento de que a Constituição é resultado do mandato legíti-

mo do constituinte e deve refletir interna e materialmente sua vontade. O NCL, assim, se consolida como uma teoria democrática da Constituição, que tem como problema central a desigualdade social historicamente presente no subcontinente. Segundo os autores, o movimento surge de uma necessidade de superação das estruturas de desigualdade por meio de movimentos sociais que buscaram traduzir suas reivindicações em textos constitucionais com significativa força normativa (DALMAU; PASTOR, 2010).

Para os autores, assim, o primeiro elemento constitutivo do NCL, antes mesmo da análise formal e material dos seus textos constitucionais, é a natureza democrática dos seus processos constituintes, que contrasta com a maioria das experiências anteriores da América Latina, a saber as constituições fundacionais dos países da região e mesmo o constitucionalismo do século XX, marcados, respectivamente, pelo conservadorismo e pelo individualismo liberal (DALMAU; PASTOR, 2010). Foram projetos predominantemente restritos à organização do Estado e ao estabelecimento de alguns dispositivos básicos de uma sistema político apenas formalmente democrático, no mesmo sentido daquilo que é apontado e descrito por Gargarella (2014) quanto às Constituições liberais-conservadoras que fundaram os países latino-americanos e que somente no início do século XXI vão dar lugar a documentos elaborados de forma eminentemente democrática.

Nesse contexto, Dalmau e Pastor (2010) destacam a constituinte venezuelana de 1999 como um ponto inicial para uma nova configuração dos processos constituintes na região. Posteriormente viriam a se consolidar e se repetir aspectos formais dos movimentos democráticos, como os referendos ativadores da constituinte e os referendos de aprovação dos textos constitucionais, e, ainda, traços materiais que exteriorizavam necessidades de combate às estruturas neoliberais de desproteção e desamparo social. Nesse contexto, observa-se o NCL como expressão de uma tentativa de limitação do poder constituinte derivado em favor da ratificação da vontade popular de mudança, resgatando aspectos típicos da teoria inaugural e revolucionária do poder constituinte originário (SOARES; BASTOS, 2021).

Portanto, partindo-se da legitimidade democrática característica dos processos constituintes do NCL, ressaltar-se-ão os aspectos comuns dessas experiências, consoante apontados por Dalmau e Pastor (2010), nos sentidos formal e material. O primeiro traço comum, formalmente considerado, é o caráter inovador ou experimental das Constituições que

resultaram desses processos, traduzido em escolhas jurídico-normativas de incorporação de princípios e institutos próprios em detrimento de outras estruturas tradicionais, a exemplo do conceito de plurinacionalidade e da significativa presença da figura do referendo nas hipóteses e procedimentos de alteração da Constituição. Já o segundo elemento destacado desse movimento é a amplitude dos textos constitucionais. Os autores sublinham a extensão como a expressão da necessidade de limitação do poder constituído para que este considere os princípios e regras estabelecidas detalhadamente e com as máximas implicações (DALMAU; PASTOR, 2010).

Tal característica vem acompanhada do terceiro elemento formal do NCL, a saber, a tentativa de tradução de elementos complexos em linguagem acessível. A complexidade técnica, portanto, necessária para a reconfiguração institucional e jurídica almejada, é acompanhada de acessibilidade linguística e utilização de expressões indígenas e tradução das expressões latinas consagradas no Direito, a exemplo da tradução do *habeas data* para ação de liberdade, na Constituição da Bolívia (DALMAU; PASTOR, 2010). Por fim, tem-se o elemento da rigidez constitucional, compreendida como a busca da perdurabilidade da vontade do poder constituinte originário e ilustrada pela constância com que a vontade popular é considerada por meio de instrumentos de controle social sobre o constituinte derivado (SOARES; BASTOS, 2021).

Quanto aos elementos materiais do NCL, aponta-se para o resgate de uma teoria revolucionária do poder constituinte originário, que cumpre um papel de ruptura com a ordem constitucional anterior, num legítimo fortalecimento da dimensão política desse poder (DALMAU; PASTOR, 2010). Nesse sentido, observa-se o destaque da tentativa de implementação de um governo participativo, que acarreta no segundo aspecto material do NCL, que é a relevância da revisão constitucional pelo cidadão, o que, por sua vez, ilustra o objetivo de construção de um governo democrático por meio da participação direta do povo, que, nos textos constitucionais, é por vezes referida como democracia participativa ou formas de participação democrática (SOARES; BASTOS, 2021).

O terceiro elemento apontado é o da compatibilização entre democracia representativa e democracia participativa pelo estabelecimento de institutos de legitimidade e de exercício de controle social do poder constituinte derivado. Dalmau e Pastor (2010) destacam, nesse aspecto, a criação de procedimentos para a reconstrução da unicidade material entre a sociedade e o Estado, em que este reflete a vontade daquela não

somente por meios convencionais partidários. Ademais, a extensa carta de direitos considerados fundamentais é o quarto elemento material do NLC, em que se destaca o tratamento do sujeito latino-americano individual e coletivamente considerado. Trata-se de um elemento central da inclusão de sujeitos invisibilizados pela história do constitucionalismo liberal. Além disso, a natureza, referenciada *Madre Tierra (Pachamama)*, também é abarcada e tida nessas cartas como sujeito de direitos (DALMAU; PASTOR, 2010).

O quinto elemento comum é a vocação inclusiva quanto às minorias, inclusive pelo reconhecimento de diversidades jurisdicionais. Nesse âmbito, destaca-se a própria consolidação do Estado Plurinacional e dos mecanismo de participação direta nas deliberações democráticas, sendo assegurada a expressão e composição de vontades multiétnicas, dotadas de autonomia para afirmação de ideias quanto aos rumos e configurações do Estado a partir de múltiplas realidades (SOARES; BASTOS, 2021). Como últimas características materiais do NLC, aponta-se o forte controle concentrado de constitucionalidade e a amplitude dos capítulos econômicos nos textos constitucionais.

No que tange à primeira, pode-se notar uma concentração na figura do Tribunal constitucional ou, ao menos, uma configuração híbrida que favorece o controle concentrado, entendido pelos autores como um elemento originalmente revolucionário quando da sua implementação na América Latina (DALMAU; PASTOR, 2010). Quanto à segunda característica, destaca-se que as Constituições do NCL buscam incorporar diversos modelos econômicos, entrelaçando a iniciativa privada com formas de justiça distributiva, bem como abarcando a economia comunitária (DALMAU; PASTOR, 2010). Todas essas assimilações guardam em comum a presença do Estado na proteção dos recursos naturais e na busca de um desenvolvimento econômico alternativo, com relativo destaque para a integração latino-americana para além das visões comercialistas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes às inovações jurídicas dos textos constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009) e às particularidades histórico-sociais dos movimentos que deram vazão a essas Constituições, é possível concluir que se trata de um movimento dotado de caracteres singulares, que permitem afirmar a particularidade dessas experiências como um Novo Constitucionalismo Latino-Americano. O que se intentou no presente

resumo, portanto, foi proporcionar destaque às características fundamentais desse movimento, sobretudo com relação aos aspectos formais e materiais das principais cartas político-jurídicas que ensejaram novas e relevantes formas de expressão das subjetividades locais, numa posição de afirmação de diferentes dignidades em detrimento da invisibilização histórica a que foram submetidas.

## REFERÊNCIAS

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* In: *Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina*, VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: constituciones y principios, México, dez. 2010. Disponível em: <http://latinoamerica.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/134/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism: social rights and the “Engine Room” of the Constitution*. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, v. 4, n.1, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=ndjicl>. Acesso em: 10 jul. 2022.

SOARES, João Gabriel; BASTOS, Elísio. *Novo constitucionalismo latino-americano e histórico de centralização política da América Latina: a necessidade de superação da sala de máquinas para alcançar efetivas plurinacionalidades*. *Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 21, set./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45002>. Acesso em: 12 jul. 2022.

# SENTENÇAS ESTRUTURANTES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: COMPLEXIDADES E CAMINHOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE SENTENÇAS INTERAMERICANAS

Structural sentences and institutional dialogues: complexities  
and ways for the implementation of inter-american sentences

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>1</sup>  
Maria Valentina de Moraes<sup>2</sup>  
Fernanda Freitas Carvalho da Silva<sup>3</sup>

- 1 Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>.
- 2 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo n.º. 88887.156773/2017-00, Edital PGC I n.º 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr.ª Mônia Clarissa Hennig Leal. Pesquisadora do Projeto Integrador vinculado ao Direito Internacional sem Fronteiras. Professora do Centro de Ensino Integrado Santa Cruz – CEISC. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>.
- 3 Graduanda do curso do 5º semestre do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de Iniciação Científica no Projeto ““Fórmulas” de aferição da margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a discorrer a respeito da complexidade que envolvem as sentenças estruturantes, bem como sobre a importância da articulação institucional, sob uma perspectiva dialógica interna, para que estas possam de fato serem cumpridas nos países que reconhecem a competência da Corte Interamericana, sobretudo no Brasil. As sentenças estruturantes refletem a existência de violações sistemáticas e já institucionalizadas, potencializadas em face da interseccionalidade de vulnerabilidades das vítimas, tendo aquelas como objetivo central o dever de proteção estatal de direitos e a não repetição dos fatos.

Diante dos altos índices de não cumprimento total das sentenças interamericanas, busca-se na perspectiva dialógica parte da solução ao problema da (in)execução das determinações no Brasil. Para tanto, tem-se como inquietação o seguinte questionamento “O papel das sentenças estruturantes na efetividade das condenações da Corte Interamericana ao Brasil: qual a importância da articulação institucional a partir de uma perspectiva dialógica das sentenças estruturantes?” Objetivando-se responder o questionamento supramencionado, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e o de procedimento analítico, assim como a técnica de pesquisa bibliográfica.

Primeiramente, como objetivos específicos do presente trabalho, abordar-se-á uma contextualização das sentenças estruturantes proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e o que estas representam na execução das condenações impostas ao Estado brasileiro. Sequencialmente, far-se-á uma explanação a respeito da importância da articulação institucional, partindo-se das teorias dialógicas, a fim de introduzir a compreensão do tema e os reflexos positivos que a adoção de um diálogo entre Poderes pode ter na execução das sentenças condenatórias proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil.

---

de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, de orientação e coordenação da Pós-doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes:<lattes.cnpq.br/9047586188714792>. E-mail: <fernandafcarvalho@mx2.unisc.br>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5867-226X>

## O PAPEL DAS SENTENÇAS ESTRUTURANTES DENTRO DAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS AO ESTADO BRASILEIRO

Primeiramente, importante destacar o reconhecimento, por parte do Brasil, da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1988 – por meio do decreto 4.463 do ano de 2002 – e o fato de que integra do Sistema Interamericano de Direitos Humanos desde o ano de 1992, quando ratifica o Pacto de San José – promulgando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos por meio do Decreto n.º 678. Enquanto tribunal de um Sistema de Direitos Humanos já consolidado, a Corte Interamericana, no exercício do controle de convencionalidade, passa a adotar um mandado transformador especialmente a partir dos anos 2000<sup>4</sup>, com a utilização de mais sentenças de natureza estruturante em sua jurisprudência.

A partir do reconhecimento da força normativa imposta pelos tratados ratificados pelo Brasil, surge, concomitantemente, uma vinculação para o cumprimento de compromissos assumidos por este internacionalmente. Dessa forma, impõe-se ao Estado brasileiro uma responsabilidade na execução desses compromissos internacionais e, especialmente, o cumprimento das sentenças proferidas pela Corte, as quais sustentam-se em medidas protetivas que demandam “não só uma abstenção (proteção negativa), destinada a combater violações de direitos humanos e fundamentais, mas também prestações fáticas e regulatórias (proteção positiva) para assegurar o gozo dos direitos com os quais se comprometeu” (LEAL; MAAS, 2020, p. 121).

O constitucionalismo transformador, embora parta do princípio da interpretação de normas constitucionais que objetivam promover mudanças sociais, encontra na presença constante de vulnerabilidades interseccionadas, bem como de instituições nacionais frágeis um desafio que vai de encontro à proteção estatal vislumbrada na execução das sentenças estruturantes proferidas pela CIDH, o que leva a uma dificuldade na aplicação de uma proteção multinível de direitos e um rompimento na proteção estatal. Importante se faz destacar que as sentenças estru-

---

4 Após análise de todas as sentenças proferidas pela Corte IDH até o ano de 2020 é possível afirmar que a partir dos anos 2000 percebe-se um significativo aumento na utilização das sentenças estruturantes pelo tribunal interamericano: 9 (nove) sentenças entre 1997 e 2002 e, a partir de então, ao menos 55 (cinquenta e cinco), 56 (cinquenta e seis) e 58 (cinquenta e oito) sentenças com reparações de natureza estruturante nos períodos seguintes (2003-2208; 2009-2014 e 2015-2020), respectivamente.

turantes têm como foco a modificação de violações que já se encontram institucionalizadas e atingem atores estatais distintos, não se restringindo apenas ao cumprimento de obrigações pecuniárias, mas sim nas alterações de aspectos legais e de políticas públicas, da mesma forma que visam a criação de capacitações e de meios para a não repetição dos fatos que levaram à condenação (NASH ROJAS, 2015).

Faz-se necessário contextualizar também um termo essencial presente nas sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual não utiliza de forma expressa o termo “dever de proteção estatal” (Schutzpflicht), mas sim utiliza a concepção de um “dever de prevenção” pelo Estado, requerendo que este “articule suas ações de modo a assegurar a proteção aos direitos, sendo passível de responsabilização caso se omita ou não atenda aos parâmetros mínimos fixados pela jurisprudência da Corte IDH.” (LEAL; MAAS, 2020, p. 127). Dessa forma, o simples reconhecimento da proteção dos direitos humanos violados pelo Estado, o qual também é o responsável pela sua proteção (PRONER, 2002), passa a ser interpretado pela ótica da existência de violações já internalizadas dentro da estrutura institucional do país, demandando assim uma proteção mais distinta e aprofundada, responsabilizando e determinando competências a poderes estatais distintos, bem como entes diversos dentro da federação (OSUNA, 2015).

As determinações de natureza estruturante que compõem as sentenças interamericanas identificam-se, portanto, a partir da busca pela não repetição das violações, possuindo um caráter preventivo e preocupado com a modificação de cenários e contextos, nos quais inserem-se as vítimas, marcados por uma marginalização e exclusão social (OSUNA, 2015) no qual vulnerabilidades como as que decorrem de situações de pobreza, do gênero, da raça ou da origem indígena, por exemplo, são potencializadas. As jurisdições nacionais, que trabalham essencialmente a partir de uma lógica de proteção baseada na identificação de vulnerabilidades isoladas e com instrumentos que não contemplam a complexidade de vulnerabilidades interseccionadas (PARRA VERA; FRANCO FRANCO, 2021) não possuem, portanto, mecanismos adequados para executar determinações estruturantes, com se visualiza no Brasil. Frente às complexidades expostas, necessário compreender o que propõem as teorias dialógicas e como a adoção de uma perspectiva de diálogo pode ser parte da solução às dificuldades que cercam a (in)execução de sentenças interamericanas no Brasil.

## **A ARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL E A NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO DE UMA PERSPECTIVA DIALÓGICA INTERNA PARA A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRUTURANTES**

Tendo como ponto inicial o reconhecimento de violações estruturais, o uso das sentenças estruturantes nas condenações impostas aos Estados, pressupõe de alguns aspectos essenciais, seguindo as palavras de Nash. Primeiramente se faz necessário o reconhecimento da omissão do Estado perante a sua obrigação de agir nas situações em que o papel do Estado no reconhecimento e na defesa de direitos se faz inexistente. Porém, quando o Estado age na tentativa de defesa de direitos, tem-se uma ineficiência por parte deste, pois, embora haja uma ação estatal esta não foi suficiente para cessar a violação de direitos (NASH ROJAS, 2015).

Ainda, o envolvimento de entidades estatais, utilizando-se de instituições que possam dar uma resposta a situações de violações de direitos, englobando diferentes ações de entidades distintas do Estado, bem como uma estrutura orçamentária para que de fato esse complexo de entidades e ações institucionais estatais tenham uma ação positiva e satisfatória perante as violações de direitos mostra-se necessário (NASH ROJAS, 2015).

As debilidades e potencialidades dos Poderes estatais, bem como a dificuldade contramajoritária e a democracia são a base de discussões sobre a revisão judicial e as teorias dialógicas, as quais surgem com uma perspectiva de “alentar interacciones - diálogos - entre la distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta” (TUSHNET, 2014, não paginado), substituindo uma definitividade em razão da instituição por um caráter provisório sustentado em melhores razões interpretativas (MORAES; LEAL, 2021).

Sob esse aspecto, as teorias dialógicas abandonam a noção de uma última palavra definitiva (MENDES, 2008), propondo uma lógica de última palavra provisória, que supere o caráter definitivo e imutável dessa “última palavra”, afastando-se de posicionamentos favoráveis a supremacias, sejam elas de natureza legislativa, sejam de natureza judicial, bem como monopólios e juristocracias (BRANDÃO, 2012). Assim, “dialogue theories focus on the institutional process through which decisions about constitutional meaning are made, suggesting that this involves the shared elaboration of constitutional meaning between the judiciary and other actors” (BATEUP, 2005, p. 11), avançando na construção coletiva de decisões e interpretações.

Ao sustentarem-se em uma abertura do espaço decisório, as teorias dialógicas permitem que sejam reconhecidas potencialidades e também fragilidades de cada um dos atores, possibilitando, assim, uma atuação mais completa em termos de Estado. Há que se ter presente que as sentenças proferidas pela Corte, como já analisado, possuem determinações voltadas a diferentes Poderes estatais, ainda que a condenação ocorra na figura do Estado e fique, hoje, à cargo do Poder Executivo brasileiro – que recebe e denuncia e determina a adoção de medidas para a cumprimento, sem a existência de um fluxo claro sobre esse processo e, em regra, sem a participação dos demais atores.

As determinações presentes nas sentenças condenatórias interamericanas demandam diferentes ações por parte de diferentes Poderes, portanto. Estas, muitas vezes, retroalimentam-se e reforçam-se a partir de uma atuação articulada que vai além de uma mera execução: desde o desenho de um fluxo institucional de cumprimento das sentenças – já existentes em países como México<sup>5</sup>, Colômbia<sup>6</sup> e Peru<sup>7</sup> – até a execução de fato e de forma integral de uma condenação, a existência de um diálogo institucional é elemento importante para sua consecução.

A responsabilidade do Estado perante a proteção de direitos se estende as suas demais instituições e entes que o compõem, ou seja, é necessária uma estrutura estatal que dialogue entre os seus para que haja de fato uma proteção extensiva a não violação de direitos, ou, caso já tenha ocorrido a violação, que o diálogo existente dentro da estrutura estatal possa ser eficiente para o que a violação não volte a ocorrer. Faz-se primordial que as instituições do Estado funcionem plenamente, tendo conhecimento não apenas do processo democrático em que estão inseridas, mas também, tenham um conhecimento pleno dos compromissos assumidos pelo Estado internacionalmente e das medidas necessária para implementação das sentenças.

---

5 Algumas previsões são encontradas na Ley General de Víctimas (2013) e também consolidadas com a criação do Sistema de Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en materia de Derechos Humanos (SERIDH) (2020).

6 Alguns delineamentos são trazidos no Decreto 4100 de 2011 e na Resolução 5674 de 2015 – que cria o Grupo Interno de Trabalho de Seguimiento a ordens e Recomendaciones de órgãos Internacionais em Matéria de Direitos Humanos.

7 As principais legislações que disciplinam os procedimentos internos de execução das sentenças que decorrem do Sistema interamericano são: o Decreto Supremo n.º 014-2000-JUS, de 2000; a lei n.º 277775, publicada no ano de 2002; o Decreto Legislativo n.º 1068, do ano de 2008; e, por fim, o Decreto Supremo n.º 01-2020-JUS, de 2020.

Dessa forma, seguindo uma visão dialógica, percebe-se que o funcionamento interno e eficiente das estruturas estatais pode de fato contribuir significativamente para o cumprimento das sentenças estruturantes pelo Estado. Assim, a partir do pleno envolvimento dos Poderes do Estado, bem como dos entes federativos e suas instituições, tem-se uma ação positiva na combinação de diferentes estruturas institucionais estatais objetivando não apenas o cumprimento das sentenças estruturantes proferidas pela CIDH, mas também, para que o desrespeito e a violação de direitos não seja uma realidade imposta aos sujeitos deste Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, considerando o mandado transformador que vem assumindo a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a complexidade que passa a fazer parte do cumprimento das sentenças por ela proferidas, cada vez mais detentoras de um caráter estruturante, sustenta-se que a criação de mecanismos nacionais de execução, a partir de uma perspectiva dialógica interna, pode colaborar para uma maior efetivação das sentenças em solo brasileiro. A combinação de capacidades institucionais diversas e de competências definidas para cada determinação, somada à adoção de posturas abertas ao diálogo institucional, só tem a contribuir para a internalização dos compromissos internacionais assumidos – ainda que por meio de sentenças condenatórias, e não de forma prévia a elas.

## REFERÊNCIAS

BATEUP, Christine Annabelle. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, v. 11, p. 1-88, 2005.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Leal, Mônia Clarissa Hennig; Maas, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. *Margem de Apreciação Nacional e Diálogo Institucional na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

NASH ROJAS, Claudio. *Tutela judicial y protección de grupo: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”*. In: BAZÁN, Victor. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Colômbia: Konrad Adenauer Stiftung, p 2015. 125-143.

OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Três exemplos de Colômbia*. In: BAZÁN, Victor. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundação Konrad Adenauer, 2015. p. 91-116.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PARRA VERA, Oscar; FRANCO FRANCO, F. Antonio. *El enfoque de interseccionalidad en la protección judicial contra la discriminación: alcances y desafíos del giro en la jurisprudencia interamericana*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, ano XXVI, p. 583-621, 2021.

TUSHNET, M. *Revisión judicial dialógica*. In: GARGARELLA, R. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. não paginado.

# **GARANTIA DE DIREITOS E PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DE MARCOS NORMATIVOS BRASILEIROS**

Guarantee of rights and protection of persons with disabilities:  
an analysis of brazilian normative frameworks

Ricardo Oliveira Azevedo<sup>1</sup>  
Reginaldo de Souza Vieira<sup>2</sup>

- 
- 1 Bacharel em Teologia, Faculdade Messiânica (2012). E-mail: oliveira.azevedo.ricardo@gmail.com Especialização em MBA Gestão Estratégica de Pessoas Premium – Foco em Coaching, UNESC. Mestrando do PPGDS/UNESC, Bolsista Capes, Membro do NUPED/UNESC
  - 2 Doutor e Mestre em Direito – PPGD/UFSC. Líder do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). Professor Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico da UNESC e do Curso de Direito da Unesc. Membro e Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Advogado. Email: prof.reginaldovieira@gmail.com

## INTRODUÇÃO

A deficiência, seja ela física, psíquica, ou sensorial, é um problema que afeta milhões de brasileiros, assim, a busca por um tratamento legislativo e social justo e igualitário é tema de grande relevância em nosso país.

A segregação e o preconceito sempre estiveram gravados na história das pessoas portadoras de deficiência, limitando-as a aceitar o mínimo que o Estado e a sociedade lhes ofereciam. (MARANHÃO, 2005, p. 21)

Durante a Idade Média, os princípios que envolviam as pessoas portadoras de deficiência eram influenciados por concepções místicas, mágicas ou misteriosas, de baixo padrão. Porém, mesmo assim, casos de deformações ou doenças iniciaram a ser dignos de mais atenção, sendo tratados em hospitais e abrigos para doentes e portadores de deficiência, mantidos por governantes com a ajuda da igreja ou senhores feudais. (MARANHÃO, 2005, p. 25)

Com o passar dos anos, algumas Constituições passaram a ser escritas, entretanto, evidenciando, de forma singela, alguns princípios de igualdade.

Logo, o objetivo do presente estudo consiste em realizar uma análise histórica e comparativa sobre a abordagem que as Constituições Brasileiras deram às pessoas com deficiência e os direitos a eles garantidos, ao longo dos últimos anos. Iniciando a análise comparativa na Constituição do império, passando pela Constituição Federal de 1988 e analisando, também, atualmente, a Lei nº 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para o desenvolvimento, utilizou-se o método de abordagem indutivo. Já quanto ao tipo de pesquisa aplicada, será de característica exploratória, empregando-se a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, através da análise das legislações e doutrinas pertinentes ao tema. Sendo a pesquisa dividida em 3 grandes tópicos: onde no primeiro item será abordada a análise dos direitos antes da Constituição de 1988; no segundo, a análise após a promulgação da Constituição de 1988; e finalizando, com as legislações atuais, como a já citada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

## ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Segundo João Aguirre (2015, p. 1), excluídas da sociedade, diversas vezes vítimas de crueldade e opressão, as pessoas com deficiência no decorrer do tempo eram rotuladas como inválidas ou loucas.

A Lei das XII Tábuas, elaborada entre 450 e 449 a.C., determinava que o próprio pai matasse o filho recém-nascido que possuísse deformidades ou sinais de monstruosidades. (MARANHÃO, 2005, p. 24)

Já no final da Idade Média, o Renascimento comercial e urbano abre novas portas para as ciências, passando a ter uma concepção de que o avanço do homem não dependia apenas da vontade divina, mas do esforço dele mesmo. Assim, os deficientes, que faziam parte de um grupo marginalizado a época, começaram a receber atenções mais humanizadas. (MARANHÃO, 2005, p. 26).

Após a independência do Brasil, mais especificamente em 25 de março de 1824, foi jurada a primeira Constituição Política do Império. Apesar de garantir o direito à igualdade, proteção específica aos direitos das pessoas portadoras de deficiência não chegou a fazer parte de seu conteúdo. Esta Constituição apenas cuidou de assegurar o direito à igualdade em seu artigo 179, no inciso XIII onde diz que a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. (ARAÚJO, 1997)

Prosseguindo a análise histórica, a Constituição de 1891, sendo a primeira republicana, manteve a garantia ao direito à igualdade, entretanto, também não trouxe qualquer proteção específica aos portadores de deficiência. (MARANHÃO, 2005, p. 76).

Já a Constituição da República de 1934, na data de 16 de julho, traz um dispositivo que vem a consagrar a igualdade no inciso I do artigo 113, podendo ser encontrado assim um embrião do direito à inclusão social da pessoa deficiente, este artigo denota que todos são iguais perante a lei e que não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. O artigo 138 assim trouxe:

Art. 138 Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;
- c) amparar a maternidade e a infância;
- d) socorrer as famílias de prole numerosa;
- e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
- f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
- g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais. (BRASIL, 1934)

Dessa forma, apesar de ainda não ser uma legislação específica para pessoas com deficiências, esta constituição trouxe, mesmo que de maneira tímida, a garantia de amparo.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937 em nada avançou no sentido da ideia embrionária do texto da Constituição de 1934, limitando-se a proteger, apenas, a igualdade, no inciso I do artigo 122. (ARAUJO, 1997)

Na sequência, a Constituição de 1967 preservou a igualdade positivada em seu artigo 153, parágrafo primeiro. Proporcionando, no entanto, enorme inovação ao estabelecer em seu artigo 175 que a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos, e em seu parágrafo quarto diz que a Lei especial é sobre a assistência à maternidade, infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais. Surgindo assim, a primeira menção expressa da proteção as pessoas com deficiência, pois as anteriores apenas previam a igualdade entre todos. (SILVA, 2011)

Entretanto, o maior avanço significativo deu-se com a Emenda nº 12 à Constituição Federal de 1967, que foi promulgada em 17 de outubro de 1978, onde cita:

- Art. 1º É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:
- I - Educação especial e gratuita;
  - II - Assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

- III - Proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
  - IV - Possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.
- (BRASIL, 1978)

Dessa forma, nota-se que a Emenda nº12 demonstrou a grande evolução dos direitos das pessoas com deficiência, servindo até mesmo como um alicerce para inúmeras medidas judiciais. Sendo esse padrão superado com a chegada da Constituição Federal de 1988, onde passa-se a seguir o modelo existencialista, que se baseia na tutela da pessoa humana e sua dignidade, norteados pelo respeito à diversidade e pela inclusão. (AGUIRRE, 2015, p. 1)

## **APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Existe um marco histórico a partir do qual, em grande medida, as pessoas com deficiência deixaram de ser 'ignoradas' ou vistas apenas como objeto de caridade. Trata-se do ano de 1981, declarado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como Ano Internacional da Pessoa Deficiente. De acordo com Figueira (2008):

Se até aqui a pessoa com deficiência 'caminhou em silêncio', excluída ou segregada em entidades, a partir de 1981 – Ano Internacional da Pessoa Deficiente –, tomando consciência de si, passou a se 'organizar politicamente'. E, como consequência, a ser notada na sociedade, atingindo significativas conquistas em pouco mais de 25 anos de militância. (FIGUEIRA, 2008, p. 115)

Assim, é a partir desse marco que se constroem legislações de caráter social e voltadas para equiparação de oportunidades para aqueles com limitações físicas, sensoriais ou cognitivas. (GARCIA, 2014)

No cenário brasileiro, em busca das normas prescritivas, têm-se a Constituição Federal de 1988, a qual elegeu como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem estar a todos, sem quaisquer formas de discriminação. Dispondo, como um de seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

Diferente das constituições brasileiras antecedentes que pouco dispuseram sobre a pessoa com deficiência, esta determinou a obrigação do Estado em garantir que a pessoa com deficiência possa usufruir ampla-

mente de uma vida digna em todos os seus aspectos, com as mesmas oportunidades disponíveis a qualquer outro cidadão brasileiro. (BRASIL, 1988)

Determinou desta forma o princípio da igualdade que se encontra positivado em seu artigo 5º e o artigo 7º inciso XXXI, no qual se evidencia o princípio da isonomia:

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.

[...] Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. (BRASIL, 1988)

Além disso, como diferencial, frente às outras normativas já existentes, não trabalhou a pessoa com deficiência a partir de um único capítulo ou sessão, mas ao longo do texto constitucional é possível observar que houve o estabelecimento de garantias em diversos aspectos.

A Constituição garante a todo cidadão brasileiro seu direito à liberdade, acesso à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho (Arts. 6º e 227º) e, no que se refere ao campo do trabalho, proíbe qualquer tipo de discriminação por critérios de admissão ou salários do trabalhador com deficiência (art. 7º); garante a promoção de assistência social, bem como adaptação de logradouros, de edifícios públicos e de transporte coletivo (art. 244). (BRASIL, 1988)

O documento trouxe de modo significativo proteções quanto às pessoas com deficiência, provavelmente por resultar a previsão de um Estado Democrático de Direito, conseqüentemente, tratando de trazer diversos e amplos direitos e garantias constitucionais à dignidade da vida humana, tal afirmação é exposta por Araújo que dispõe da seguinte forma:

A Constituição Federal de 1988 teve o papel de resgatar a democracia no Estado Brasileiro. Estávamos mergulhados numa situação que trazia forte restrição ao exercício das liberdades 23 democráticas, com um Poder Judiciário que exercia jurisdição de forma limitada, deixando de atuar de forma independente. (ARAÚJO, 1997, p. 28)

Em síntese, a Constituição de 1988 trouxe maiores garantias para a pessoa com deficiência. No entanto, isto ocorreu após acalorados debates, os quais tiveram a participação de deficientes e seus representantes, comprometidos com a luta por suas reivindicações. Iniciou-se, assim, por compaixão ao deficiente, uma atitude de organização e reivindicação de direitos, que foi amplamente divulgada pelos meios de comunicação e que lhes deu visibilidade social. (BRAGA, 2005)

## **ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A partir da evolução histórica dos direitos das pessoas com deficiência, culminou-se na criação do Estatuto da Pessoa com deficiência, em 2015, o qual trouxe obrigações para o Estado, e deveres que estão diretamente ligados com a garantia dos direitos humanos para pessoas portadoras de alguma deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, também chamada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146), é diploma legal de autoria do senador Paulo Paim, sancionada no dia 6 de julho de 2015, entrando em vigor no dia 2 de janeiro de 2016.

Em uma análise geral, o novo Estatuto trouxe a ideia de que o deficiente está em uma situação que a diferencia dos demais indivíduos da sociedade, não sendo esta situação considerada mais como uma doença. Assim, ele deve passar a adquirir direitos e deveres da mesma forma dos cidadãos não portadores de deficiência. (SIMÃO, 2015)

Com a sua publicação, houve uma mudança de posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro, estipulando que a deficiência não mais afeta o exercício da plena capacidade civil, deixando isto claro nos Artigos 6º e 84º:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável;  
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;  
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;  
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;  
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[...]

Art. 84º A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015)

O artigo 6º desconstrói algo assentado no Brasil há muitas décadas, visto que a pessoa com deficiência era quase sempre invariavelmente conduzida ao rótulo de incapaz e levada à noção de interdita. Assim, a partir da entrada em vigor do Estatuto, a pessoa com deficiência passou a ser considerada legalmente capaz para o ordenamento jurídico brasileiro. (STOLZE, 2015)

Deve ser considerado também, que o Estatuto reproduziu, em certos trechos, o texto da Constituição Federal de 1988, abarcando, com algum refinamento, direitos fundamentais tais como o direito à vida, ao trabalho, à saúde, à educação e à mobilidade, já indicados na Carta Magna. (FORTES; SOUZA, 2016)

Em síntese, o Estatuto compilou direitos constitucionais que, na verdade, eram destinados à generalidade das pessoas, tomando a tarefa de direcioná-los às pessoas com deficiência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Quando se pesquisa sobre as constituições que já organizaram o Brasil é possível observar que houve sete Constituições, as quais previam normas de organização desde a época do Império. Desta maneira, ao analisar o texto de todas elas, verifica-se uma evolução, em alguns momentos até discreta, dos Direitos da pessoa com deficiência, direitos estes que realmente foram garantidos a partir Carta Magna brasileira, Constituição Federal promulgada em 1988; e em 2015, com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Salienta-se que até antes de 1988, não havia nas Constituições Brasileiras nenhuma previsão expressa quanto a dispositivo legal que promovesse a inclusão do portador de deficiência.

Com a publicação da Constituição de 1988, já se iniciou uma organização para garantir direitos essenciais às pessoas com deficiências. Direitos estes, que foram ampliados com a publicação do Estatuto da Pes-

soa com Deficiência, o qual pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, J. *O estatuto da pessoa com deficiência protege o incapaz?* Sim. *Jornal Carta Forense*, 2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-comdeficiencia-protége-o-incapaz-sim/15732>. Acesso em: 25 Mai. 2022.

ARAÚJO, L.A.D. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 1997.

BRAGA, P.M.V. *Direitos do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. *Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Portal da Legislação. Acesso em: 20 Mai. 2022.

BRASIL. *Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Portal da legislação. Acesso em: 26 Mai. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Portal da Legislação. Acesso em: 25 Mai. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 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: 01 Jun. 2022.

FIGUEIRA, E. *Caminhando no silêncio: uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil*. São Paulo: Giz Editora, 2008.

FORTES, P.A.F.; SOUZA, G.A.S. *A pessoa com deficiência segundo as constituições brasileiras de ontem e hoje: políticas públicas, direitos e garantias fundamentais*. Revistas VIA IURIS: Colômbia, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273949068003.pdf>. Acesso em: 28 Mai. 2022.

GARCIA, V.G. *Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil*. Trabalho, Educação e Saúde, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 165-187, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/HkkjJNpVsgsJYVS-93DckYbg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01 Jun. 2022.

MARANHÃO, R.O. *O portador de deficiência e o direito do trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2005.

SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÃO, J.F. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Partes I)*. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 29 Abr. 2022.

STOLZE, P. *Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4411, 2015. Disponível em: [Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil - Jus.com.br | Jus Navigandi](https://www.jus.com.br/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-sistema-de-incapacidade-civil). Acesso em: 01 Jun. 2022.

# DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: A APLICABILIDADE DOS *STANDARDS* PROTETIVOS FIXADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DE IGUALDADE E DE PRIVACIDADE, A PARTIR DAS NOÇÕES DE *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO* E DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL

Algorithmic discrimination: The applicability of protective standards established by the Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Supreme Court in relation to equality and privacy rights, based on the notions of Latin American *Ius Constitutionale Commune* and duty of state protection

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>1</sup>  
Dérique Soares Crestane<sup>2</sup>

- 1 Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (2014-2019).
- 2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade

## INTRODUÇÃO

A vida na sociedade da informação, considerada heterogênea e líquida, permite rápidas mudanças e fenômenos outrora desconhecidos. Atualmente, as maiores riquezas estão vinculadas às empresas que detêm a capacidade de processar milhões de dados pessoais, por dia. Neste cenário, verifica-se que as legislações individuais dos países do globo não conseguem acompanhar a evolução tecnológica, permitindo, eventualmente, lacunas que geram prejuízos aos indivíduos. A discriminação algorítmica surge como mazela deste admirável mundo novo e consiste na segregação de determinados indivíduos, fundada em inferências algorítmicas equivocadas, de determinados bens, serviços e direitos inerentes à vida humana.

O tema delimitado desta pesquisa é a discriminação algorítmica e os *standards* protetivos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em relação ao direito de igualdade e não discriminação, bem como ao direito à privacidade, a partir de 2000. O problema de pesquisa proposto consiste na resposta ao questionamento: tomando-se como referência as noções de *ius constitutionale commune latino-americano* (ICCAL) e de dever de proteção estatal, quais os *standards* protetivos fixados pela Corte IDH, e pelo STF, em relação ao direito de igualdade e não-discriminação, bem como em relação ao direito à privacidade, e qual a possibilidade de sua aplicação em face da discriminação algorítmica?

O questionamento será respondido por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que serão realizadas análises jurisprudenciais da Corte IDH e do STF, de forma que se extraiam *standards* protetivos dos direitos à igualdade e não-discriminação, bem como à privacidade e, após, será verificada a sua aplicabilidade à discriminação algorítmica. O método de procedimento utilizado será o bibliográfico e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisa em livros, revistas, periódicos, teses, dissertações e na jurisprudência. Apresenta-se como hipótese a possibilidade de os *standards* protetivos fixados pela Corte IDH, e pelo STF, em relação ao direito à igualdade e não-discriminação, bem como

---

I. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos", coordenado pela Professora Pós-Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1933600559383294>. E-mail: ds-crestane@gmail.com.

em relação ao direito à privacidade, ainda que não se refiram propriamente ao ambiente virtual, são aplicáveis em face da discriminação algorítmica, tendo por fundamento o ICCAL e o dever de proteção estatal.

Objetiva-se, primeiramente, conceituar a discriminação algorítmica, bem como os institutos correlatos, como a inteligência artificial, a internet das coisas, o *big data*, entre outros; em um segundo momento, será analisada a discriminação algorítmica e sua proteção em face dos direitos humanos e fundamentais, a partir da jurisprudência da Corte IDH e do STF; por fim, verificar-se-á a aplicabilidade, por meio do ICCAL e do dever de proteção estatal, dos *standards* protetivos fixados pela Corte IDH e pelo STF.

## DESENVOLVIMENTO

A palavra algoritmo, há uma ou duas gerações, era desconhecida para a maioria das pessoas. Com a difusão tecnológica e a popularização de dispositivos eletrônicos e informáticos os indivíduos passaram a conviver, diariamente, com equipamentos programados a partir de inúmeros algoritmos que permitem interação humana. Pode-se considerar um algoritmo uma sequência de instruções lógicas cujo objetivo é dizer ao computador, da forma mais precisa e não ambígua possível, o que fazer. Computadores são construídos a partir da união de milhões de transistores, que são ativados e desativados outras milhões de vezes por segundo. O algoritmo mais simples que existe consiste em, justamente, ordenar esta ativação e desativação de um transistor. Em uma segunda escala de complexidade existem os algoritmos que objetivam combinar os transistores. Cada combinação de transistores ativados e desativados expressa uma informação única, de forma que desenvolver um algoritmo é uma tarefa extremamente complexa (DOMINGOS, 2017).

Podem ser citados como obstáculos à programação, primeiramente, a linguagem: o programador deve dominar uma das linguagens que a máquina entenda e, será nessa que o algoritmo será escrito. Escrito o código, deve ele ser deputado a fim de verificar os erros de programação porventura existentes, porém, não são apresentados todos os erros no processo de depuração, apenas são apresentados aqueles lógicos ou de linguagem, de forma que os algoritmos variantes ou enviesados passarão livremente pelo teste de depuração e, provavelmente, proporcionarão inferências discriminatórias (ONEIL, 2016). Todo algoritmo trabalha com *inputs* e *outputs*, as informações são coletadas pelo computador que,

utilizando-se do seu algoritmo, faz aquilo o que foi programado a fazer, retornando um resultado que será sempre o mesmo.

Nos algoritmos de aprendizagem automática, ou *machine learning*, os programadores fazem o *input* dos dados e estabelecem o resultado desejado para a resolução de um determinado problema, outorgando ao algoritmo, a autonomia para escolher o caminho que trilhará a partir dos dados recebidos, em direção ao resultado estabelecido. Quanto mais dados disponibilizados, mais a máquina terá a aprender. Neste cenário surge o questionamento: se é outorgada ao computador a tarefa decidir como escrever o seu próprio código, quem realizará o controle necessário? Decisões digitais automáticas, eventualmente, reforçam a discriminação historicamente sofrida por grupos sociais vulneráveis e minorias. A difusão de *softwares* baseados em algoritmos, em especial aqueles programados em *machine learning*, é capaz de tornar determinadas pessoas, ou grupos, invisíveis, de forma que é necessário inspecionar os valores priorizados por estes sistemas automatizados durante o processo de tomada de decisão. (NOBLE, 2018).

De acordo com Tischbirek (2020, p. 105), a discriminação em razão da inteligência artificial pode decorrer de: (i) insuficiência na coleta de dados; (ii) insuficiência no tratamento de dados e; (iii) insensibilidade normativa. A insuficiência na coleta de dados é a razão mais comum de discriminação algorítmica. Nesta, o algoritmo recebe um *input* de dados com viés de super ou sub-valorização de determinados grupos. O autor cita como exemplo um cenário em que, proporcionalmente, a polícia concentre suas patrulhas em bairros habitados por população preta e parda, elevando os níveis de criminalidade neste bairro em decorrência da maior concentração de efetivo policial. Analisando estes dados, o algoritmo poderia chegar a equivocada conclusão de que a população preta e parda é mais violenta que as demais.

Na discriminação algorítmica em razão do tratamento insuficiente de dados estes são recebidos de maneira íntegra, sendo neles inseridos vieses durante o tratamento. Isso pode ocorrer em falha no processo de rotulação de dados que serão tratados por um algoritmo de inteligência artificial, que reproduzirá a falha em seu resultado. Outra possibilidade de tratamento insuficiente de dados decorre de inconsistências introduzidas após o tratamento inicial de dados (TISCHBIREK, 2020). Suponha-se que ao pesquisar no google sobre penteados profissionais para trabalho e penteados não profissionais para trabalho, o mecanismo de pesquisa mostre, para a primeira opção, fotografias de pessoas brancas, com ca-

belos claros e, para a segunda, fotografias de pessoas não brancas. Um determinado algoritmo programado para selecionar empregados de uma empresa com base em sua aparência profissional, todos aqueles que não se encaixam neste perfil seriam prontamente excluídos do processo seletivo, reproduzindo uma estrutura discriminatória na IA. (NOBLE, 2018).

A terceira possibilidade de discriminação algorítmica é a insensibilidade normativa. A inteligência artificial pode criar um futuro a partir de um olhar do passado, portanto, considerações normativas pontuais são importantes para reprimir vieses discriminatórios. A legislação sobre o tema deve ser pontual, a fim de não inviabilizar a inovação, mas incisiva na identificação dos fatores de decisão do algoritmo, ainda que, com a dinamicidade inerente às ciências computacionais, esta se torne uma tarefa complicada. A digitalização é uma realidade em diversas áreas da sociedade, motivo pelo qual o emprego destas tecnologias traz impactos dos mais diversos. Assim, apenas regras gerais são insuficientes para a regulação deste cenário, sendo necessário respostas específicas de cada área do sistema jurídico nos desafios enfrentados. (HOFFMANN-RIEM, 2020).

As empresas privadas que exploram dados alcançaram um nível de rendimento monetário que supera o de muitos países do globo, motivo pelo qual a legislação de um único país, pode ser insuficiente na regulação da matéria. A regionalização mundial pode ser uma solução satisfatória na medida em que pode proteger valores plurais de uma sociedade miscigenada (OLSEN, 2021). A América Latina se encontra marcada por um elevado grau de exclusão e desigualdade social, associado a um contexto de democracias em consolidação. Os regimes autoritários e ditatoriais, que aqui desenvolveram uma política baseada na violência e na desigualdade, pouco preocupada com a garantia dos direitos humanos, ainda irradiam seus efeitos nesta região. (PIOVESAN, 2013).

O Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público promove, desde 2004, o Colóquio Iberoamericano que objetiva viabilizar um espaço de intercâmbio, comparação e contraste de ideias entre inúmeros participantes, de diversas nacionalidades. Dentre os temas tratados nestes Colóquios internacionais, destaca-se o constitucionalismo transformador na América Latina. Trata-se de superar a profunda exclusão social à luz da tríade Direitos Humanos, Democracia e Estado de Direito” (BOGDANDY, 2019, p. 246). O ICCAL pretende enfrentar os desafios propostos pela realidade sul-americana por meio de um enfoque comparativo e internacionalista (BOGDANDY, 2019, p. 246).

Surge o ICCAL como uma forma de colaborar com o reestabelecimento e o com o fortalecimento da democracia, a partir de três pilares fundamentais: respeito aos direitos humanos, ao princípio democrático e ao Estado de Direito. Trata-se de um “proyecto jurídico, político y cultural de um derecho común” (BOGDANDY, 2013, p. 2). Neste contexto, é proposta a implementação deste constitucionalismo transformador que “(...) vislumbra, através da supraestatalidade, do pluralismo dialógico dos ordenamentos internacionais e nacionais, e da atuação judicial, a alteração da realidade regional marcada por violações e desigualdades” (LEAL; VARGAS, 2020, p. 13). A construção de um direito comum latino-americano tem como pressuposto a evolução do antigo conceito de soberania, a partir da noção de constitucionalismo transformador.

Um Estado aberto às normas e instituições internacionais é pressuposto da criação deste direito comum, na medida em que esta abertura é uma valiosa ferramenta para o progresso viabilizado a partir da comparação jurídica. Logo, imprescindível a criação e o fortalecimento de instituições internacionais eficientes e legítimas para cumprir com os objetivos do ICCAL. Neste ponto, destacam-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cujo funcionamento contribui e dá respaldo internacional à garantia dos direitos humanos. Particularmente, quanto à Corte IDH, verifica-se o seu papel no projeto de transformação latino-americano através do desenvolvimento de sua jurisprudência, com mecanismos de proteção e consolidação da democracia dos Estados que reconheceram a sua jurisdição (BOGDANDY, 2013, p. 7-11).

O objetivo é construir um direito constitucional comum na América Latina, a partir dos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), bem como em outros diplomas normativos internacionais em matéria de direitos humanos, e na interpretação dada aos mesmos pela Corte IDH no exercício de sua jurisdição, tanto consultiva quanto contenciosa (LEAL; VARGAS, 2020). Forma-se um sistema jurídico multiníveis de proteção aos direitos humanos, a partir da cooperação entre o direito interno e o direito internacional. Passa a existir dois níveis de proteção dos direitos humanos, o constitucional e o convencional. Neste sistema a dignidade da pessoa humana é posta no local central, e tanto os juízes nacionais, quanto os juízes interamericanos, devem se mover na mesma direção.

Em paralelo a isto, verifica-se que, após o término da segunda guerra mundial é desenvolvida a concepção de um dever de proteção es-

tatal (*Schutzpflicht*) pela doutrina e jurisprudência alemãs, de forma que, ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, passa a ser reconhecida uma dimensão objetiva que impõe a observância destes não só nas relações entre indivíduos e o Estado, mas também nas relações entre indivíduos, resultando em uma eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*), e em uma vinculação não apenas vertical, mas horizontal (*Horizontalwirkung*) dos direitos fundamentais. O reconhecimento de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais é atribuído tanto aos direitos de defesa quanto aos direitos prestacionais, resultando em um ganho de qualidade para todos os direitos. Ao lado da eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*) e da vinculação horizontal (*Horizontalwirkung*), está o dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) como terceiro desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (LEAL; MAAS, 2020, p. 49).

Deste desdobramento resulta o dever de o Estado adotar comportamentos positivos na proteção de direitos fundamentais mesmo quando não faça parte diretamente da relação. Este dever não deve ser exercido de maneira desordenada, havendo a necessidade de utilizara a ponderação, a fim de promover uma proteção que não seja excessiva, tampouco insuficiente. Logo, verifica-se a existência de uma “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) e de uma “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*), como parâmetros de efetividade dos direitos fundamentais que têm seu funcionamento vinculado ao princípio da proporcionalidade. (LEAL; MAAS, 2020, p. 50).

O dever de proteção estatal ganha relevância na proteção dos direitos de grupos vulneráveis e minorias, pois eventuais abstenções estatais podem favorecer a perpetuação da desigualdade social. “Para quien nace en el extremo opuesto, de pobreza y desamparo, la llamada inacción estatal representa una condena que, inevitablemente, tendrá consecuencias a lo largo de toda la vida de los integrantes del grupo desaventajado.” (GARGARELLA; COURTIS, 2009, p. 37). Assim sendo o dever de proteção estatal demonstra-se relevante no contexto da sociedade da informação no sentido de proteger direitos humanos também em âmbito virtual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa está em curso, motivo pelo qual as conclusões aqui apresentadas devem ser consideradas parciais. Conforme referido, a digitalização proporciona a migração de discriminações historicamente ocorridas para o âmbito digital, de forma que, a velocidade inerente à so-

cidade da informação, bem como a capacidade econômica das empresas tecnológicas inviabilizam o acompanhamento por parte do direito.

Neste contexto, torna-se necessário refletir acerca de possibilidades de proteção de direitos humanos na sociedade de informação e, a regulação regionalizada, demonstra-se pertinente. Os países latino-americanos que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como reconheceram a jurisdição da Corte IDH encontram-se sob o abrigo *Ius Constitutionale Commune Latino-americano* que propõe a formação de um direito comum e plural para esta região do globo. As decisões da Corte IDH geram *standards* mínimos de proteção aos direitos humanos que podem ser operacionalizados à proteção de grupos vulneráveis e minorias em face da discriminação algorítmica.

Em paralelo a isto, o Estado encontra-se obrigado a proteger efetivamente os direitos fundamentais em razão da teoria do Dever de Proteção Estatal, motivo pelo qual deve envidar seus esforços na proteção destes direitos ainda que não faça parte de eventuais relações particulares, inclusive no âmbito virtual. Assim, o dever de proteção estatal apresenta-se como mais uma ferramenta protetora de direitos fundamentais em face da discriminação algorítmica.

## REFERÊNCIAS

BOGDANDY, Armin von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Editorial Porrúa, 2013, p. 1-24.

BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Um olhar para um constitucionalismo transformador*. Revista Culturas Jurídicas, vol. 6, n. 14, p. 244-291, mai./ago. 2019.

DOMINGOS, Pedro. *A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*. Lisboa: Manuscrito, 2017.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. CEPAL – Serie Políticas Sociales, n. 153, p. 3-44, 2009.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation*. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (editors). *Regulating Artificial Intelligence*. Springer: Cham, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, 156p.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin. *O ius constitutionale commune e sua conformação na corte interamericana de direitos humanos: alguns aspectos teóricos*. Revista Videre (on line), v. 12, p. 10-35, 2020.

NOBLE, Safiya Umoja. *Algorithms of Oppression: How search engines reinforce racism*. New York University Press: New York, 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no ius constitutionale commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ONEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*. Crown: New York, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Editorial Porrúa, 2013, p. 181-206.

TISCHBIREK, Alexander. *Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems*. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (editors). *Regulating Artificial Intelligence*. Springer: Cham, 2020.



# POLIAMOR: O FENÔMENO DOS NOVOS DIREITOS E OS SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Polyamory: the phenomenon of new rights and their legal effects

Thaís Tavares Ramos<sup>1</sup>

---

1 Acadêmica da Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Pesquisadora. Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Constitucional e Violência – GEPDCV, coordenado pela Dr<sup>a</sup> Raquel Fabiana Lopes Sparenberger. Programa de Qualificação Acadêmica – PQA. Grupo de Estudos e Pesquisa em Filosofia do Direito – Aequitas. Clínica de Prática Forense em Direito Processual Civil. E-mail: thaistavares15@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

A produção textual visa estudar os novos arranjos e/ou combinações familiares como o poliamor, exclusivamente o consensual, investigando se as novas formações encontram amparo constitucional no tocante dos direitos e garantias fundamentais, bem como o nascimento dos novos direitos e o fenômeno gerado. Além disso, os efeitos jurídicos e as diferentes interpretações sobre esta temática complexa, principalmente, em relação às decisões judiciais sobre a partilha de bens patrimoniais nos casos de óbito e separação, direitos à previdência social, inclusões em imposto de renda, plano de saúde e seguro de vida, por exemplo.

Desta maneira, é necessário analisar se o poliamor pode ser configurado como uma nova entidade familiar reconhecido pelo Direito, considerando também, a seguridade material (patrimônio construído no intervalo de tempo de duração do relacionamento afetivo) para ambas as partes. Por isso, surge o questionamento: existem de fato novos direitos? Se sim, para configurá-los como direitos necessitam ser reconhecidos. Todavia, depara-se com o problema da vedação constitucional, pois, apenas é considerado a relação familiar em matéria de união estável e casamento civil, só existirem com Direitos de Família e Direitos Sucessórios, caso sejam monogâmicas.

A metodologia de abordagem é a dedutiva, técnica de pesquisa bibliográfica com embasamentos teóricos em revistas, leis, artigos, sites, ambos direcionados para a temática do Direito das Famílias e como as famílias não tradicionais encontram dificuldades para garantirem as suas formas representativas plurais de cidadania.

## BREVE CONCEITO SOBRE OS TIPOS DE RELACIONAMENTOS

A dinâmica social revela a constante transformação do ser humano, como ele se percebe ou como constrói os vínculos afetivos. Ademais, existem diversas definições de relacionamentos, no entanto, o foco se voltará para a questão do poliamor consensual e das garantias ou não dos Direitos de Família e Direitos Sucessórios.

A compersão consiste no sentimento de felicidade ao ver o parceiro feliz afetivamente e sexualmente com outra pessoa. Já a poliandria, a mulher está envolvida com diversos homens, e, a poliginia, o homem relaciona-se com várias mulheres. No Brasil, a poligamia não é permitida, sendo esta uma relação de um indivíduo casado com mais de uma pessoa

e exige destas exclusividade sexual e afetiva, entretanto, sem ser recíproco. E, na não monogamia consensual, as partes concordam e sabem da não exclusividade afetiva e sexual. Além do mais, o swing resulta em relações sexuais entre casais, geralmente, em casas destinadas a este fim sem envolvimento emocional, de acordo com os praticantes. Além disso, os trisais (relacionamento consensual constituído por três pessoas heteroafetivas ou homoafetivas) e as uniões homopoliafetivas (trisal composto por homoafetivos) são termos “mais novos” ou pelo menos ganharam mais ênfase na contemporaneidade.

A bigamia, casar com alguém com vínculo matrimonial, resultando na nulidade do segundo casamento. Em relação à monogamia, por exemplo o casamento civil, tradicionalmente aceito, o casal mantém exclusividade sexual e afetiva. E, o concubinato é união com o intuito de conjunção carnal, podendo ser classificado em: incestuoso (entre membros da mesma família); homossexual (pessoas do mesmo sexo em países onde a jurisdição não reconhece o relacionamento); adúlterino (não divorciadas, composto por uma ou mais pessoas casadas) e o profanador (constituído por freira ou padre).

A questão do poliamor pode ser definida como a liberdade de atração afetiva e relacionamento com várias pessoas concomitantemente, negando à monogamia, contudo, sem cometer promiscuidade. Do mesmo modo, abstem-se de qualquer ciúme com o objetivo de amar e ser amado (MICHAELIS, 2022, sp.). Assim, surge a figura recorrente dos trisais na sociedade, formados por um homem e duas mulheres, dois homens e uma mulher, o mesmo é válido para trisais homoafetivos (três homens ou três mulheres). Todavia, neste presente texto, destituindo-se de quaisquer suposições sobre o que contribuiu para a adoção desse estilo de vida, a reflexão mais importante deve direcionar-se aos direitos e garantias fundamentais assegurados individualmente, porém ao mesmo tempo, não alcança as partes do poliamor na modalidade trisal, devido o não reconhecimento como entidade familiar por meio da Constituição Federal de 1988 que preza a monogamia e a fidelidade entre os parceiros, segundo (GAGLIANO, 2017, p. 130) um valor juridicamente tutelado como dever legal proveniente da união estável e do casamento (art.1556 Código Civil de 2002). No entanto, o papel do Estado deveria se restringir à proteção à família, sem impor à fidelidade recíproca, pois ao fazer isso delimita a figura somente de duas pessoas na relação, ou seja, não abre espaço para um terceiro parceiro ou mais e muito menos considera o pa-

trimônio construído entre os trisais, deixando uma lacuna na jurisdição, bem como interpretações livres, assunto a ser abordado posteriormente.

## O FENÔMENO DOS NOVOS DIREITOS

Os novos arranjos familiares fomentam o advento de uma nova entidade familiar. Não compete ao Poder Legiferante definir as relações, ou seja, tipificá-las de acordo com os costumes da nação. Pelo contrário, é necessário não se omitir diante dessa nova realidade familiar, não incumbindo qualquer julgamento filosófico, antropológico e religioso. Dessa maneira, desconsiderar que os trisais constroem patrimônios juntos e não legalizar a devida e justa partilha de bens entres eles, assim como impedí-los de usufruírem dos direitos previdenciários, inclusões em plano de saúde e seguro de vida, por exemplo, é ferir a dignidade da pessoa humana, assegurada no art. 1º, inciso III da CF 88.

Portanto, a união de trisais gera um fenômeno e consequentemente novos direitos. Se está certo ou não, essa união depende do juízo de vida boa de cada pessoa, conforme o 2º Discurso Categórico de Kant ao tratar da importância de se respeitar a autodeterminação do sujeito. Assim, aos futuros juristas e aos juristas em exercício cabe reconhecerem essa nova entidade revestindo-os dos mesmos direitos constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade, cidadania, dentre outros, proclamados pela Carta Magna.

De acordo com a Dr<sup>a</sup> Beatriz Tavares da Silva, advogada e presidente da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões configura a união poliafetiva como um estelionato jurídico, fere a dignidade das três pessoas do relacionamento e destrói a família, elemento fundamental da sociedade brasileira (SILVA, 2012, sp.). Certamente, as bases do corpo social são tradicionais, todavia, não se pode negar que os trisais, por exemplo, possuem semelhantes direitos, principalmente, no que tange os Direitos das Sucessões, pois, se ambos trabalharam e construíram um patrimônio juntos, é justo receberem os bens por direito, caso um deles venha a falecer, por exemplo. Seria justo partilhar a herança (transferência de direitos e obrigações) e/ou a sucessão com quem não investiu capital? Logo, não é justo.

O Código Civil de 2002 no artigo 6º afirma a existência da pessoa natural termina com a morte, presumida ou real, desse modo, por lei, um novo titular assume os bens do falecido. Portanto, em se tratando de união trisal com filhos ou não, os Direitos de Propriedade e o Direito de Família

estão atrelados ao Direito das Sucessões visando a perpetuação da família e não apenas a transmissão causa mortis com a continuidade patrimonial, movimentação da poupança, acúmulo de capital, economia e trabalho (TARTUCE, 2019). Consoante a isso, a sucessão promove continuação da pessoa humana ao preservar o patrimônio no seio familiar, art. 5º incisos XXII e XXX da Constituição Federal de 1988. Contudo, os membros da modalidade do poliamor encontram-se à margem desses direitos e garantias, mesmo sendo os contribuintes para o acúmulo do patrimônio. Não podendo estes substituírem, por sucessão e em virtude da lei, a pessoa falecida, muito menos, tomar posse da herança (direitos e obrigações, bens), devido não serem uma entidade. Por isso, uma das alternativas é registrar os bens no nome das três pessoas ou registrar empresas.

Por seguinte, percebe-se também, a ausência do Direito na conjuntura do divórcio entre um trisal, se porventura os registros dos bens ou parte deles não tiverem sido autenticados por algum imprevisito ou descuido, quem lhes garantirá a partilha equânime? Com certeza, decidirão entre si. Da mesma forma, caso um terceiro elemento se una a um casal pré-existente, qual a maneira de partilha? Se alguém depende financeiramente dos dois parceiros, receberia pensão? Infelizmente, onde falta o ordenamento as decisões serão injustas ou pior não há quem possa decidir sobre os fatos. Assim, tanto para o reconhecimento desta modalidade quanto em relação ao cumprimento dos direitos e garantias, os trisais ou os poliamoristas necessitam entrar com uma ação judicial sobrecarregando ainda mais o Sistema Judiciário.

## **POLIAMOR E OS EFEITOS JURÍDICOS**

O fenômeno da relação poliamorista tem gerado efeitos jurídicos. A princípio sofre o poder de coersitividade (está submisso às leis), portanto, na visão durkheimiana encará-lo como fato social e perceber a diluição dos Direitos de Família e Direitos Sucessórios sofridos é medida protetiva às garantias constitucionais.

Embora, no primeiro momento, tenha sido lavrada “A Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva”, na cidade de Tupã – São Paulo, em 2012, com a finalidade de assegurar benefícios como acesso ao plano de saúde, seguro de vida, declaração em imposto de renda, dentre outros, em 2016, em caráter liminar contra dois cartórios em Tupã e em São Vicente, a Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS proibiu a prática, e, adjunto a isso, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ

também impediu que novas escrituras poliafetivas fossem lavradas no Brasil. Posto isso, depara-se com a vedação dos direitos a esta modalidade familiar ao restringir à natureza monogâmica (Art. 226, § 3º, CF 88).

Em 2015, na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, após a primeira oficialização de união entre três mulheres, no 15º Ofício de Notas, Thaís e Yasmim uniram-se a Leandro Jonathan da Silva Sampaio com o intuito de regularizarem questões referentes a planos de saúde e previdência social. Entretanto, o pedido de número 1459-08.2016.2.00.0000, julgado em 26/06/2018, tendo como relator João Otávio de Noronha, recebeu um voto pela improcedência do pedido, feito pelo conselheiro Luciano Frota, cinco votos em consonância à divergência parcial do conselheiro Aloysio Corrêa de permissão ao registro, porém, sem igualá-lo à união estável.

Dito isso, a Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS alega ter tomado providências junto ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pois, observa que ao lavrarem essas delacrações, ocorre a indução ao erro e a ilusão de os trisais, após terem custos ao pagarem os tabelionatos de notas, assim como, emolumentos, tenham a falsa sensação de possuírem direitos à herança, a alimentos e sucessórios, sem contudo, de fato possuí-los. Porque, conforme a lei, em se tratando de união estável entre homem e mulher, dois homens ou duas mulheres, em situação monogâmica, para a modalidade trisal, estas escrituras são nulas e destituídas de quaisquer direitos. Assim, a ADFAS alega a preservação das pessoas envolvidas e da própria Constituição. Por isso, vedar seria a alternativa coerente a se fazer.

Essa questão poliamorista ganha espaço nos tribunais, mas com outro sinônimo, o concubinato consentido, no entanto, não trata em si a temática do poliamor:

A 8.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça reconheceu que um cidadão viveu duas uniões afetivas: com a sua esposa e com uma companheira. Assim, decidiram repartir 50% do patrimônio imóvel, adquirido no período do concubinato, entre as duas. A outra metade ficará, dentro da normalidade, com os filhos. A decisão é inédita na Justiça gaúcha e resultou da análise das especificidades do caso. (...) Para o Desembargador Portanova, 'a experiência tem demonstrado que os casos de concubinato apresentam uma série infundável de peculiaridades possíveis.' Avaliou que se pode estar diante da situação em que o trio de concubino esteja perfeitamente de acordo com a vida a três. No caso, houve uma relação 'não

eventual', contínua e pública, que durou 28 anos, inclusive com prole, observou. 'Tal era o elo entre a companheira e o falecido que a esposa e o filho do casamento sequer negam os fatos — pelo contrário, confirmam; é quase um concubinato consentido.' O Desembargador José Ataides Siqueira Trindade acompanhou as conclusões do relator, ressaltando a singularidade do caso concreto: 'Não resta a menor dúvida que é um caso que foge completamente daqueles parâmetros de normalidade e apresenta particularidades específicas, que deve merecer do julgador tratamento especial.' (GLAGLIANO, 2017, p. 544)

As interpretações nos tribunais são díspares, ainda não há um consenso, pois, alguns são mais rígidos e outros alargam a interpretação. Todavia, até mesmo a imparcialidade do juízo não esta isenta de sofrer influências pessoais ou coletivas dos costumes nacionais. Mesmo assim, muito raramente, o acórdão dividiu uma pensão por morte entre três esposas, a terceira esposa oficializou a união por meio de escritura pública de união estável e a primeira e a segunda esposas casaram-se no civil em momentos distintos. Conforme a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal – TRF 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. RATEIO COM ESPOSAS. UNIÃO ESTÁVEL À DATA DO ÓBITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. POSSIBILIDADE. 1. Demonstrada a união estável entre a autora e o de cujus, evidenciando a existência da entidade familiar, devida é a pensão à autora nos termos do art. 7º, I, 'b', da Lei 3.765/60, em rateio com a ex-esposa. Por tratar-se de questão de fato, para o reconhecimento da união estável, há que restar comprovada, através de prova documental e testemunhal, a relação concubinária com intuito familiae, isto é, aquela que apresenta convivência duradoura, pública, contínua e reconhecida como tal pela comunidade na qual convivem os companheiros. 2. Não há óbice à concessão de pensão por morte à companheira, mesmo nos casos em que o servidor mantenha vínculo matrimonial formal, se restar comprovada a existência de união estável entre a postulante e o servidor à época do falecimento. Hipótese em que o benefício será rateado entre os dependentes. Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ), fls. 1.085/1.107). Os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 1.723 do Código Civil. Aduzem que o reconhecimento da presença dos requisitos constantes nesse

dispositivo “[...] para quem fora casado com duas mulheres, concomitantemente, seria trazer ao Ordenamento Jurídico o reconhecimento do poliamorismo, o que não é acatado pelos Tribunais Pátrios” (e-STJ, fl. 1.169). Dizem que “[...] a Recorrida insiste em ter sido convivente, embora contra o texto legal, pois lhe faltava um requisito para tal, qual seja, a ausência de impedimento para o casamento por parte do concubino/namorado” (e-STJ, fl. 1.171). [...] É o relatório. O presente recurso não merece prosperar. O Tribunal local manteve a sentença para reconhecer à autora o direito ao recebimento de pensão por morte de militar. Estabeleceu que a demandante conviveu com o de cujus em união estável até o seu falecimento e, por esse motivo, admitiu o rateio do benefício entre a companheira e as ex- esposas. (STJ - REsp: 1645458 PR 2016/0328648-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 10/09/2018)

Apesar dos esforços para se reduzir gastos previdenciários, um dos argumentos utilizados pela ADFAS para não regularizar o poliamor, afirma ser a concessão de direitos previdenciários aos amantes, contrária ao direito, aos costumes e à moral, além do mais, mitigará os esforços de redução aos gastos com a previdência no Brasil (SILVA, 2019, sp). De fato, o que se pretende nesta produção textual, não é desrespeitar à Constituição de 1988 e muito menos oferecer direitos aos amantes, e sim, a importância de classificar corretamente os sujeitos e determinar o objeto no negócio jurídico para que este não se torne nulo (Art. 166, inciso II, Código Civil de 2002) dentro de uma relação poliamorista consensual.

## RESULTADOS

O Poliamor consensual encontra resistência em relação ao reconhecimento enquanto entidade familiar, estando à margem de quaisquer interpretações de juízos nos tribunais, bem como sujeitos à discriminação devido a concepção de “vida boa” peculiar desses casais na modalidade poliamorista. Nesta produção textual, não será possível investigar pelos caminhos da antropologia, filosofia e sociologia a intersubjetividade e a subjetividade que levou os pluriamoristas a aderirem a esse estilo de vida, assim como, similar a muitos juristas, a autora desta obra, vinda de família tradicional e adepta ao tradicionalismo costumeiro em sua sexualidade mostra-se incapaz de realmente entender como ocorre esse processo de escolha dentro de uma relação poliamorista. No entanto, desvesti-se de

qualquer julgamento e reconhece que essa nova modalidade de rearranjo familiar necessita de atenção e de resguardo dos direitos e garantias individuais e coletivos.

Em uma sociedade, primordialmente monogâmica, como a brasileira, a questão do poliamor fere a moral e os bons costumes. Porém, é o contrário, pois, a própria sociedade está ferindo os direitos das liberdades de escolhas destes trisais, dentre outros. Portanto, não há prejuízo ou desrespeito à ordem pública no reconhecimento da escritura pública de união poliafetiva. Ademias, o dano social é inexistente, pois, o reconhecimento de afeto entre duas ou mais pessoas é ato de transparência e solidariedade entre as partes, não oferecendo dano à coletividade (TARTUCE, 2017).

E, ao mesmo tempo, não está previsto na Constituição de 1988 no artigo 226, § 3º, a união homoafetiva, contudo, foi reconhecida como entidade familiar como união estável, embasando-se no princípio da afetividade. Portanto, é ilógico impedir que a união afetiva de três ou mais membros não encontre amparo legal, principalmente, no tocante dos Direitos de Família e Direitos Sucessórios. Isso, torna claro: tudo depende da interpretação, e nesta conjuntura, a interpretação não está voltada para o reconhecimento dos direitos e deveres dos sujeitos poliamoristas nas formas representativas plurais de cidadania.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário da União, Brasília, DF, 10 de jan, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Vade Mecum Tradicional/ obra coletiva de autoria da Saraiva Educação com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 33. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). *CNJ proíbe cartórios de fazer escrituras públicas de uniões poliafetivas*. 2018, IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+>

de+fazerem+escrituras+p%C3%BAblicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas#:~: text=CNJ%20pro%C3%ADbe%20cart%C3%B3rios%20de%20fazerem%20 escrituras%20p%C3%BAblicas%20de%20uni%C3%B5es%20poliafeti- vas,26%2F06%2F2018&text=O%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%- C3%A7a,%2D08.2016.2.00.0000>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 39-91. Disponível em: <<https://www.arquer.com.br/arquivos/Fundamentacao-da-Metafisica-dos-Costumes-Kant.pdf>>. Acesso: 29 de julho de 2022.

LIBRARY. *Pertinência das uniões poliafetivas na ordem constitucional protetiva da família*. Disponível em: <<https://library.org/article/pertin%C3%Aancia-das-uni%C3%B5es-poliafetivas-ordem-constitucional-protetiva-fam%C3%A-Dlia.ydvx53gy>>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?id=V4bGB>>. Acesso em: 29 de julho 2022.

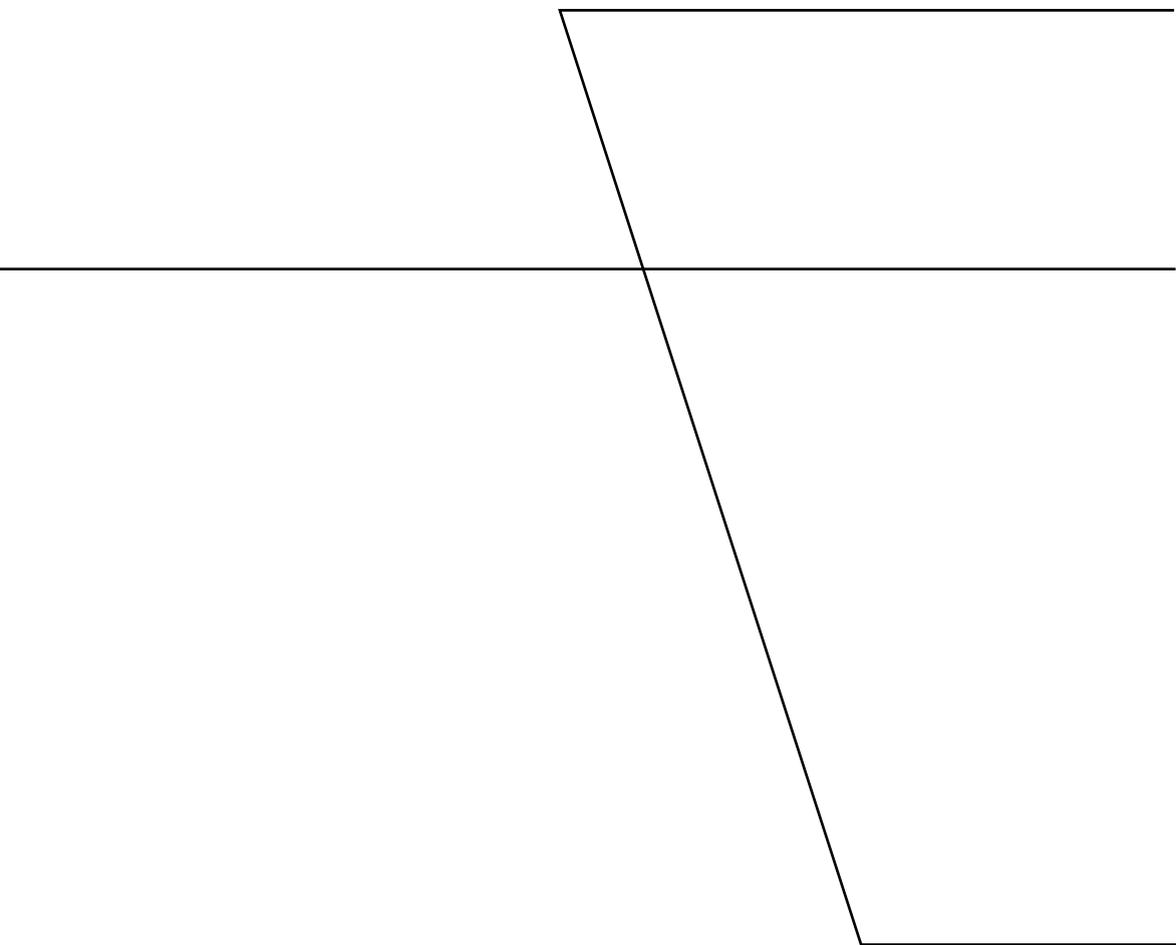
PORTO, Duina. *O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar*. Tese (Doutorado) – UFPB/ CCJ, João Pessoa, 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Previdência para amantes em pauta no STF*. ADFAS, 19 de julho de 2019. Disponível em: <<https://adfas.org.br/previdencia-para-amantes-em-pauta-no-stf/>>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Previdência para amantes: descalabro jurídico*. ADFAS, 21 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://adfas.org.br/previdencia-para-amantes-descalabro-juridico/>>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

TARTUCE, Flávio. *Da escritura pública de união poliafetiva. Breves considerações*. Jusbrasil, 2017a. Disponível em: <<https://flavioartuce.jusbrasil.com.br/artigos/451673092/da-escritura-publica-de-uniao-poliafetiva-breves-consideracoes>>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

TARTUCE, Flávio, *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. 2017b. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/262537/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira>>. Acesso em: 29 de julho de 2022.



**POLÍTICAS PÚBLICAS, FAMÍLIA E  
DIREITOS GERACIONAIS**

**GRUPO DE TRABALHO 05**



# GARIMPO ILEGAL NA TERRA INDÍGENA YANOMAMI E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO PRATICADA CONTRA AS ADOLESCENTES YANOMAMI

Ilegal mining in the Yanomami indigenous territory and  
gender-based violence against Yanomami girls

André Viana Custódio<sup>1</sup>  
Higor Neves de Freitas<sup>2</sup>  
Johana Cabral<sup>3</sup>

- 1 André Viana Custódio; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (UNISC) e Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Coordenador Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/Santa Cruz do Sul/Brasil), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC); e-mail: andrecustodio@unisc.br.
- 2 Higor Neves de Freitas; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (UNISC) e Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC); doutorando no Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa Prosuc Capes Modalidade II. Mestre em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC), com bolsa Prosuc Capes Modalidade I; e-mail: freitashigor\_@hotmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.
- 3 Johana Cabral; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (UNISC) e Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC); doutoranda no Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa Prosuc Capes Modalidade I. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC), com

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata da violência de gênero contra as adolescentes Yanomami, no Brasil. Objetiva analisar a violência de gênero decorrente do garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami. Para tanto, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: de que forma a violência baseada em gênero viola os direitos das adolescentes Yanomami, no contexto do garimpo ilegal praticado na Terra Indígena Yanomami? Parte-se da hipótese de que a violência sexual é apenas uma das diversas violências praticadas contra os povos Yanomami, no contexto do garimpo ilegal, revelando, sobre os corpos de adolescentes Yanomami, as estruturas do colonialismo, do patriarcado e da discriminação étnico-racial, todas violadoras dos direitos das adolescentes.

Para a realização da pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico, e as técnicas de pesquisas bibliográfica e documental, a partir de documentos de monitoramento do garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami, bem como de artigos, capítulos e dissertações relativos, sobretudo, ao feminismo decolonial indígena.

Esta pesquisa foi realizada no âmbito do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens – GRUPECA/UNISC e busca contribuir com a proteção aos direitos de crianças e adolescentes, tendo por base a teoria da proteção integral e o princípio da não-discriminação.

## A CONTEXTUALIZAÇÃO DOS POVOS YANOMAMI, NO BRASIL

Os Yanomami são povos originários que vivem nas florestas e montanhas do norte do Brasil – mais especificamente nos Estados de Roraima e Amazonas – e do sul da Venezuela. Eles representam um dos maiores povos indígenas relativamente isolados da América do Sul e, estima-se, migraram há 15.000 anos atrás, pelo Estreito de Bering, espaço marítimo que separa a Ásia e a América do Norte. A população Yanomami é de cerca de 38.000 pessoas e, no Brasil, ocupam uma área de mais de 9,6 milhões de hectares. Já no lado da Venezuela, os Yanomami vivem na

---

taxa Prosuc/Capes e Unesc/Propex. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas pela UNESC; e-mail: jcabral@mx2.unisc.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Reserva da Biosfera Alto Orinoco-Casiquiare, com 8,2 milhões de hectares. Ou seja, considerados os territórios Yanomami no Brasil e na Venezuela, juntos, eles formam o maior território indígena coberto por floresta do mundo (SURVIVAL, 2021).

Até o século XX, tradicionalmente, os assentamentos Yanomami localizavam-se selva adentro, próximos aos canais menores da grande rede fluvial da região. Eles habitavam, assim, as cabeceiras dos rios e as montanhas. No entanto, a partir da segunda metade do século XX, os Yanomami passaram a se espalhar para os cursos dos grandes rios navegáveis (GASPARINI; MARGOLIES, 2004).

Em seu estudo etnográfico sobre a arquitetura Yanomami, com um grupo Yanomami junto ao Rio Marauíá (Amazonas), com o intuito de descrever e de pensar as formas de construir e de habitar Yanomami, Thiago Magri Benucci (2020) vivenciou os acampamentos temporários na floresta, as casas-aldeia nas clareiras domésticas e os rituais xamânicos, presentes no dia a dia do povo Yanomami. Divididos em seis subgrupos linguísticos, com dezesseis dialetos – os quais são falados no território brasileiro –, o autor verificou, de plano, a riqueza linguística e cultural dos Yanomami. Destacou que, na relação dos Yanomami com a floresta, contam os pajés que a floresta é viva e respira. Essa relação dos povos originários com a natureza – muito diferente da relação dos colonizadores e dos nascidos no mundo capitalista – é bem evidenciada no livro do líder indígena Ailton Krenak, em “Ideias para adiar o fim do mundo”. A obra traz a essência da vida e dos sentidos da natureza para os povos originários: uma relação entre seres, de personificação da natureza, de respeito. Relação entre vivos.

Li uma história de um pesquisador europeu do começo do século XX que estava nos Estados Unidos e chegou a um território dos Hopi. Ele tinha pedido que alguém daquela aldeia facilitasse o encontro dele com uma anciã que ele queria entrevistar. Quando foi encontrá-la, ela estava parada perto de uma rocha. O pesquisador ficou esperando, até que falou: “Ela não vai conversar comigo, não?”. Ao que seu facilitador respondeu: “Ela está conversando com a irmã dela”. “Mas é uma pedra.” E o camarada disse: “Qual é o problema?”. (KRENAK, 2020, p. 17)

Embora não exista um mito Yanomami que conte especificamente sobre a origem ou as formas dos *xaponos*, sabe-se que, ao longo do tem-

po, houve uma abundância de *xapono* – o qual representa o pano de fundo da socialidade e coletividade Yanomami. O modo essencial de habitar o *xapono* está na ideia de “viver junto”. A melhor tradução de *xapono* – ou *yano*, em Yanomam – seria a de “casas-aldeia”, uma construção marcada pela durabilidade e efemeridade (BENUCCI, 2020). Os Yanomami constroem e reconstróem suas moradas ao longo do tempo. “É essa, afinal, a condição de ser humano: viver junto e pendurar redes, fazendo parentes e fazendo o *xapono*, dialogando e também brigando, se juntando e se dividindo, morrendo e fazendo festa.” (BENUCCI, 2020, p. 204).

Os *xaponos* são as habitações coletivas dos Yanomami. São vários telhados protetores unilaterais – moradias individuais –, muito próximos um do outro, dispostos em forma circular, que faz parecer um único círculo, aberto ao meio. Todos os *xaponos* são semelhantes, do ponto de vista conceitual, funcional ou construtivo. No entanto, eles não são idênticos. Ou seja, não há um que seja igual ao outro. Cada habitação coletiva é composta por vários patrilineares, os quais compõem a comunidade, e cada família é responsável pela construção da sua habitação. Depreende-se que a construção do *xapono* demanda coordenação e colaboração comunitárias. Porém, embora a habitação seja marcada pela coletividade, cada família possui o seu espaço privado muito bem definido. O fogão é o centro do espaço familiar privado, onde são preparadas todas as comidas, desenvolvidas as atividades artesanais, bem como vivenciados os momentos de pintura dos corpos, descanso e conversas (GASPARINI; MARGOLIES, 2004).

No centro do *xapono*, localiza-se o pátio central. O espaço público, que recebe o nome de *hecha*. Um local de uso multifuncional, onde são recebidos os visitantes, trocados presentes, desenvolvidas as danças, cozinhas das casas, onde as crianças brincam e jogam seus jogos. Trata-se de um espaço coletivo aberto, à vista de todos, o qual possibilita as atividades comunitárias (GASPARINI; MARGOLIES, 2004). “Por eso, el piso de tierra pisada es barrido constantemente con una escoba de *masimasi* lo cual le confiere un aspecto de limpieza permanente.” (GASPARINI; MARGOLIES, 2004, p. 16).

Um último apontamento acerca do modo de viver e constituir Yanomami, diz respeito à provisoriedade. O *xapono* possui uma durabilidade média de dois anos: seja porque o teto passa a água da chuva ou porque se infesta de insetos. Um novo *xapono* pode ser construído no mesmo local – depois de queimado o danificado – ou então é levantado nas proximidades do povoado anterior (GASPARINI; MARGOLIES, 2004).

Para além dos deslocamentos cíclicos próprios da construção, os Yanomami são marcados pela mobilidade e por processos dinâmicos complexos de agregação e desagregação, com base em múltiplas situações, como: morte dos integrantes, crescimento dos grupos familiares, razões políticas, instabilidade e fissão do grupo (GASPARINI; MARGOLIES, 2004; BENUCCI, 2020).

## **GARIMPO ILEGAL NA TERRA INDÍGENA YANOMAMI**

Não obstante toda a riqueza cultural e histórica, os Yanomami, no Brasil, têm sofrido diversos e variados ataques, os quais vêm se intensificando a cada ano. Os ataques, bem como o genocídio ao povo Yanomami são uma triste realidade no Brasil e se dão por variadas frentes, evidenciando a desproteção deste povo. Isso porque, “[o] Estado brasileiro e seus ideólogos sempre apostaram que os índios iriam desaparecer, e quanto mais rapidamente melhor; fizeram o possível e o impossível, o inominável e o abominável para tanto.” (CASTRO, 2017, p. 5).

A violação aos direitos humanos dos povos Yanomami ocorre desde a década de 1940, momento que marca o primeiro contato direto deste povo com invasores, vez que o governo brasileiro enviara equipes, ao território, para delimitar a fronteira com a Venezuela. Em seguida, os grupos religiosos missionários e o Serviço de Proteção aos Índios – SPI se estabeleceram no território Yanomami, em um fluxo de pessoas que levou, para a tribo, as primeiras epidemias de gripe e sarampo. Já no início dos anos 1970, o governo – à época militar – construiu uma estrada, cortando a Amazônia ao longo da fronteira norte. Sem qualquer comunicação prévia, tratores atravessaram a comunidade Yanomami de Opiktheri, sendo que, em razão das doenças trazidas pelos invasores, duas aldeias inteiras desapareceram (SURVIVAL, 2021).

Em um passado recente, as doenças infectocontagiosas disseminadas pelos Poowëteri – o “povo do machado”, os “brancos” –, como a gripe, o sarampo, a coqueluche, a malária e a tuberculose, faziam com que as famílias se isolassem na floresta, a fim de evitar a propagação do contágio. Em diferentes regiões do território as histórias das epidemias que dizimaram famílias e comunidades inteiras estão ainda vívidas na memória coletiva. Estas doenças são nomeadas pelos Yanomami de *xawara*. (BENUCCI, 2020, p. 82)

Não obstante sua demarcação administrativa, realizada em 1991 por meio da Portaria Declaratória nº 580, do Ministério da Justiça – homologada pelo Decreto de 25 de maio de 1992 –, a Terra Indígena Yanomami tem sofrido com o crescimento do garimpo ilegal e o incremento da violência contra os povos originários. O relatório “*Yanomami sob ataque: garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami e propostas para combatê-lo*”, de abril de 2022, organizado pelas associações Hutukara Associação Yanomami e Associação Wanasseduume Ye´kwana, dá as dimensões do cenário atual do garimpo ilegal na região. Passados trinta anos da demarcação e homologação da Terra Indígena Yanomami, somente no ano de 2021, deu-se um incremento de mais de mil hectares de área destruída pelo garimpo – um crescimento de 46% em relação ao ano de 2020. Consoante os dados do Mapbiomas, a curva de destruição do garimpo na região assumiu uma trajetória ascendente a partir do ano de 2016 e, desde então, as taxas só aumentam. As associações dão conta ainda que, quando do início do monitoramento, em outubro de 2018, a área total destruída pelo garimpo somava pouco mais de 1.200 hectares – a maior parte concentrada nas calhas dos rios Uraricoera e Mucajaí. Desde então, a área afetada mais que dobrou, chegando, em dezembro do ano de 2021, a 3.272 hectares afetados pela ação garimpeira na região (HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI; ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE´KWANA, 2022).

Dentre as razões que fomentaram a expansão do garimpo na Terra Indígena Yanomami estão: o aumento do preço do ouro no mercado internacional; a falta de transparência na cadeia produtiva do ouro, somada às falhas regulatórias que possibilitam a ocorrência de fraudes na declaração da origem do metal extraído de modo ilegal; a fragilização das políticas ambientais e de proteção aos direitos dos povos indígenas; o agravamento da crise econômica, bem como do desemprego no país – o que gera uma massa de mão de obra barata à ser explorada por ações ilegais; as inovações tecnológicas, que permitem a maior comunicação e locomoção dos atores e estruturas do garimpo ilegal; e o próprio discurso político do atual governo, que incentiva e apoia a atividade do garimpo e cria uma expectativa – e permissibilidade – de regularização na prática, ainda que em condições ilegais e totalmente violentas. Quase metade da área degradada concentra-se na região do Waikás, localizada no rio Uraricoera. A região de Kaynau, situada na confluência dos rios Couto Magalhães e Mucajaí, responde pelo segundo lugar com maior área degradada. Em terceiro lugar fica Homoxi, na fronteira com a Venezuela

(HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI; ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE 'KWANA, 2022).

O documento destaca, acertadamente, que o que marca o garimpo contemporâneo, é a distribuição desigual dos prejuízos e benefícios relacionados à atividade. Trata-se de atividade financiada por empresários com alta capacidade de investimento, os quais concentram a maior parte da riqueza, extraída ilegalmente da floresta. Eles são os membros da elite econômica local ou pessoas de outros estados, com operações no Estado de Roraima. O dinheiro ilícito obtido, costuma ser lavado em negócios locais de Boa Vista, como em postos de gasolina, restaurantes e supermercados. Na extração direta do ouro, quem atua diretamente não é a elite, mas sim uma parcela de pessoas cuja mão-de-obra é explorada. Os garimpeiros são submetidos a altos riscos e ingressam no que chamam de “armadilha da pobreza”. Na outra ponta da atividade, estão as populações dos municípios e os povos originários Yanomami, a suportarem, exclusivamente, os prejuízos da atividade ilegal. A diminuição da qualidade de vida na região é inconteste. Além do incremento dos indicadores de violência e criminalidade – com os ataques dos garimpeiros contra as comunidades Yanomami, revelando alta aproximação entre o crime organizado e as áreas afetadas pelo garimpo – sobressaem o desmatamento, a destruição dos leitos dos rios, o aumento da malária, a contaminação dos rios e solos por mercúrio, a destruição dos recursos alimentares ou da disposição dos indígenas – em razão dos adoecimentos infectocontagiosos – em sustentar a família, a fragilização social e econômica em determinados grupos, a sobrecarga no sistema de saúde local, o aliciamento de jovens indígenas para atuar no garimpo, são algumas das consequências resultantes (HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI; ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE 'KWANA, 2022). Sob esta perspectiva, “[o] número de comunidades afetadas diretamente seria 273, abrangendo mais de 16.000 pessoas, ou 56% da população da TIY.” (HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI; ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE 'KWANA, 2022, p. 18).

### **VIOLÊNCIAS PRATICADAS POR GARIMPEIROS CONTRA AS ADOLESCENTES YANOMAMI: REFLEXÕES A PARTIR DO FEMINISMO DECOLONIAL INDÍGENA**

O garimpo ilegal é resultado de uma mentalidade colonial, ainda presente na sociedade brasileira. Revela, também, que o governo brasileiro tem falhado, desde a independência de Portugal, em respeitar e pre-

servar os povos originários, fomentando a perpetuação da violência e do genocídio contra as tribos indígenas. O aliciamento de jovens indígenas para a atividade do garimpo, em exemplo, é revelador da “[...] ideia de que os índios deveriam estar contribuindo para o sucesso de um projeto de exaustão da natureza.” (KRENAK, 2020, p. 41).

Para além dos prejuízos já mencionados, relativos à degradação dos rios e do ambiente, à disseminação de doenças infectocontagiosas – como a malária –, à contaminação dos recursos hídricos com mercúrio, à violência e aos ataques de garimpeiros e agentes do crime organizado aos povoados Yanomami, à deterioração e diminuição das formas de subsistências de alguns grupos como consequência da extração no local, o garimpo tem atingido os direitos de crianças e adolescentes Yanomami, violando os princípios do Direito da Criança e do Adolescente, o qual, assentado na teoria da proteção integral, assegura que as crianças e os adolescentes serão protegidos contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, tal qual a previsão do artigo 227, *caput*, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

No rio Uraricoera as zonas de exploração garimpeira estão “divididas” por “donos”, conhecidos localmente por seus apelidos. Esses “donos” controlam o acesso aos canteiros, o uso das estruturas de comércio, logística e acompanhamento, e, para isso, alguns contam com serviços de “segurança privada”, geralmente prestado por grupos associados ao crime organizado.

“Dona Íris” é um desses “patrões”. Em 2021, seus capangas protagonizaram alguns dos eventos mais marcantes do ano no território Yano-mami, quando homens encapuzados atiraram, em diferentes oportunidades, contra os moradores das comunidades do Palimiu, em retaliação às tentativas de bloqueio da logística garimpeira por parte de jovens Yanomami. Em um dos ataques, duas crianças indígenas morreram afogadas no rio na tentativa de escapar dos tiros. (Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye’Kwana, 2022, p. 31)

Em seguida, no dia 10 de maio de 2021, consta que sete embarcações se aproximaram da comunidade Yakepraopë, com homens armados – vestidos de coletes e com balaclavas –, os quais abriram fogo contra os moradores, cerca de 11 horas da manhã, mirando contra mulheres e crianças, sendo que, na fuga, duas crianças também morreram. O relatório aponta, ainda, além da violência armada que atinge crianças e ado-

lescentes, meninos e meninas, uma outra forma de violência perpetrada pelos garimpeiros, desta vez direcionada às meninas Yanomami. Trata-se do abuso e da exploração sexual das adolescentes, denunciados em diferentes regiões do território (Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye 'kwana, 2022).

Na região do Rio Mucajaí, no Polo-Base Kayanau, os impactos do garimpo sobre a comunidade, que passa por um terrível rastro de fome, propicia a exploração sexual de mulheres indígenas. Com o aprofundamento do garimpo no local, muitas famílias abandonaram as suas roças, tornando-se dependentes das trocas – sempre desiguais – com os garimpeiros. Em troca do alimento, vale desde o auxílio como carregadores, até as trocas sexuais com as adolescentes Yanomami. Os relatos dos próprios Yanomami revelam como a violência acontece:

Após os Yanomami solicitarem comida, os garimpeiros rebatem sempre. Quando os [Yanomami] disserem: “Certo, sendo que vocês estão tirando ouro de nossa floresta, vocês devem dar comida para nós sem trocar”, [os garimpeiros respondem:] “Vocês não peçam nossa comida à toa! É evidente que você não trouxe sua filha! Somente depois de deitar com tua filha eu irei te dar comida!”. [...] Contudo, outros não atendem os Yanomami, rebatendo apenas: “Eu não tenho comida!”. Após falarem assim, os [garimpeiros] pedem, para as mulheres adultas, suas filhas e também pedem, para os homens velhos, suas filhas. Eles falam assim para os Yanomami: “Se você tiver uma filha e a der para mim, eu vou fazer aterrizar uma grande quantidade de comida que você irá comer! Você se alimentará!”. (Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye 'Kwana, 2022, p. 86)

Além da exploração sexual em troca de comida, negociam-se os corpos das meninas com bebidas alcoólicas e ouro, ofertados geralmente aos jovens da tribo, próximos às meninas. Em um dos relatos, o garimpeiro ofereceu ao irmão 5 gramas de ouro ou cachaça, em troca de relações com a irmã adolescente. Para as mulheres Yanomami, a presença dos garimpeiros representa terrível ameaça (Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye 'Kwana, 2022). Em um dos relatos, resta clara a opressão que tais homens impõem sobre a vida das mulheres indígenas: “Os garimpeiros têm sempre uma louca vontade de transar. Quando as pessoas disseram que eles se aproximavam, eu fiquei com medo.” (Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye 'Kwana, 2022, p. 88). Consta do

documento que, em 2020, três adolescentes, por volta dos 13 anos, morreram em decorrência dos estupros, gerando protesto dos Yanomami no local. No Polo-Base Apiaú, a oferta frequente de bebidas alcoólicas se dá acompanhada da oferta de drogas. O relato é de que são vários os casos de estupros e assédio de crianças e mulheres, sendo que, em um deles, ocorreu um “casamento” de uma Yanomami com um garimpeiro, em troca do pagamento de mercadoria, que não foi paga (Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye´Kwana, 2022).

Para Ojeda Gutiérrez e Cortés Carreño (2022), etnia e gênero não são simples variáveis de diferença, mas sim, categorias que sustentam sistemas estruturais de dominação. Os casos narrados no relatório – complexos e diversos – dão conta da conjugação do colonialismo, do patriarcado, da discriminação étnico-racial e da violência baseada em gênero, configurando as interseccionalidades de opressões sobre as adolescentes, mulheres, indígenas Yanomami. A análise e o enfrentamento dessa violência deve, portanto, passar pela conjugação da teoria da proteção integral (a qual ampara crianças e adolescentes, no Brasil) com o feminismo decolonial indígena. Isso porque, os grupos nativos na contemporaneidade também sentem a necessidade de debater suas visões de mundo, o que inclui, no debate, a perspectiva de gênero (MARINHO; SCHNEIDER, DEPLAGNE, 2019). Montilla Muñoz (2017) pontua que as mulheres indígenas reúnem ao menos quatro subalternidades: a condição de mulher, latino-americana, indígena e pobre. A estas quatro identidades sociais, é preciso adicionar uma quinta: a etária, considerando as opressões contra as meninas, crianças e adolescentes indígenas. A autora destaca, ainda, a invisibilização das mulheres indígenas, por parte do feminismo acadêmico hegemônico.

Feminismo Decolonial Indígena é a teoria que afirma que a situação atual da mulher indígena é resultado do histórico de colonização europeia nas Américas e Caribe – em todo o mundo, na verdade – e que somente, nesta teoria e neste paradigma de pensamento intelectual é que se poderá construir um novo histórico de protagonismo de mudança cultural e política, de *empowerment* feminino. (SILVA, 2021, p. 154)

A proteção das meninas, crianças e adolescentes Yanomami – e a delimitação de ações e políticas de garantia dos direitos – requer, portanto, a compreensão da condição de sujeito de direitos, em processo de desenvolvimento, e da condição de mulher, na peculiaridade de seu per-

tencimento aos povos tradicionais. A passagem do feminismo global para o feminismo local, busca a representação mais apurada da mulher. Não se pode emoldurar a mulher em uma única categoria, universal. As mulheres são plurais e as pluralidades antes não evidenciadas – negras, latinas e indígenas – passam a ter representação (Araújo; Silva-Reis, 2018). Ou seja, “[...] tanto a empatia quanto o conhecimento de outros feminismos só são possíveis pelo viés da interculturalidade, pela recepção das inúmeras culturas femininas e feministas.” (Araújo; Silva-Reis, 2018, p. 207). A promoção dos direitos das adolescentes Yanomami demanda a ruptura das estruturas coloniais, patriarcais e discriminatórias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa objetivou analisar a violência de gênero decorrente do garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami. Em um primeiro momento, fez-se uma contextualização dos povos Yanomami no Brasil, detalhando seu modo de viver, de habitar e de interagir. Em seguida, foi desenvolvido, a partir do relatório “*Yanomami sob ataque: garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami e propostas para combatê-lo*”, acerca do garimpo ilegal, com seus dados e impactos na vida dos povos originários Yanomami. Por fim, foram analisadas as violências praticadas pelos garimpeiros contra as meninas, adolescentes e mulheres Yanomami, destacando-se os sistemas estruturais de dominação, bem como a conjugação do colonialismo, do patriarcado, da discriminação étnico-racial e da violência baseada em gênero, a demandarem – a partir da teoria da proteção integral e da teoria feminista decolonial indígena, novas formas de pensar e efetivar a proteção das adolescentes Yanomami. Obteve-se, ao final, a confirmação da hipótese, com a constatação de que os direitos das crianças e adolescentes indígenas – de maneira geral –, e das adolescentes e mulheres Yanomami – em razão da violência de gênero – estão sendo sistemática e inaceitadamente violados no Território Indígena Yanomami.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cibele de Guadalupe Sousa; SILVA-REIS, Dennys. *Traduzir o feminismo: um subsídio decolonizador*. In: MELO, Paula Balduino de; COELHO, Jaqueline; FERREIRA, Larissa; SILVA, Diene Ellen Tavares (Org.). *Descolonizar o feminismo: VII Sernegra*. Brasília: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Brasília, 2019. p. 204-219.

BENUCCI, Thiago Magri. *O jeito yanomami de pendurar redes*. 2020. 261 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 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: 07 jun. 2022.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. *Os involuntários da pátria: elogio do subdesenvolvimento*. *Caderno de leituras*, Belo Horizonte, n. 65, p. 1-9. 2017. Disponível em: [https://chaodafeira.com/wp-content/uploads/2017/05/SI\\_cad65\\_eduardoviveiros\\_ok.pdf](https://chaodafeira.com/wp-content/uploads/2017/05/SI_cad65_eduardoviveiros_ok.pdf). Acesso em: 07 jun. 2022.

GASPARINI, Graziano; MARGOLIES, Luise. *La vivienda colectiva de los Yanomami*. *Tipiti: Journal of the Society for the Anthropology of Lowland South America*, n. 2, v. 2, p. 93-130. 2004.

HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI; ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE KWANA. *Yanomami sob ataque: garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami e propostas para combatê-lo*. Abril de 2022. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/yad00613.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2022.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MARINHO, Ana Cristina; SCHNEIDER, Liane; DEPLAGNE, Luciana. Apresentação. *Revista Ártemis*, João Pessoa, v. 28, n. 1, p. 2-7, jul./dez. 2019.

MONTILLA MUÑOZ, María Alejandra. *Análisis del feminismo decolonial, otra mirada desde Abya Yala, caso Programa Mujer – CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca)*. 2017. 143 f. Dissertação (Mestrado em Integração Contemporânea na América Latina) – Instituto Latino-Americano de Economia, Sociedade e Política, Foz do Iguaçu, 2017.

OJEDA GUTIÉRREZ, Jonathan; CORTÉS CARREÑO, José Cruz Jorge. Sujeto indígena y masculinidad: un diálogo sobre las intersecciones entre género y etnia. *Reflexiones*, San José, v. 101, n. 2, p. 1-21, jul./dic. 2022.

SILVA, Claudionor Renato da. *Proposta inicial de marco teórico para o feminismo decolonial indígena na EPT*. In: MOURA, Jónata Ferreira de. *Educação, gênero e sexualidade: perspectiva crítica e decolonial no espaço escolar e não-escolar*. Guarujá: Científica Digital, 2021. p. 151-170.

SURVIVAL. *Os Yanomami*. 17/03/2021. Disponível em: <https://survivalbrasil.org/povos/yanomami>. Acesso em: 06 jun. 2022.



# FAMÍLIAS LGBTQIAPN+ NO AMBIENTE ESCOLAR BRASILEIRO: ENFRENTAMENTO AO CONSERVADORISMO ESTRUTURAL

LGBTQIAPN+ families in the Brazilian school environment: facing structural conservatism

Fernanda Pantaleão Dirscherl<sup>1</sup>  
Carolina D'Amorim Barreto<sup>2</sup>

- 1 Advogada. Professora Substituta da Universidade Federal de Catalão. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em direito das famílias e sucessões, pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em direito público, com ênfase em administrativo, constitucional e tributário, Estácio de Sá, em processo civil, Unyleya, e psicologia jurídica, UNIARA. Pesquisadora assistente do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” junto ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Biomedicina e Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Coordenadora do Núcleo IBDFAM Uberlândia. E-mail: fernandapantaleaod@gmail.com.
- 2 Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBD). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Membro do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/BA. Membro da Comissão para a Promoção de Igualdade e Políticas Afirmativas em Questões de Gênero e Orientação Sexual (COGEN) do Poder Judiciário da Bahia. Endereço eletrônico: caroldamorim.adv@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

As discussões de gênero e orientação sexual ocorrem na maior parte dos casos em espaços preenchidos por adultos, especialmente sob o pretexto de que as crianças e adolescentes não compreendem a heterogeneidade dessas demandas. Inclusive, ressalta-se que diversos desses debates são oriundos de discriminações e preconceitos contra pessoas LGBTQIAPN+ pela porção conservadora da sociedade.

A fim de atingir as modificações de ações no contexto estrutural da sociedade, se faz necessário e iminente redirecionar o foco dessas discussões para incluir o envolvimento direto das crianças e adolescentes. Nesse sentido, apenas com a participação e contribuição dos jovens que se torna possível construir uma sociedade com maiores liberdades e garantias de proteção das escolhas identitárias e afetivas.

Frisa-se a evolução histórica dos formatos de famílias que compõem a sociedade brasileira, devendo existir uma proteção igualitária a todas, inclusive com base no Direito das Famílias Contemporâneo. Dito isto, as garantias devem se estender do ambiente familiar para o ambiente escolar, de modo que não há motivos para que famílias LGBTQIAPN+ sejam ignoradas ou silenciadas quando presentes em cenários sociais, devendo isto ser trazido e reforçado no ambiente educativo.

Para tanto, é necessário verificar como é possível utilizar a educação nas escolas para enfrentar o conservadorismo estrutural existente na sociedade, como forma de conscientizar, educar e progredir no combate inclusive contra a homotransfobia.

A partir desse problema é possível verificar que se a escola não possui responsabilidade na educação completa das crianças e adolescentes, abarcando conhecimento científico e social, não há o que se falar em transformação pela educação. Em outro sentido, de que se as escolas possuem o dever de educação e de transmissão de conhecimentos para além do científico, então estão diretamente relacionadas com a busca pela transformação social.

Dessa forma, o estudo buscou como método de abordagem o indutivo, a fim de se verificar dados e análises a fim de se compreender o papel da educação como possível instituição de transformação social, bem como foram utilizados a bibliografia, a estatística e análise de dados como métodos de procedimentos, a fim de verificar a realidade brasileira

perante a educação e modificação das estruturas até o momento perante os sujeitos LGBTQIAPN+.

## **CONTEXTO HISTÓRICO DA DIVERSIDADE DE FORMATOS DE FAMÍLIA**

A evolução histórica das entidades familiares perpassa por modificações em razão de contextos sociais e históricos. Remete a origem da família a época da Roma antiga, em que a expressão em latim *famulus* significava servos domésticos, estendendo-se posteriormente para referenciar pessoas de uma mesma casa, de uma mesma linhagem (BUENO, 1974, p. 1338-1339).

Pontua-se que era considerada família, segundo Aristóteles (2001, s.p.) a relação que se constituía por homem e mulher, havendo uma formação por base da linhagem e de culto aos deuses domésticos. Engels (1984) apresenta a evolução da família, perpassando pela ideia de liberdade, relacionando com a ideia de autopreservação e procriação, após uma suposta época matriarcal, a fim de que se fossem organizadas as famílias ao menos pela linhagem feminina. Passa-se ao estabelecimento de uma fase pré-monogâmica, em que as famílias se estruturavam pela constituição da verdade biológica a fim de buscar a certeza da paternidade.

Evoluiu-se a família até que houvesse a organização baseada na religião, de modo que a constituição familiar era organizada pela noção de patriarcalismo, uma vez que a superioridade era dada ao marido, e pela monogamia (COULANGES, 2006).

No direito brasileiro, a instituição casamento, até a Constituição Federal de 1988, representava a única formação familiar legal perante a sociedade brasileira, ainda que houvesse a existência de entidades socialmente toleradas (MIRANDA, 2000, p. 229). A promulgação da Carta Magna trouxe o reconhecimento de novas constituições familiares no artigo 226, entretanto ainda dentro do padrão heteronormativo, em que se passou a proteger também a união estável, heterossexual, e as famílias monoparentais.

Pontua-se que esse artigo constitui um rol exemplificativo de famílias a serem protegidas, sendo uma cláusula geral de inclusão a fim de proteger modelos que são presentes no contexto social, mas implicitamente consideradas na Constituição (LÔBO, 2018, p. 61). Nesse contexto, a partir de 2011 as uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo recebem a proteção por meio de decisão das ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade

4.277/DF, tendo a proteção do casamento dessas famílias sido confirmada a proteção por meio do Recurso Especial nº 1.183.378/RS.

Assim, verifica-se que a garantia jurídica de constituição familiar diversa passa a ser garantia recente no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se mantém a necessidade de manutenção constante dos direitos dos sujeitos dos modelos familiares que não se baseiam em casamento heteronormativo.

## **DIFICULDADES ENFRENTADAS EM UM AMBIENTE ESCOLAR CONSERVADOR E HETERONORMATIVO**

As crianças e adolescentes convivem no ambiente escolar durante grande parte de suas rotinas diárias, de modo que a maneira como são criados os estímulos nesse espaço interferem, consideravelmente, no comportamento dos discentes. Dessa maneira, os valores e a forma organizacional que a instituição adota, tem o poder de condicionar as ações dos alunos e, até mesmo, desestimular seus pensamentos críticos.

Nesse diapasão, Rui Canário (2002, p. 16) nos oferece o conceito de escola como uma instituição que a partir de um conjunto de valores se transformou em uma “fábrica de cidadãos”. Com isso, enfatiza-se que, analisando o contexto histórico, a escola tem a atribuição de unificar o formato cultural e político.

Padronizar e conservar as características sociais “ideais” faz com que os comportamentos diversos sejam suprimidos, desvalorizados e invisibilizados (ELIAN, 2013, p. 01). Dentre os padrões disruptivos, verifica-se a diversidade sexual, étnica e cultural, portanto, deixando à mercê instituições de ensino, em sua grande maioria conservadoras e heteronormativas, as escolhas do que se considera como valor social.

As estratégias para manter a relação de poder são aplicadas no ambiente escolar de maneira sutil. Com isso, começam nas escolhas dos profissionais que integram o próprio corpo acadêmico da instituição, passando pelos reforços diários na maneira como as disciplinas são ofertadas e, por fim, até a repreensão de determinadas discussões e movimentos questionadores.

Corroborando com esse entendimento, Foucault (2001) discorre que o saber pedagógico padronizado é utilizado como munição no processo de desenvolvimento dos indivíduos em sujeitos “normais”, isto é, esculpidos para concordar com as relações de dominação impostas.

Os costumes sociais heteronormativos foram naturalizados ao longo dos anos, de modo que, estão tão arraigados que não são notados à primeira vista. O contexto escolar reforça esse modelo conservador e heteronormativo, especialmente quando se analisa os processos identitários de gênero e diversidade sexual.

Fazendo uma rápida análise da grade curricular das escolas brasileiras, observa-se que nas aulas de literatura os livros que são indicados para leitura, majoritariamente terão como enredo central personagens héteros e cisgêneros (pessoa que se identifica com o gênero que nasceu). As aulas das matérias de ciências ou biologia, os relacionamentos homoafetivos aparecem em destaque apenas no contexto de alertas de perigo para doenças sexualmente transmissíveis, como a AIDS. Por fim, nas aulas de educação física não raro ocorre divisão dos alunos entre atividades próprias para meninos e meninas (ELIAN, 2013, p. 03).

Conseqüentemente, o reflexo que essas práticas trazem para a compreensão dos indivíduos, enquanto seres com personalidades em construção e em processos de identificação, são diversos. Com isso, pode-se supor que os alunos que não se encaixam nesse sistema ancorado na heteronormatividade e no sistema binário de gênero, logo são rotulados e suprimidos de maneira pejorativa e desrespeitosa.

A forma como uma criança e/ou adolescente se percebem e como os outros o enxergam influência no seu desenvolvimento enquanto sujeito. O enfoque da questão se verifica quando o processo de autocohecimento ocorre em uma etapa da vida em que o ambiente social que esse sujeito se encontra é o contexto escolar. Por conseguinte, de maneira ideal, a escola tem um comprometimento com esse indivíduo de proporcionar um espaço seguro para que possa se desenvolver sem suprimir suas vontades e direitos.

Inegavelmente a figura do professor e dos cargos de diretoria de uma instituição de ensino exercem uma influência no comportamento dos alunos. A vigilância constante do corpo acadêmico da repressão de comportamentos que não se enquadram no campo heterocisnormativo instauram um “esboço homotransfóbico” nas paredes das escolas. Com isso, os alunos chegam a absorver e possivelmente cometer atos de homotransfobia com os seus colegas e consigo, na tentativa de forçar um enquadramento.

O ambiente escolar pode ser considerado um microcosmos da sociedade, isto é, em muitas ocasiões reproduzindo desigualdades e padrões sistêmicos de exclusão (VIEIRA, 2012). Com base nisso, a discrimi-

nação em decorrência da orientação sexual e identidade de gênero figura como um dos motivos de evasão escolar dos alunos LGBTQIAPN+.

Os dados oficiais do Censo Escolar e da PNAD ainda não incluem os indicadores de identidade de gênero e orientação sexual, dificultando a mensuração em percentual do índice de casos de abandono escolar de estudantes da comunidade LGBTQIAPN+. Contudo, segundo pesquisa realizada pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA, 2020), cerca de 70% das pessoas trans e travestis não concluíram o ensino médio e apenas 0,02% dessa população teve acesso ao ensino superior.

Em entrevista, a pesquisadora Luma Nogueira de Andrade, primeira pessoa trans a concluir o doutorado na rede pública no Brasil, comenta que enxerga esse ambiente escolar brasileiro de exclusão de pessoas da comunidade LGBTQIAP+ como fruto de uma pedagogia violenta e entende que isso gera uma evasão involuntária. Veja-se:

Por não nos enquadrarmos dentro dessa ordem, passamos por um processo de exclusão tão bárbaro que passei a nomeá-lo na minha tese como pedagogia da violência. É um tipo de pedagogia que vai tentar ensinar as pessoas a ter uma forma de comportamento de acordo com os padrões conservadores, nem que precise usar de violência física, psicológica, moral e todos os outros seus aspectos. Quando fui a campo entender por que as meninas não iam à escola, descobri que aquilo se dava por elas não terem a oportunidade de ser elas mesmas. Nos dados da Secretaria de Educação, esses casos constam como evasão, o que culpabiliza a pessoa. Então, eu utilizo o conceito de 'evasão involuntária', porque não é algo desejado pela estudante, mas sim imposto. (GOMES; FAHEINA; KER, 2019)

Apesar do ambiente escolar ser o espaço no qual as pessoas deveriam estimular e compartilhar diversidades e desconstruir visões conservadoras, normatizadas e estereotipadas, ao contrário, tem sido um local de omissão e supressão daqueles que não pertencem ao padrão heteronormativo. O sofrimento causado aos alunos LGBTQIAPN+ poderia ser evitado se houvesse respeito e acolhimento do cenário educacional brasileiro.

## **PAPEL DA EDUCAÇÃO NA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

A escola deve ter como desafio fazer com que a sua função educativa assuma um caráter compensatório para as questões sociais. A educação deve ser utilizada como instrumento para que a instituição consi-

ga colocar à disposição dos alunos o acesso à pautas sobre diversidade, proporcionando a reconstrução de conhecimentos e provocando debates.

Esse processo deve ser colocado em prática mesmo sabendo que o ambiente escolar não será o único fator responsável por anular as desigualdades ocasionadas pelo conservadorismo estrutural da sociedade. Contudo, as escolas têm a capacidade de atenuar esses efeitos ao transmitir informação aos discentes, conforme preleciona Pérez Gómez (1998, p. 26):

(...) para provocar a organização racional da informação fragmentária recebida e a reconstrução das pré-concepções acríticas formadas pela pressão reprodutora do contexto social. (...) É preciso transformar a vida da aula e da escola, de modo que se possam vivenciar práticas sociais e intercâmbios acadêmicos que induzam à solidariedade, à colaboração, à experimentação compartilhada, assim como a outro tipo de relações com o conhecimento e a cultura que estimulem a busca, a comparação, a crítica, a iniciação e a criação.

Nesse sentido, a escola figura como um ambiente de interação social, no qual o aluno é apresentado às normas e regras de convivência e respeito. Para tanto, se faz necessário que exista uma rede de proteção e apoio para que as crianças e adolescentes realmente expressem suas individualidades, ao invés de apenas reproduzir um comportamento naturalizado pela maioria.

O objetivo das escolas não deve ser voltado unicamente para criar um profissional para o mercado de trabalho, mas sim proporcionar que aquela criança e adolescente se desenvolva como ser humano. À vista disso, Saviani (1980, p. 51) elenca que “o sentido da educação, a sua finalidade, é o próprio homem, quer dizer, a sua promoção”. Portanto, quando uma sociedade impulsiona o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo, consegue alcançar o nível de transformação necessário para se opor ao conservadorismo enraizado.

Sintetizando, para que as escolas consigam alcançar a sua real função educativa na sociedade, primeiramente, deverá preparar um cidadão ciente da sua capacidade de intervir na transformação social, especialmente no sentido de ampliar a liberdade, a comunicação e a colaboração entre todos (CARDOSO; LARA, 2009, p. 1326).

Compreende-se que o papel educativo das escolas não concorre ou substitui com o da família, porém permite que a criança e o adolescente tenham acesso a diversos pontos de vista sobre o mesmo tema. Isto é,

caso uma criança e/ou adolescente LGBTQIAPN+ conviva em uma família que objetiva reprimir sua identidade de gênero e/ou orientação sexual, a escola teria uma responsabilidade social com essa pessoa de oferecer as informações necessárias para seu pleno desenvolvimento.

Inevitavelmente irão existir as famílias que ecoam o discurso ultrapassado de que as escolas que tratam abertamente sobre orientação sexual e identidade de gênero supostamente estariam “convertendo” os alunos e promovendo uma ideologia de gênero. Para aqueles que desconhecem o termo, ideologia de gênero é empregado por alguns setores conservadores da sociedade para depreciar os debates sobre gênero, induzindo ao raciocínio de que, no ambiente escolar, os professores que trouxessem esse tema estariam “doutrinando” os alunos a adotarem uma orientação sexual diferente da heterossexual (SILVA, 2017, p. 17).

Apesar disso, inclusive conforme orientação da Secretaria de Educação Fundamental do Ministério da Educação (MEC), “o trabalho de Orientação Sexual na escola é entendido como problematizar, levantar questionamentos e ampliar o leque de conhecimentos e de opções para que o aluno, ele próprio, escolha seu caminho”. Assim, o livro de Orientações Curriculares do Ensino Fundamental sobre Orientação Sexual, disponibilizado pela referida Secretaria, propõe-se que as escolas brasileiras informem e discutam os tabus, preconceitos, valores e crenças relacionadas ao tema, de forma que os alunos tenham a capacidade de realizar uma autorreflexão e que possam compreender seus caminhos.

Práticas de inclusão e informação sobre questões de identidade de gênero e diversidade sexual podem auxiliar diversos alunos a decifram conflitos internos e esclarecerem dúvidas sobre quem são e, especialmente, que podem ser a melhor versão de si mesmos. A adoção de políticas inclusivas no ambiente escolar proporciona um vínculo de confiança entre aluno e instituição, além de garantir a saúde mental daqueles que estão sendo vulneráveis em prol de suas verdades.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A família é uma instituição que está em constante transformação na sociedade, não apenas em relação a sua constituição, mas também perante a forma de educação e criação dos filhos. Se por um período da sociedade entendia-se que os responsáveis pela educação centravam-se na figura parental, com a inclusão das crianças e adolescentes em sociedade percebe-se a expansão dos deveres de educação para o Estado e entidades sociais.

Nesse sentido, a escola, como instituição social, possui papel relevante na influência de valores que são apreendidos com as crianças e adolescentes, pois, apesar de a família ser o ciclo inicial de desenvolvimento desses sujeitos, a escola passa a dar continuidade na educação, sendo responsável pela expansão e prática dos conhecimentos de mundo.

Tendo em vista que as famílias possuem valores próprios e que nem sempre convergem para as modificações sociais, e conseqüentemente para a propositura aos filhos de novos valores que estejam correlacionados com as recentes demandas de proteção e garantias de direito, a educação institucional passa a ter papel fundamental para expansão desses conhecimentos.

Convergindo com tais considerações, frisa-se que muito embora o ambiente escolar deva propiciar os debates e informações relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero, verifica-se que ainda figura como um espaço hostil para os alunos da comunidade LGBTQIAPN+.

Dessa forma, mudanças no formato de ensino precisam ocorrer, desde a construção do currículo institucional que proporcione o acesso a esses conhecimentos, até na preservação de um espaço saudável de convivência e interação interpessoal. Isto é, antes de tudo o ambiente escolar deve ser acolhedor e seguro, reprimindo práticas homotransfóbicas, seja entre os alunos, professores ou diretores, evitando assim uma evasão involuntária dos alunos LGBTQIAPN+.

Conclui-se que a escola possui papel importante não apenas para a transmissão de conhecimentos científicos, mas também para interação e transformação social, possibilitando que as gerações tenham consciência da necessidade de modificação de valores e redução, para ao fim a extinção completa, de condutas conservadoras que limitem e/ou violem direitos de sujeitos da comunidade LGBTQIAPN+.

## REFERÊNCIAS

ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais). *Nota Pública da ANTRA sobre cotas e reservas de vagas em universidades destinadas às pessoas trans* (dez, 2020). Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/12/nota-sobre-cotas-trans-antra.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2022.

ARISTÓTELES. *Política*. E-book, São Paulo: Martin Claret, 2001.

BUENO, Francisco de Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Brasília, 1974.

BRASIL. Ministério da Educação (MEC), Secretaria de Educação Fundamental, Departamento de Políticas do Ensino Fundamental. *Orientações Curriculares do Ensino Fundamental sobre Orientação Sexual*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro102.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8). Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo homoafetivo*. Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do código civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. Min. Luis Felipe Salomão, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?-termo=2010%2F0036663-8&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 09 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ*. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 09 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 09 jul. 2022.

CANÁRIO, Rui (2002). *Escola — crise ou mutação?* In AA.VV., *Espaços de Educação*. Tempos de Formação. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CARDOSO, Maria Angélica; LARA, Ângela Mara de Barros. *Sobre as Funções Sociais da Escola*. In: Anais do IX Congresso Nacional de Educação - III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia (out. 2009). Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/5146/material/Sobre%20as%20fun%C3%A7%C3%B5es%20sociais%20da%20escola.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2022.

ELIAN, Isabella Tymburibá. *A heteronormatividade no ambiente escolar* In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbnmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373338752\\_ARQUIVO\\_IsabellaTymburibaElian.pdf](chrome-extension://efaidnbnmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373338752_ARQUIVO_IsabellaTymburibaElian.pdf). Acesso em: 09 jul. 2022.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Trad. de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Livro digital. São Paulo: Editora das Américas, 2006

GOMES, Bianca; FAHEINA, Caio; KER, João. *No ensino superior, o espelho da exclusão da pessoa trans*. *Revista Eletrônica Capitu (Grupo Estadão)*, (jun, 2019). Disponível em: <https://arte.estadao.com.br/focas/capitu/materia/no-ensino-superior-o-espelho-da-exclusao-de-pessoas-trans>. Acesso em: 09 jul. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 8. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: Parte especial. Direito de personalidade, direito de família, direito matrimonial (existência e validade do casamento)*. Campinas: Bookseller, 2000.

PÉREZ GÓMEZ, A. I. *As Funções Sociais da Escola: da reprodução à reconstrução crítica do conhecimento e da experiência*. In: GIMENO SACRISTÁN, J.; PÉREZ GÓMEZ, A. I. *Compreender e Transformar o Ensino*. 4ª ed. Porto Alegre: Art-Med, 1998.

SAVIANI, D. *Educação: do senso comum à consciência filosófica*. São Paulo: Cortez Autores Associados, 1980.

SILVA, Hellen Tatianne Alves da. *Gênero, Sexualidade e Diversidade na Escola*. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11495/1/21497123.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2022.

VIEIRA, Ana Maria. *Pedagogia Social nas escolas: um olhar sobre a mediação e educação social*. In: *Cadernos de Pedagogia Social*, nº 4. Porto: UCP. 2012.



# A VALORAÇÃO DO CUIDADO EXCLUSIVO NA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS

The exclusive care in child support valuation

Cecília Nunes Barros<sup>1</sup>

---

1 Advogada com atuação exclusiva no âmbito dos Direitos das Famílias e Sucessões; membro da Diretoria Executiva do IBDFAM/RS e componente da Comissão Especial de Direito de Família da OAB/RS. Pesquisadora no grupo Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao Mestrado da FMP/RS, sob a coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa; contato@ceciliabarros.com.br.

## INTRODUÇÃO

Nas famílias em que os pais já não são ou nunca foram um casal, em regra, os filhos permanecem sob os cuidados da mãe. Por vezes, o pai convive em dias determinados e alcança alimentos. Nesse formato, embora possa considerar-se, em tese, dividido o encargo do sustento, o trabalho de cuidado com os filhos é da mulher.

A função de cuidado, seja com filhos ou idosos, é naturalmente atribuído ao sexo feminino pela construção cultural das características de gênero <sup>2</sup>. Esse encargo é composto por intenso convívio e cuidados diretos e indiretos com necessidades básicas e sociais. Normalmente não é remunerado e nem possui limite de carga horária.

A dedicação ao cuidado exclusivo com o filho ocupa tempo que seria destinado ao seu desenvolvimento pessoal e profissional, o que acaba vulnerabilizando essas mulheres no mercado de trabalho, impactando diretamente a economia das famílias lideradas por elas <sup>3</sup>, em franco prejuízo aos filhos.

Este estudo convida a refletir se o cuidados com os filhos de forma exclusiva, traduz-se em atividade que poderia ser materialmente valorada a ponto de ser contabilizada nas necessidades do filho que recebe pensão alimentícia, compondo o valor dos alimentos. Ou, ainda, se o cuidado exclusivo deveria ser considerado como parcela *in natura* alcançada pela mãe, impactando no valor dos alimentos pagos pelo pai em favor do filho.

Além disso, será analisado se a valoração do trabalho de cuidado exclusivo teria algum impacto positivo no exercício da parentalidade res-

---

2 A naturalização da atribuição da responsabilidade prioritária ou exclusiva das mulheres sobre o cuidado também leva, no cotidiano concreto da vida – no que se denomina de dupla jornada - à desigualdade de oportunidades e de salários no mercado de trabalho. Como mulheres têm menos tempo livre para dedicar à criação de contatos e à capacitação, muitas vezes esbarram no chamado “teto de vidro” que diz respeito às barreiras invisíveis que impedem as mulheres de ascender aos níveis hierárquicos mais elevados; ou no “piso pegajoso” que é a representação da vinculação das mulheres aos trabalhos mais precários, com salários mais baixos, com poucas perspectivas de mobilidade *in* Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021. Brasília: CNJ: 2021, p. 26.

3 Segundo dados divulgados pelo IBGE (2017), tem-se que a taxa de pobreza por família é maior entre as famílias compostas por mulheres sem cônjuge e com filhos(as). Ademais, os dados obtidos por Manso, Toledo e Burgarelli (2019) com o sistema Ibope apontam que em São Paulo/SP as chances de ser mãe solo na periferia é até 3,5 vezes maior do que nas demais zonas da cidade.

ponsável e no equilíbrio da convivência das crianças e adolescentes com ambos os genitores, servindo de estímulo a melhor divisão de cuidados e convívio em benefício dos filhos.

A presente reflexão ocorre em um momento de intensos debates e alterações legislativas sobre o exercício da parentalidade<sup>4</sup> para incentivar o convívio entre pais e filhos e evitar o abandono afetivo, que é punido pelo judiciário com imposição de pagamento de indenização.

Para que seja viável o estudo, serão brevemente retomados conceitos de poder familiar ou função parental, do dever de sustento da prole, bem como sobre a composição do valor e a forma de pagamento dos alimentos por aquele com quem o filho não reside. Serão verificados, de forma resumida, o valor jurídico do cuidado e a economia do cuidado para tentar responder se podem ser valorados, no pagamento da pensão alimentícia, o cuidado exclusivo. Em suma, a metodologia de pesquisa foi exclusivamente bibliográfica.

## DO PATRIO PODER À FUNÇÃO FAMILIAR

O que hoje se considera dever, por muito tempo foi direito do pai sobre os filhos. Anteriormente à Constituição Federal e da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), havia o pátrio poder –que remonta ao direito romano e ao *pater potestas*: poder absoluto e ilimitado conferido ao chefe da família sobre os filhos.

O então pátrio poder seguia um modelo de “submissão do filho aos desígnios quase ilimitados dos pai; a criança era tida mais como objeto de cuidado e correção que como sujeito próprio de direitos” (LOBO, 2016, p. 127). No período pré-constitucional muitos direitos foram negados, principalmente àqueles concebidos fora do casamento, que sequer teriam registrado o nome do pai.

O pátrio poder era restrito ao âmbito da família matrimonial, o que normalizou a irresponsabilidade masculina com a prole concebida fora do casamento, que não eram considerados dignos de estar sob a autoridade do genitor.

A constitucionalização da sociedade, legitimada pela luta por igualdade e isonomia travada pelos movimentos feministas e políticos,

---

4 Está em trâmite o Projeto de Lei 1.974/21 que trata da licença parental Lei 14.340, de 18 de maio de 2022, que altera a Lei da Alienação Parental (12.318/2010) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/1990)

elevaram a proteção integral da infância e da adolescência como princípio máximo das famílias, reconfigurando o chamado poder familiar.

Esse poder-dever consiste na obrigação dos pais de dirigirem a educação e exercerem sua guarda na modalidade unilateral ou compartilhada até o fim da adolescência do filho. Em razão desse instituto, podem os pais conceder ou negar aos filhos consentimento para viagem ao exterior ou mudança de cidade, para o casamento, assim como podem nomear-lhes tutor na hipótese de sua falta.

O poder familiar se extingue com a maioridade dos filhos e atribui aos pais a responsabilidade de representá-los judicial ou extrajudicialmente nos atos da vida civil, exigir-lhes obediência e respeito e reclamar sua custódia.

Ocorre que, mesmo que a eleição da expressão poder familiar tenha tentado igualar homens e mulheres, ainda assim manteve a ênfase no poder sobre os filhos, somente deslocando-o do pai para a família.

Portanto, adequada a utilização de outros termos como função, dever ou responsabilidade parental, ou função familiar, que “serve muito mais ao inovador espaço dos genitores no interesse positivo dos filhos, do que se pensado como poder, noção esta que afasta e, por certo, não atende às diretrizes do melhor interesse das crianças e adolescentes.” (ROSA, 2022, p. 520)

Assim, a função familiar é o compromisso dos pais em proteger e estimular o desenvolvimento dos filhos através do exercício do cuidado. Esse compromisso, decorrente da razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais com absoluta dependência desde o seu nascimento, reduz-se em intensidade na medida do seu crescimento.

A concepção constitucional resultou em verdadeira inversão de prioridades nas famílias: “o pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar ou autoridade parental existe em função e no interesse do filho.” (LOBO, 2016, p. 125)

Obviamente, incluída na função familiar, está a obrigação ao sustento material dos filhos. que não se confunde com a guarda das crianças e adolescentes.,

Em sendo atributo da função familiar, a guarda designa o modo de gestão da vida das crianças e adolescentes, determinando a parcela de responsabilidade de cada genitor. No artigo 1.583 do Código Civil há a previsão de guarda na modalidade unilateral, quando o filho se mantém

sob a custódia e direcionamento de somente um dos genitores e na modalidade compartilhada, em que ambos os pais dividem as responsabilidades através do convívio parental equilibrado, sendo fixada uma base de moradia com um deles.

## DO DEVER DE SUSTENTO

Da função familiar deriva o dever de sustento dos filhos até sua maioridade, sendo a contribuição dos pais realizado na proporção de seus ganhos e bens. Em sendo o primeiro direito fundamental a sobrevivência, inegável que em contextos de famílias desfeitas, os alimentos devem ser assegurados aos filhos para garantir seu direito à vida e à integridade física.

Desse modo, aquele com quem o filho não reside poderá ser judicialmente obrigado a pagar alimentos, independentemente da modalidade da guarda. O dever de sustento está amparado no princípio da dignidade e na solidariedade familiar e será fixada para o sustento integral do filho, compreendendo a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, educação.

A criança ou adolescente que precisa recorrer ao judiciário para receber alimentos tem suas necessidades consideradas presumidas<sup>5</sup>, devendo somente demonstrar o *quantum* adequado às suas despesas, comprovar o parentesco.

## DO TRINÔMIO ALIMENTAR E DA ALTERNATIVIDADE

Em sendo a obrigação aos alimentos inafastável mesmo aos pais destituídos da função familiar, o cálculo do valor a pagar considera as necessidades de quem recebe, a contribuição de ambos os genitores ponderando-se suas possibilidades.

As necessidades presumidas do alimentando não são somente despesas de sobrevivência, mas aquelas para garantir seu bem-estar, considerando o direito ao patrimônio mínimo. O primeiro parâmetro para o cálculo dos alimentos é o levantamento dos custos de uma vida digna e

---

5 A presunção de necessidade dos filhos sob o poder ou função familiar decorre da ausência de condições de sobrevivência digna do filho sem o auxílio do genitor alimentante *in* FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Famílias/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 12.ed. ver. E atual – Salvador: Juspodium, 2020, p. 810.

a seguir, a análise da capacidade contributiva do alimentante, que deverá garantir ao filho padrão de vida semelhante ao seu.

Além das necessidade e possibilidades é considerada a proporcionalidade e razoabilidade, que tanto visa assegurar que o valor arbitrado não prejudique a subsistência de quem paga, quanto que o alimentando receba valor adequado ao nível de vida do alimentante.

O pagamento pode ser feito por um valor mensal ou diretamente das despesas do alimentando, o que a doutrina chama de alimentos *in natura*. O pagamento *in natura* permite que o devedor tenha maior noção das necessidade do credor.

Crianças e adolescentes que residem apenas com a mãe e recebem alimentos do pai, também os recebem dela. Ela alcança alimentos *in natura* ao fornecer estrutura de moradia, alimentação e outros itens de necessidade do filho. Pretende-se analisar se os cuidados exclusivos poderiam ser considerados como prestação de alimentos *in natura*. Pretende-se debater a possibilidade de, no cálculo da proporcionalidade e razoabilidade para estabelecer o valor a ser pago, poderia ser determinado o pagamento de valor proporcionalmente maior em favor da criança ou adolescente, em razão da não plenitude no dever de cuidado.

## **DO VALOR JURÍDICO DO CUIDADO E O DEVER DE CONVIVÊNCIA**

O cuidado é intrínseco à função familiar e como toda obrigação, seu descumprimento impõe penalidades. A proteção, o carinho, a delicadeza, o estímulo à cidadania, ao desenvolvimento de valores pessoais e o cuidado do dia-a-dia, o alimentar, vestir, banhar, pentear etc., tudo isso é inerente às relações familiares sendo até mesmo imposto pelo princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, e certamente só é possível no convívio equilibrado entre pais e filhos.

O dever de cuidado e o direito ao afeto nas relações de filiação vem sendo pauta de diversas demandas. A partir do julgamento do Recurso Especial 1.159.242, consolidou-se o a obrigatoriedade do cuidado. O referido recurso, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, em 24/04/2012, analisou pedido de indenização feito por uma filha que demonstrou abandono material e afetivo pelo pai desde a infância. No julgamento ficou sacramentado que o cuidado é fundamental para a formação da

criança e do adolescente e não depende do amor, e o descumprimento do dever de cuidado impõe indenização<sup>6</sup>.

Mais recentemente, em 21/09/2021, e novamente sob a relatoria da Ministra Nancy, foi julgado o Recurso Especial 1.887.697, avançando e reconhecendo que a parentalidade impõe além do dever de sustento e de cuidado, o dever de convívio, sendo seu descumprimento passível indenização. A responsabilização civil pode dissuadir pais ausentes de praticarem esse abandono e isso mudar a cultura da não convivência: “Pai e mãe, têm obrigação de conviver com os filhos para uma hígida formação moral e psíquica” (MADALENO, 2022), porque a função familiar traz como função a educação e a formação dos filhos.

É certo que o sustento pode ser alcançado à distância, mas o cuidado no exercício da função familiar somente pode ser realizado através da presença dos pais na vida dos filhos, a tanto que a legislação estabelece essa convivência como um dever e não faculdade dos genitores:

embora o artigo 1.589 do Código Civil informe se tratar de uma faculdade do pai ou da mãe, em cuja guarda não esteja o filho, visita-lo ou tê-lo em sua companhia, além de fiscalizar sua manutenção e educação, constitui-se, em realidade, de um dever que os genitores devem exercer a fim de atender aos superiores interesses da criança e adolescente preconizados pelo artigo 227 da Constituição Federal. (MADALENO, 2020, p. 815)

Em sendo a convivência parental um direito, qualquer obstáculo infundado ao convívio é passível de penalidade, inclusive de multa, podendo as chamadas *astreintes*, serem fixadas àquele que impedir o convívio parental, como previsto na Lei 12.318/10 (lei da Alienação Parental). Na mesma medida, o genitor que se omite do convívio filial pode ser

---

6 Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisanado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

condenado ao pagamento de multa, o que se estabelece para induzir o cumprimento da obrigação:

Não é sem outro sentido o propósito já largamente disseminado de aplicação de *astreintes* na omissão das visitas, como uma forma de punição pecuniária, embora em menor extensão, mas de cunho dissuasório, e, se não minimizar a falta pelo desembolso financeiro, ao menos guarda na sua aplicação um caráter claramente pedagógico. (MADALENO, 2020, p. 647)

Nesse sentido, considerando-se a sobrecarga materna no cuidado com a prole, a reflexão sobre a possibilidade de contabilização do cuidado exclusivo no valor dos alimentos, poderia servir ao mesmo desiderato que as *astreintes* pelo descumprimento do convívio e a indenização pelo abandono afetivo, que possuem identidade de propósitos: estimular o cumprimento das obrigações provenientes da função familiar.

## **A SOBRECARGA MATERNA NOS CUIDADOS COM OS FILHOS**

É notório que os filhos, no desfazimento ou na ausência de constituição de núcleo familiar, em sua maioria, ficam sob os cuidados da mãe<sup>7</sup>. Na maternidade solo, ela exerce as responsabilidades da complexa função-dever atribuída a dois indivíduos, sozinha:

Apesar da Lei de Alimentos e o Código Civil de 2002 reforçarem a ideia da obrigatoriedade de prestação dos alimentos entre pais e filhos(as) no que tange às questões materiais, não se pode deixar de observar a necessidade de partilha dos demais aspectos inerentes a educação e criação dos filhos, que no caso das mães solo, acaba representando a concentração dessas responsabilidades na figura da mulher. (GALVÃO, 2020, p. 12)

As mães solo quase nunca podem contar com o pai, assumindo elas, todo o encargo com a criação e educação do filho, porque os ho-

---

<sup>7</sup> De acordo com o IBGE em uma pesquisa divulgada em 2017, em 2005 o número de mulheres com filhos e sem cônjuge alcançava o montante de 10,5 milhões. Em 2015 esse número atingiu a marca de 11,6 milhões, demonstrando o acréscimo de 1,1 milhões *in* GALVÃO, Lize Borges. Mãe solteira não. Mãe solo! Considerações sobre maternidade, conjugalidade e sobrecarga feminina. Revista Direito e Sexualidade, v. 1, n. 1, 2020, p. 11.

mens raramente exercem o convívio mínimo e pagam adequadamente a pensão. Tal situação é de conhecimento público e conforme os relatórios da Justiça em Números do CNJ, as ações judiciais envolvendo alimentos são as principais nas Varas de Família e compõem os cinco assuntos mais demandados na Justiça Estadual.

Esse dado, associado ao crescimento do número de crianças sem o reconhecimento da paternidade no registro do nascimento e a queda no reconhecimento de paternidade extrajudicial, segundo a Arpen-Brasil<sup>8</sup>, possibilita inferir que o cuidado com os filhos é relegado às mães. Muito embora seja estimulada maior participação dos homens na criação dos filhos, refletida nos avanços legislativos e no axioma do direito de família contemporâneo que privilegia o convívio parental, ainda pode-se dizer que a regra é a sobrecarga da mulher no exercício da função familiar.

## **A ECONOMIA DO CUIDADO: O QUE CHAMAM DE AMOR É TRABALHO NÃO PAGO**

Nesse contexto, para verificar a possibilidade de contabilização do exercício do cuidado exclusivo no valor dos alimentos, faz-se necessária, ainda, a análise do valor econômico do cuidado. Conforme definição da Organização Internacional do Trabalho, o cuidado é trabalho “que pode ou não ser remunerado, envolve dois tipos de atividades: as diretas, como alimentar um bebê ou cuidar de um doente, e as indiretas, como cozinhar ou limpar” e “o cuidado é um trabalho que possui uma forte dimensão emocional, se desenvolve na intimidade, mas não deixa de ser uma atividade econômica” (QUEIROZ, 2021, p. 3).

Os avanços da pesquisa sobre o tema levaram à constatação de que a oferta de cuidados é distribuída de forma desigual na sociedade, recaindo de forma mais intensa sobre as mulheres. Em linhas gerais, o cuidado para que crianças possam viver bem, alimentar-se, ter saúde, higiene, lazer, trata-se de trabalho não remunerado erroneamente identificado como “amor de mãe” para justificar seu não pagamento e ausência de limites na carga horária.

A ativista feminista, filósofa e historiadora Silvia Federici, ao verificar que as mulheres são as maiores responsáveis pelo trabalho de re-

---

8 Número de crianças sem o nome do pai na certidão cresce pelo 4º ano seguido: 100 mil nascidos em 2021 não têm registro paterno (<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/numero-de-criancas-sem-o-nome-do-pai-na-certidao-cresce-pelo-4-ano-seguido/>, acessado em 14 de maio, 2022).

produção da vida humana, que envolve tarefas domésticas e de cuidado, bem definiu: “o que eles chamam de amor, nós chamamos de trabalho não pago”.(CALDAS, 2021)

É sabido que as atividades de cuidados diretos e indiretos podem ser terceirizadas nas famílias através da contratação de faxineiras, empregadas domésticas e babás, por exemplo. Tais serviços possuem valor econômico no mercado, além da conhecida incidência de encargos trabalhistas. Assim, não há como se ignorar que o cuidado possui valor econômico passível de mensuração.

Os impactos econômicos do cuidado exclusivo pelas mães são inegáveis, porque a sobrecarga daí advinda, impede-as, muitas vezes, de investir em sua educação e profissionalização, de aceitar melhores empregos longe de sua eventual rede de apoio, vulnerabilizando-as ainda mais. Isto porque, segundo dados divulgados pelo IBGE, em 2017, a taxa de pobreza por família é maior entre as famílias compostas por mulheres sem cônjuge e com filhos.

É de conhecimento público que a mulher recebe menores salários e que muitas, após o retorno da licença maternidade são demitidas ou precisam abandonar o emprego porque não têm quem cuide os filhos. Como iniciativa para reparar os impactos de tamanha desigualdade, foi proposta, em 2021, no Senado Federal do Brasil, a Emenda Constitucional nº 24, que pretende reconhecer como tempo de contribuição, para aposentadoria, o período de tempo dedicado pela mulher ao cuidado com os filhos.

A justificação do projeto de emenda reconhece que em “consequência da divisão sexual de tarefas que relega às mulheres os cuidados, muitas se retiram do mercado de trabalho pela dificuldade de conciliar trabalho e cuidados.”, assim como registra que “a necessidade conciliar trabalho e cuidados leva a que elas tenham trajetórias laborais mais descontínuas e instáveis, além de se encontrarem nos trabalhos mais precários e pior remunerados”(CALDAS, 2021)

A proposta, que se alinha a avanços de países como França e Argentina na busca da redução de injustiças de gênero na sociedade, veio para dar visibilidade ao trabalho invisível e não remunerado de exercício exclusivo do trabalho de cuidado familiar pelas mulheres. Nesse sentido, o dever de cuidado com os filhos, abrangido pela função familiar, possui valor jurídico e econômico e vem sendo hoje majoritariamente realizado pela mulher, mostrando-se necessária adoção de medidas para estimular o equilíbrio dos cuidados, do sustento e do convívio com os filhos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sendo o cuidado e convívio com os filhos atributos da função familiar, aquele que não convive com a prole e, por conseguinte, não exerce devidamente o cuidado inerente à função, deixando-a ao encargo do outro de forma exclusiva, poderia ser onerado por isso ao pagar alimentos, proporcional e razoavelmente maiores na divisão dos custos dos filhos.

O cuidado exclusivo pela mãe constitui-se em alimentos *in natura* por ela ofertados, pois possuem inegável valor econômico. Assim, ao menos o filho será compensado pela não participação do pai nos seus cuidados. Inobstante, ressalte-se que tais valores seriam, obviamente, destinados às necessidades do alimentando, não configurando compensação pecuniária à mãe pelos serviços prestados. Que não se confunda a possibilidade de valoração do cuidado exclusivo na composição dos alimentos aos filhos com os alimentos civis ou compensatórios eventualmente devidos entre ex-cônjuges.

Atribuir-se ao cuidado exclusivo o valor que possui e computando-o no cálculo dos alimentos, haverá maiores luzes para o devido exercício da função familiar. O trabalho não remunerado, realizado por imposição social ou falta de opção, sobrecarrega a mulher e isso prejudica os filhos.

Essa possibilidade seria mais um fator de estímulo ao exercício da paternidade responsável, sendo estímulo ao convívio parental adequado e do cuidado inerente à função familiar, a exemplo da previsão de *astreintes* pelo descumprimento da convivência com a prole e a imposição de indenização por abandono afetivo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Relatório da Justiça em Números 2020*. Brasília: CNJ: 2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acessado em: 16 de maio de 2022.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Relatório da Justiça em Números 2021*. Brasília: CNJ: 2021. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acessado em: 16 de maio de 2022.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021*. Brasília: CNJ: 2021. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 18 de maio. 2022.

BRASIL. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua PNAD*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnadcontinua.html?edição=20636&t=sobre>. Acessado em: 23 de maio. 2022.

BRASIL. *Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 24, de 2021. Altera os arts. 10 e 19 da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, para dispor sobre o tempo de contribuição das mulheres*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149491>. Acessado em 16 de maio de 2022.

CALDAS, Sténfany. *Precisamos falar sobre a economia do Cuidado. Arribação:2021*. Disponível em: <https://arribacao.com.br/2021/05/04/precisamos-falar-sobre-a-economia-do-cuidado/>. Acessado em 12 de maio de 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias* [livro eletrônico]/ Maria Berenice Dias 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Famílias*/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 12.ed. ver. E atual – Salvador: Juspodium, 2020.

GALVÃO, Lize Borges. *Mães solteiras não. Mães solo! Considerações sobre maternidade, conjugalidade e sobrecarga feminina*. Revista Direito e Sexualidade, v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://pdfs.semanticscholar.org/e509/6ebe18d6572b3656ccea82968f2c7c2820.pdf>. Acessado em 15 de maio de 2022.

LÔBO, Paulo. *Alimentos in Tratado de Direito das Famílias*/ Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). 2ª edição. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família* [livro eletrônico]/ Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. *Abandono afetivo: jurisprudência sobre indenização tem evoluído, apesar da “cultura da não convivência”*. Disponível em: <https://ibdfam>.

org.br/noticias/9678/Abandono+afetivo%3A+especialista+exp%C3%B5e+%-22cultura+da+n%C3%A3o+conviv%C3%Aancia%22+e+aponta+evolu%C3%A7%C3%A3o+na+jurisprud%C3%Aancia+sobre+o+tema, Acessado em: 20 de maio de 2022.

OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. *Cuidado como valor jurídico: crítica aos direitos da infância a partir do feminismo*. 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/59454>. Acessado em: 16 de maio de 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense: 2020.

QUEIROZ, Chirstina. *Economia do cuidado. Aumento na expectativa de vida da população e novos arranjos familiares ampliam a demanda por cuidadores e desafiam a gestão pública* Revista Pesquisa FAPESP Edição 299. São Paulo:2021. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/economia-do-cuidado/> . Acessado em: 10 de maio de 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 9. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022.

TARTUCE, Flávio. *Alimentos in Tratado de Direito das Famílias/ Rodrigo da Cunha Pereira (organizador)*. 2ª edição. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.



# ALIMENTOS AVOENGOS E A NECESSIDADE DE COLAÇÃO

Grandparents' pension and the need for a collation

Maria Eduarda Bittarello Toniolo<sup>1</sup>

---

1 Maria Eduarda Bittarello Toniolo, graduanda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais; mariaebtoniolo@gmail.com

## INTRODUÇÃO

O presente resumo, cuja pesquisa encontra-se ainda em desenvolvimento, possui como problema a análise acerca da necessidade de se colacionar os alimentos pagos pelo avô ao neto, sob pena de caracterização de enriquecimento sem causa do genitor, titular inicial da dívida de alimentos.

Faz-se uma ponderação se a pensão alimentícia paga a um descendente pode ou não ser considerada uma antecipação de herança e, portanto, vir a ser objeto de colação em futura sucessão causa mortis do alimentante. A necessidade de serem colacionados os alimentos prestados aos descendentes de qualquer grau do herdeiro se dá em razão de, em face do inadimplemento do genitor - titular originário da obrigação alimentícia -, o ascendente ter arcado sucessivamente com obrigação que inicialmente não era sua. Quer dizer, em decorrência do inadimplemento do genitor, isto é, uma omissão do devedor, os avós poderão ser demandados em ação de alimentos, e a consequência disto é que estes alcançarão valores para adimplemento de dívida de terceiro, seu filho, caracterizando um adiantamento de herança. Assim sendo, havendo o adiantamento de herança, tais valores deverão ser colacionados no momento da partilha, a fim de igualar as legítimas e assegurar a igualdade das quotas entre os filhos. De outra banda, na hipótese de não colação de determinados valores e, em consequência, resultando na desigualdade do monte recebido por cada herdeiro, vislumbra-se caso de enriquecimento sem causa por parte do herdeiro que deveria ter procedido com a colação, uma vez que, daquela dívida que lhe era obrigado a prestar alimentos e permaneceu inadimplente, a obrigação foi adimplida em decorrência de liberalidade de seu ascendente, em outras palavras, o de cujus desembolsou quantia para pagamento de débito do filho, restando eminente o adiantamento de herança e, por conseguinte, a necessidade de se colacionar tais valores.

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar acerca da necessidade de colação dos alimentos pagos pelo ascendente à luz da impossibilidade do enriquecimento sem causa.

A metodologia utilizada na presente pesquisa será o método dedutivo, com o exame de problemas do geral para o específico, através de uma cadeia de raciocínio decrescente. Inicialmente, será realizada uma análise e exploração dos conceitos basilares individualmente considerados, para, posteriormente, desenvolver a tese que defende a necessidade de colação dos alimentos pagos pelo ascendente à luz da impossibilidade do enriquecimento sem causa.

## ALIMENTOS: CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES

De início, cabe a esta pesquisa uma análise minuciosa acerca do instituto dos alimentos, assim como suas características e espécies.

Adentrando-se no conceito de alimentos, pelos ensinamentos de Rolf Madaleno (MADALENO, 2022, p. 1003), estes são percebidos com a finalidade de suprir a necessidade de um dever de amparo, o que motiva a sua derivação de lei, isto é, têm sua origem em uma disposição legal, e não em um negócio jurídico, como acontece com outras classes de alimentos advindos de contrato ou de testamento, ou, até mesmo, os alimentos indenizativos.

Nessa linha de pensamento, no âmbito jurídico, os alimentos podem ser conceituados como “tudo o que se afigurar necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna” (FARIAS, 2016, p. 702), alcançando tanto as despesas ordinárias, como os gastos com alimentação, habitação, assistência médica, vestuário, educação, cultura e lazer, quanto as despesas extraordinárias, envolvendo, por exemplo, gastos em farmácias, vestuário escolar, provisão de livros educativos. Somente não estão incluídos nestes valores os gastos supérfluos ou luxuosos decorrentes de vícios pessoais e extravagâncias (FARIAS, 2016, p. 703).

Em síntese, o dever de prestar alimentos, previsto nos artigos 1.694 e seguintes da codificação civil brasileira, é uma obrigação imposta àqueles a quem a lei determina que prestem o necessário para a manutenção de outro, sendo que o fundamento desta obrigação é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e o da solidariedade social e familiar constitucionalmente imposta (art. 3º, I, CF).

Ademais, considerando a natureza jurídica de direito da personalidade, a obrigação alimentar possui diversas características atreladas a esta natureza especial, as quais serão abordadas a seguir.

## CARACTERÍSTICAS

De começo, cumpre destacar que, devido à abundância de características da obrigação alimentar e, que nem todas são essenciais para embasar e construir a problemática da presente pesquisa, serão destacadas apenas aquelas que, de alguma forma, estão mais ligadas ao tema central deste artigo.

Inaugurando este tópico, com fundamento no artigo 1.707 do Código Civil, tem-se que o direito à prestação alimentícia é um direito personalíssimo, isto é, não pode ser repassado a outrem, porque a titularidade da obrigação alimentar é exclusiva do credor, não podendo que outra pessoa demande em seu nome uma condição que lhe é essencialmente própria. Isso quer dizer que o direito a alimentos não permite cessão, onerosa ou gratuita, assim como veda a compensação, com dívidas de que natureza for, impedindo que o devedor modifique, por vontade própria, o modo de prestar a verba alimentar, como, por exemplo, compensar os valores devidos a título de pensão com o pagamento de viagens ao filho.

Corroborando isso, interessante destacar que esse caráter pessoalíssimo do direito ao recebimento de alimentos é no sentido de que não pode ser repassado a outrem, seja através de uma das formas de garantir o direito à vida, e que não pode faltar ao cidadão o necessário à manutenção de sua existência, tanto concernente a alimentação, quanto em relação à saúde, educação e lazer.

E a prova dessa natureza personalíssima é, justamente, o fato de que os alimentos são fixados levando em conta todas as peculiaridades da situação do credor e do devedor, considerando circunstâncias pessoais de cada um.

Seguindo para a próxima característica, com fundamento no artigo 1.696 do diploma civil, a obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos. Em outras palavras, se um dia pôde receber alimentos, um dia pode ter que prestá-los com quem o foi solidário, destacando-se que a solidariedade pode ser estendida a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Ademais, acerca da irrenunciabilidade da prestação alimentícia, importante mencionar que diz respeito somente quando fixado em favor de incapaz, uma vez que é possível renunciar o direito a alimentos entre cônjuges ou companheiros. Ainda sobre essa característica, destaca-se que “renunciar” é diferente de “deixar de prestar”, então, o que é vedado é

a renúncia, enquanto que não existe nenhuma proibição quanto ao não cumprimento da obrigação, mas, nesse caso, são fixadas penalidades para quem não o faz.

Passa-se avante, nas palavras de Rolf Madaleno (MADALENO, 2022, p. 1039):

“Nenhum dispositivo de lei consigna que os alimentos pagos não podem ser devolvidos; contudo, este tem sido um princípio sedimentado pela tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, no propósito de proteger o alimentando eventualmente sujeito a ter de devolver prestações alimentícias pagas em duplicidade, ou indevidamente prestadas”.

Neste sentido, tem-se a irrepetibilidade dos alimentos, o que significa dizer que, uma vez alcançados os alimentos, estes não poderão ser devolvidos, visto que “a quantia paga a título de alimentos não pode ser restituída pelo alimentando por ter servido à sua sobrevivência”.

Por fim, a última característica dos alimentos se refere à transmissibilidade, a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do alimentante, gerando com que o espólio tenha a obrigação de continuar prestando alimentos àquele a quem o falecido era devedor, ocorrendo somente nos casos em que havia estipulação, por sentença judicial ou acordo, antes do falecimento do autor da herança e destacando-se, também, que o patrimônio particular do herdeiro não é responsabilizado pela obrigação alimentar deixada pelo de cujus. Resumindo, ocorre uma sub-rogação limitada da obrigação à prestação alimentícia.

## **ESPÉCIES**

Passa-se agora para o exame das espécies de alimentos e, da mesma forma, considerando a amplitude deste instituto, somente serão analisadas algumas espécies pontuais e que merecem destaque na presente pesquisa.

Quanto à origem, os alimentos poderão ser legítimos, voluntários ou ressarcitórios, a depender da razão jurídica justificadora da prestação alimentícia. Rolf Madaleno (MADALENO, 2022, p. 1008) expõe que “são legítimos quando advém da lei e são devidos em virtude dos vínculos de parentesco, pelo direito sanguíneo, ou por decorrência do casamento e da união estável, todos derivando do Direito de Família”, previstos no artigo 1.694 do Código Civil.

Já os alimentos identificados como voluntários provêm de uma declaração de vontade, que pode ser contratual, quando a pessoa se obriga a pagar espontaneamente alimentos para outrem, ou quando tem como causa a morte do alimentante, sendo ajustados através de legado de alimentos, em testamento, como dispõe o artigo 1.920, da codificação civil brasileira. Essa obrigação alimentar é derivada de um contrato ou de um legado de alimentos manifestado em um testamento e pode ser temporária ou vitalícia, devendo os contratantes ou o testador fixar o seu montante, que pode ser pago em prestações mensais, semestrais ou anuais, ou qualquer outra forma estipulada.

Desta forma, percebe-se, pois, que essa espécie de alimentos é a evidente expressão da autonomia privada como fonte de obrigações, tanto das partes diretamente implicadas na relação ou de um terceiro que assume uma obrigação espontânea de conteúdo alimentar, sem que necessária ou obrigatoriamente prescindam de um vínculo de parentesco, casamento ou de união estável.

De outra banda, serão ressarcitórios, também chamados de indenizatórios, os alimentos que resultam de uma sentença condenatória em matéria de Responsabilidade Civil. Contudo, estes não devem ser confundidos os alimentos do Direito de Família com a prestação de alimentos da responsabilidade civil, até porque a indenização do artigo 948 do Código Civil não se restringe aos alimentos devidos às pessoas que eram sustentadas pela vítima. Deve ser consignado, então, que serão credores destes alimentos ressarcitórios quaisquer pessoas, independentemente de vínculo de parentesco, mas que comprovem haver sofrido um dano pessoal, *iure proprio*, porque recebiam assistência exclusiva da vítima.

## **LIMITES E POSSIBILIDADES DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA**

Ainda dentro do âmbito dos alimentos e do Direito de Família, é necessário o exame acerca do instituto dos alimentos avoengos, tendo em vista que é tópico principal do objeto da presente pesquisa.

A regra geral é a de que os alimentos devem recair, prioritariamente, sobre os pais ou os filhos, isto é, os parentes na linha reta, no primeiro grau. Entretanto, não havendo parente no primeiro grau na linha reta ou, caso exista, este não tenha condições de atender a todas as necessidades básicas de quem pede os alimentos, é admitido que a cobrança seja dirigida aos parentes em graus subsequentes, ou seja, avós e netos,

levando-se em conta a reciprocidade alimentar, como vista anteriormente, havendo tal previsão tanto na codificação civil brasileira, em seu artigo 1.698<sup>2</sup> quanto no Enunciado nº 342 da Jornada de Direito Civil<sup>3</sup>.

Neste sentido, é certo que a responsabilidade alimentar é primeiramente dos pais. Portanto, a responsabilidade alimentícia dos avós e demais parentes em linha reta é subsidiária e complementar. Sendo assim, somente é possível cobrar deles quando os devedores primários (pais e filhos) não puderem prestar os alimentos integralmente.

Assim, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias (FARIAS, 2016, p. 751), “a obrigação alimentar avoenga é excepcional, somente se justificando quando, efetivamente, as necessidades de quem recebe os alimentos não puderem ser atendidas, em sua inteireza, pelo devedor vestibular”. Corroborando esse entendimento, o STJ editou a Súmula 596<sup>4</sup>.

E o fundamento desta obrigação avoenga surge do princípio da solidariedade familiar constitucionalmente imposto, diante da necessidade de as pessoas ligadas entre si por laços de parentesco concorrerem para auxiliar materialmente os integrantes de sua comunidade familiar, como abordado anteriormente.

Neste sentido, a melhor condição econômica dos avós não justifica a condenação avoenga, pois, o que justifica a obrigação avoenga é a prova da impossibilidade do genitor de atender às necessidades do credor, portanto, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos na falta de parente mais próximo que o faça. Contudo, esta falta, não necessariamente, é a ausência, seja por morte ou falta de registro da figura paterna, mas, também, do prejuízo à subsistência do alimentando. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já considerou que a falta de condições dos pais

---

2 Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

3 Enunciado nº 342, Jornada de Direito Civil: Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.

4 Súmula 596 – A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.

pode ser interpretada pelas seguintes hipóteses: “a) ausência propriamente dita (aquela judicialmente declarada, a decorrente de desaparecimento do genitor e o seu falecimento; b) incapacidade de exercício de atividade remunerada pelo pai e c) insuficiência de recursos necessários para suprir as necessidades do filho”<sup>5</sup>.

## **COLAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA IGUALAR A LEGÍTIMA**

Outro ponto importante a ser analisado na presente pesquisa é o da figura jurídica da colação.

Prevista no artigo 2.002 do Código Civil, colação é o ato pelo qual o descendente beneficiado pela transferência gratuita feita pelo de cujus, em vida, promove o retorno da coisa ou de seu valor ao monte partível, a fim de garantir a igualdade de quinhões entre os herdeiros necessários.

Nas palavras de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2012, p. 369-370), “colação é a conferência das liberalidades efetuadas em favor dos descendentes, presumivelmente recebidas como adiantamento das legítimas, com o escopo de assegurar a igualdade das cotas entre os filhos”.

Assim, o propósito da colação, por conseguinte, é garantir a igualdade das legítimas, obstando que um dos herdeiros necessários prejudique os demais, por conta de benefícios exercidos em vida.

Por conseguinte, a legislação brasileira presume que toda e qualquer doação feita pelo ascendente ao descendente, ou por uma pessoa casada ou em união estável ao seu parceiro, merece ser tratada como antecipação de herança, para não quebrar a paridade almejada pela legítima.

Dessarte, a finalidade da colação é de, justamente, evitar que algum dos herdeiros legítimos receba valor superior ao outro, sob pena de sonegação e, inclusive, como será visto ao longo deste trabalho, podendo caracterizar enriquecimento sem causa, quando da hipótese de não apresentada a colação.

Para elucidar mais este ponto, listam-se os bens que são sujeitos à colação: 1) doações constituídas pelo ascendente; 2) doação dos avós aos netos, quando eles concorrerem à herança por direito próprio; 3) doações recebidas pelos pais, quando estes falecerem antes do doador e forem representados pelo sucessor; 4) venda de bens ou doação feita por interposta pessoa, com o intuito de prejudicar a legítima dos herdeiros do autor da herança; 5) recursos fornecidos pelo ascendente, para que o descendente

---

5 STJ, REsp. n. 579.385/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 26/08/2004.

pudesse adquirir bens; 6) dinheiro colocado a juros pelo ascendente em nome do descendente; 7) quantias desembolsadas pelo pai para pagar o débito do filho; 8) valor da dívida do descendente, remetida pelo pai; 9) montante de empréstimos feitos pelo ascendente ao descendente, sem jamais exigir o reembolso; 10) doação feita por ambos os cônjuges deverá ser conferida por metade no inventário de cada um. Ou seja, o herdeiro deverá colacionar todas as liberalidades que recebeu em vida do de cujus.

O dever de colação, então, se aplica reciprocamente a todos os herdeiros que concorrem na mesma sucessão, de modo que todos os herdeiros devem apresentar à partilha, com critérios idênticos, o valor de cada um dos bens ou quantias antecipadamente recebidos, para que o ajuste atenda aos objetivos legais e preserve a igualdade dos quinhões hereditários entre eles.

Sendo assim, a obrigatoriedade da colação requer a observância de três pressupostos: i) sucessão legítima, já que não há colação na sucessão testamentária; ii) existência de coerdeiros necessários, tendo em vista que o objetivo da colação é a igualação da legítima que, por sua vez, só toca os herdeiros necessários; e iii) ocorrência de uma liberalidade, direta ou indireta, em vida.

Assim, quando o titular promove uma doação durante a sua vida em favor de algum descendente ou de seu cônjuge, como regra geral, impõem-se a colação, sob pena de caracterização de sonogados. A finalidade desta regra é impedir que um determinado filho venha a prejudicar os demais, sendo beneficiado em vida pelo genitor, com o esvaziamento da legítima dos outros.

## **POSSIBILIDADE DE COLAÇÃO DOS ALIMENTOS AVOENGOS À LUZ DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

O próximo ponto a ser pormenorizado diz respeito ao enriquecimento sem causa, sendo que, primordialmente, se faz imperiosa a análise isolada do tema para, posteriormente, ser aplicado, conjuntamente com os demais conceitos já expostos nesta pesquisa, ao problema central do projeto, qual seja, a necessidade de colação dos alimentos avoengos à luz da vedação do enriquecimento sem causa.

Existe enriquecimento injusto sempre que houver uma vantagem de cunho econômico, sem justa causa, em detrimento de outrem. Independente, também, o enriquecimento, de um ato positivo do credor, ou até do devedor, isto porque esse enriquecimento pode promanar de uma omissão.

Em síntese, os pressupostos para a caracterização do enriquecimento sem causa são: i) a existência de uma vantagem patrimonial; ii) enriquecimento a custa de outrem; iii) existência denexo causal; iv) ausência de justa causa; e v) a subsidiariedade do pedido, quando da existência de outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a presente pesquisa ainda esteja em desenvolvimento, já se consegue chegar ao problema central do presente estudo: os alimentos avoengos e a necessidade de colação. Faz-se uma ponderação se a pensão alimentícia paga a um descendente pode ou não ser considerada uma antecipação de herança e, portanto, vir a ser objeto de colação em futura sucessão *causa mortis* do alimentante.

A necessidade de serem colacionados os alimentos prestados aos descendentes de qualquer grau do herdeiro se dá em razão de, em face do inadimplemento do genitor - titular originário da obrigação alimentícia -, o ascendente ter arcado sucessivamente com obrigação que inicialmente não era sua. Quer dizer, em decorrência do inadimplemento do genitor, isto é, uma omissão do devedor, os avós poderão ser demandados em ação de alimentos, e a consequência disto é que os avós alcançarão valores para adimplemento de dívida de terceiro, seu filho, caracterizando um adiantamento de herança.

Assim sendo, havendo o adiantamento de herança, tais valores deverão ser colacionados no momento da partilha, a fim de igualar as legítimas e assegurar a igualdade das quotas entre os filhos.

De outra banda, na hipótese de não colação de determinados valores e, em consequência, resultando na desigualdade do monte recebido por cada herdeiro, vislumbra-se caso de enriquecimento sem causa por parte do herdeiro que deveria ter procedido com a colação, uma vez que, daquela dívida que lhe era obrigado a prestar alimentos e permaneceu inadimplente, por parte de liberalidade de seu ascendente, a obrigação foi adimplida, em outras palavras, o *de cuius* desembolsou quantia para pagamento de débito do filho, restando eminente o adiantamento de herança e, por conseguinte, a necessidade de se colacionar tais valores.

## REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 30 ed., 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 30 ed., 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: Sucessões*, 2. Ed. Ver. Ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: Família*, 8. Ed. Ver. Ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Grupo GEN, 2022.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Questões polêmicas sobre a irrepetibilidade dos alimentos no Direito de Família*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Agosto 2020 (Texto para Discussão nº 283). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 7ª ed. rev., ampl. e atual., 2020.

ROSA, Conrado Paulino da, RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e Partilha Teoria e Prática*. Salvador: JusPODIVM, 3ª ed. rev., ampl. e atual., 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 17 ed., 2017.



# A POSSIBILIDADE DE SAQUE DO FGTS COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL POR MEIO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

The Possibility of Withdrawal of the FGTS as an instrument for the realization of the parental project through assisted reproduction technologies.

Iane Dias Krause<sup>1</sup>  
Júlia Farias Mertins<sup>2</sup>

- 
- 1 Iane Dias Krause. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e direitos transindividuais da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: ianedkr@gmail.com.
  - 2 Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e direitos transindividuais da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Membro da Comissão de Direito Digital do IBDFAM/RS. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Endereço eletrônico [julia@fariasmertinsadvocacia.com.br](mailto:julia@fariasmertinsadvocacia.com.br)

## **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa versa acerca do uso do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço como instrumento à concretização do projeto parental por meio da Reprodução Assistida, através da análise do princípio da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar.

O reconhecimento do vínculo afetivo como elemento cerne das famílias previsto na Carta Magna de 1988, atrelado à evolução da medicina, da biologia e da engenharia genética ocasionado pelas intervenções médicas e biológicas na vida humana, deram origem a biotecnologias que passaram a permitir que o homem, enquanto sujeito da ciência, interferisse ativa e diretamente em procedimentos que a princípio decorriam tão somente da determinação divina ou do acaso da natureza, entre eles, a reprodução humana.

A maior oferta e diversidade de técnicas e procedimentos está concentrada no setor privado e os custos para acessar os tratamentos são altíssimos. No âmbito do Sistema Único de Saúde o programa de reprodução assistida não atende a todos, seja pela falta de investimento no serviço, quanto pela pouca oferta no país. Assim surgiu a hipótese de sacar os valores da conta vinculada ao FGTS para custear os procedimentos de reprodução assistida.

Portanto, o cerne da pesquisa é a seguinte pergunta: É possível movimentar a conta vinculada ao FGTS do trabalhador com a finalidade de concretização do projeto parental através da Reprodução Assistida?

Com a finalidade de responder ao questionamento, analisa-se o livre planejamento familiar, os aspectos relativos à Reprodução Assistida e os fundamentos que autorizam a movimentação de conta do FGTS do trabalhador.

Para atingir o resultado pretendido, foi adotado o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão da legislação, doutrina e jurisprudência acerca do tema.

## **AS FAMÍLIAS NA CONTEMPORANEIDADE E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR**

A Constituição Federal de 1988 acarretou inúmeras mudanças no direito das famílias brasileiras: a estrutura familiar, que até então era patriarcal, hierarquizada, baseada no patrimônio e constituída somente

em decorrência do casamento, deu lugar à famílias plurais, constituídas também pela união estável ou de forma monoparental, com igualdade entre filhos, baseada no afeto e fundada essencialmente no indivíduo.

Cada componente da célula familiar passou a ser priorizado, baseado no princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. Com fundamento neste, o artigo 226, §7º da Constituição Federal estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão de cada indivíduo e que compete ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito.

Planejamento Familiar é, portanto, um ato de autonomia e de liberdade de todos os indivíduos para deliberar sobre a formação de uma família, fundado na liberdade e na privacidade da atuação dos seus membros, para as realizações de interesses em comum (OLIVEIRA, 2016). Trata-se de direitos sexuais e reprodutivos inerentes a homens e mulheres que, pelo menos em tese, possuem o direito de decidir sobre ter ou não filhos, quantos, quando e como (MOREIRA; ARAÚJO; 2004).

A lei n. 9.263/96 regulamenta o direito amplo e irrestrito ao planejamento familiar, além de garantir direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole a todos, nos termos do que refere o seu artigo 2º. Ter filhos pode não fazer parte do projeto de vida de todas as pessoas ou de todos os casais, mas ainda ocupa um lugar de extremo valor na cultura atual (FARINATI, p. 56). Para aqueles que almejam a maternidade ou a paternidade, não se trata de mero desejo, mas de um projeto de vida que deve ser protegido, pois está intrinsecamente ligado à dignidade do indivíduo.

## **REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO MEIO PARA CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL**

Com o surgimento dos métodos contraceptivos e anticoncepcionais na década de 60 (PEDRO, 2003), entra em pauta o debate acerca dos direitos reprodutivos, onde as relações sexuais, que até então possuíam como finalidade única a procriação, passam a ser realizadas também como forma de exercitar o prazer, o que acarretou em maior liberdade individual relativa à orientação sexual de cada indivíduo (SAPKO, p. 118).

Concomitantemente a essas evoluções, o ato de procriar deixou de socorrer-se apenas da natureza e, em virtude do desenvolvimento biotecnológico, surge a medicina reprodutiva, com a finalidade de elaborar métodos artificiais voltados à busca pela resolução dos problemas relativos à impossibilidade ou dificuldade de reprodução humana, desencadeados por uma eventual concorrência de fatores de ordem biológica,

médica ou psíquica, causando a esterilidade ou a incapacidade de procriar (ALMEIDA, 2003).

Assim, em decorrência das transformações ocorridas nos campos da ciência, tecnologia, comunicações e na globalização em geral, bem como dos novos direitos assegurados, a medicina reprodutiva passou a servir de instrumento também para a concretização do projeto parental por famílias tidas como atípicas, afastando seu caráter de mero instrumento para tratar a infertilidade e a esterilidade, tendo importante papel no surgimento das novas configurações familiares (MELAMED; STRAUBE, 2013)

### **UTILIZAÇÃO DO SALDO DO FGTS COMO FORMA DE GARANTIA AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR**

Com a concentração das tecnologias de reprodução assistida no setor privado, um dos principais fatores de exclusão ao acesso às técnicas é de ordem financeira já que os custos dos procedimentos são inacessíveis a grande parcela da população que tem interesse em conceber um filho (CORRÊA; LOYOLA; 2015). Em que pese o SUS contar com programa de reprodução assistida, este não é prioridade do setor público e, assim como a maioria dos procedimentos realizados pelo SUS, não é de fácil acesso. Há longas listas de espera e requisitos exigidos.

Em razão disso, são muitos os casos que chegam ao judiciário para que o Estado seja compelido a custear integralmente as técnicas de reprodução assistida. E, ao contrário de casos em que se exige o custeio de tratamentos e medicamentos para doenças, o custeio da reprodução assistida vem sendo negado, já que os tribunais consideram que a ausência de filhos não é uma doença (MOURA; SOUZA; SCHEFFER; 2009). Assim, uma alternativa encontrada foi a utilização do saldo do FGTS para custear o tratamento, já que os valores depositados pertencem ao próprio interessado.

Para tanto, é necessário solicitar à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, que atua como agente operador dos recursos do fundo de garantia, autorização para sacar os valores. A instituição financeira, no entanto, vem negando o pedido dos trabalhadores. O argumento é que a possibilidade de saque para custear os procedimentos não está prevista na Lei 8.036/1990, que dispõe sobre o FGTS e sua utilização.

O artigo 20 da lei delimita as hipóteses em que a conta vinculada do trabalhador poderá ser movimentada. Entre as hipóteses está a despedida sem justa causa, a aposentadoria, a extinção do contrato de trabalho,

em casos de doença grave, dentre outras. No entanto, o rol do artigo 20 é meramente exemplificativo, conforme amplamente tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso Especial n. 1251566/SC, sob relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, assentou-se o entendimento de que o legislador não poderia prever todas as situações fáticas que ensejam proteção ao trabalhador e dar a devida autorização para o levantamento do saldo do FGTS e, por isso, nada impede que seja concedida a liberação dos valores em outras situações, mediante análise das particularidades do caso concreto.

Segundo pesquisadoras da área da psicologia, aqueles que desejam ter filhos e enfrentam problemas no processo reprodutivo deparam-se com sentimento de medo, ansiedade, tristeza e frustração que podem ser devastadores na esfera individual ou conjugal (FARINATI; RIGONI; MULLER; 2006). Por seu turno, um dos objetivos do FGTS é proteger o trabalhador em situações de dificuldade e vulnerabilidade econômica, proporcionando-lhe uma vida digna.

Nada obsta, portanto, que se utilize do saldo do FGTS para custear os procedimentos de reprodução assistida se a intenção maior do fundo é a proteção do trabalhador. Para se respeitar a dignidade da pessoa humana, é necessário respeitar seu direito fundamental de constituir família, mesmo que estes meios não estejam expressamente previstos no texto constitucional ou nas regras infraconstitucionais (THOMÉ, 2010).

É dessa forma que vem se posicionando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em decisão recente, de relatoria do Desembargador Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, da 4ª Turma Federal, foi deferido o pedido de saque dos valores do FGTS para custear tratamento de fertilização *in vitro* a autora que possuía infertilidade primária e baixa reserva ovariana. Dentre os fundamentos para o deferimento da medida, afirma o julgador que o FGTS se trata de um direito social previsto na Constituição cuja função precípua é resguardar os interesses do trabalhador nos momentos de desamparo, logo, o poder judiciário vem admitindo o saque dos recursos para abranger situações que ameaçam a dignidade da pessoa humana.

Neste mesmo sentido, está em trâmite perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7020/2017, que tem como objetivo alterar o art. 20 da Lei n. 8.036 para permitir a movimentação do saldo da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS na hipótese de custeio de procedimentos de Reprodução Humana Assistida.

Portanto, resta demonstrado que tanto o poder judiciário, como o poder legislativo, preocupam-se que os valores depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço atendam todos os casos em que há afronta à dignidade da pessoa humana, inclusive seu direito fundamental de constituir família.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através do presente estudo, resta demonstrado que é plenamente possível o levantamento do saldo da conta vinculada do trabalhador no FGTS para custear tratamentos de Reprodução Humana Assistida, em atenção à dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental de constituir família.

Verifica-se que o artigo 20 da Lei 8.036/1990 não é taxativo e pode ser relativizado para atender ao princípio maior do FGTS que é proporcionar uma vida digna ao trabalhador que se encontra em situação de dificuldade ou vulnerabilidade econômica. A impossibilidade de ter filho se encaixa nesse princípio, pois pode trazer várias consequências graves à saúde mental e emocional daqueles que desejam a maternidade ou a paternidade. Ter filhos vai além de um mero desejo, é um projeto de vida.

Além do poder judiciário, que através de reiteradas decisões acerca do assunto assentou entendimento de que é possível o levantamento dos valores para custear os procedimentos de RHA, o Projeto de Lei 7020/2017 de autoria do deputado Rogério Peninha Mendonça - MDB/SC em trâmite perante a Câmara dos Deputados, igualmente propõe que seja alterado o artigo 20 da Lei 8.036/1990 para permitir a movimentação do saldo do FGTS para custeio de tratamentos de RHA.

Por fim, ressalta-se que a presente pesquisa se encontra em desenvolvimento, de forma que os resultados obtidos até o presente momento são os aqui apresentados.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Maria Christina de. *Filhos da reprodução assistida*. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BRASIL, *Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de Segurança Cível n. 5015853-96.2021.4.04.7107, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'Azevedo Aurrevalle*. Julgado em 06 de abril de 2022.

CORRÊA, Marilena C. D. V e LOYOLA, Maria Andrea. *Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso*. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* [online]. 2015, v. 25, n. 3, p. 753-777. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312015000300005>>. ISSN 1809-4481. <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312015000300005>>. Acesso em: 13 de jul. 2022.

FARINATI, Débora Marcondes; RIGONI, Maisa dos Santos e MULLER, Marisa Campio. *Infertilidade: um novo campo da Psicologia da saúde. Estudos de Psicologia*. 2006, v. 23, n. 4, pp. 433-439. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-166X2006000400011>>. Acesso em 13 de jul. de 2022.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 17-19.

MELAMED, Rose Marie; STRAUBE, Kátia M. *Temas contemporâneos de psicologia em reprodução assistida*. São Paulo/Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2013. p. 119

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. *Reprodução assistida: Um pouco de história*. *Rev. SBPH, Rio de Janeiro*, v. 12, n. 2, p. 23-42, dez. 2009. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-08582009000200004-&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004-&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 10 jun. 2022.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Seleção terapêutica de embriões: questões éticas e jurídicas acerca da nossa autoconcepção enquanto seres da espécie humana*. *Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre*, n. 59, p. 75-103, abr./maio 2010.

OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação Parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2016. p. 301

PEDRO, Joana Maria. *A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração*. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 23, nº 45, pp. 239-260 - 2003.

Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbh/a/CBwFBCqgdprcPL8x53x8bN-z/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 12. jul. 2022.

SÁ, Elida. *Biodireito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 20.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 118.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; CALDAS, Mayara Saldanha Cesar Guimarães. *A construção teórica dos direitos reprodutivos e as técnicas de reprodução assistida: acesso e efetividade* via Poder Judiciário. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre, n. 11, p. 32, mar./abr., 2016.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 44-52.

# IMPOSIÇÃO DO REGIME DE BENS DA SEPARAÇÃO LEGAL NO CASAMENTO OU NA UNIÃO ESTÁVEL DA PESSOA IDOSA

Imposition of the legal separation property system in marriage or in constant union of the elderly person

Rafaela Rojas Barros<sup>1</sup>

Maria Fernanda Gonçalves Ribeiro Ventura<sup>2</sup>

- 1 Rafaela Rojas Barros. Mestranda em Direito na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público. Coordenadora da Comissão de Direito de Família e Empresa do IBDFAM/RS. Grupo de Pesquisa “Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais”, coordenado pelo Dr. Conrado Paulino da Rosa. Pós graduada em Direito de Família e Sucessões na PUCRS. Advogada na mesma área - Clóvis Barros Advogados. Endereço profissional: Rua Tobias da Silva 120/1005. Bairro Moinhos de Vento. CEP – 90570-080. Porto Alegre, RS. Fone - 51. 3346.5026 e 9861.8891. E-mail: rafaela@clovisbarros.adv.br.
- 2 Maria Fernanda Gonçalves Ribeiro Ventura. Advogada atuante na área de Direito Imobiliário, mestranda em Direito na Faculdade Fundação Superior do Ministério Público, pós graduada em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, pesquisadora no grupo Teoria do Direito: da academia à prática, sob a coordenação do prof. Dr. Francisco José Borges Motta e no grupo Processo e Constituição sob a coordenação do prof. Dr. Handel Martins Dias. Fone – 21. 97013-7324. E-mail: venturafernandam@gmail.com

## INTRODUÇÃO

O Código Civil anterior (CC/16) previa que o homem maior de 60 (sessenta) anos e a mulher maior de 50 (cinquenta) anos somente poderiam casar sob o regime da separação obrigatória de bens (artigo 258, Súnico, inciso II). A justificativa para a incidência da norma baseava-se na ideia de que as pessoas dessas idades já haviam passado do tempo de se casar por impulso afetivo, presumindo-se que os casamentos por elas realizados ocorreriam em virtude de interesses pouco nobres, de ordem econômica ou patrimonial, em que um do casal poderia vir a sofrer o chamado “golpe do baú”.

Contudo, apesar das mudanças sociais e do fenômeno cada vez mais latente de envelhecimento ativo da população brasileira, entrou em vigor, aos 10 de janeiro de 2002, a norma do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, que dispõe ser obrigatório o casamento pelo regime da separação de bens às pessoas (homens e mulheres) maiores de 60 (sessenta) anos. Em 2010, com o advento da Lei nº. 12.344/10, aumentou-se para 70 (setenta) anos a referida imposição legal, constituindo a redação atual. Em que pese o ordenamento jurídico, através do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), considerar idosa a pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais, adveio a referida norma civil, limitando a liberdade de escolha do regime de bens e retirando, de um ou de outro do casal, a capacidade para convolar núpcias. A justificativa, segue sendo a de proteção.

Em virtude da grande sucessão de polêmicas envolvendo tal obrigatoriedade às pessoas de 70 (setenta) anos ou mais quando da feitura do pacto antenupcial ou celebração do casamento, o presente estudo objetiva enaltecer o debate que circunda as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, conjugando-o com a verdadeira realidade social, econômica ou moral e mesmo constitucional. Utilizando-se da metodologia de revisão bibliográfica através do método de abordagem hipotético dedutivo, primeiro o trabalho propõe-se a realizar uma abordagem geral das tutelas normativas conferidas à pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro, direcionando o foco do trabalho ao entendimento doutrinário sobre o regime legal em comento, demonstrando a importância do amadurecimento sobre a temática. Ao depois, lança-se luzes à relevante contribuição jurisprudencial que tem se desenhado sobre ela na atual conjuntura.

## A PROTEÇÃO CONFERIDA À PESSOA IDOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção conferida à pessoa idosa tem lastro na Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual prevê um extenso catálogo de direitos fundamentais e tem como objetivo fundamental vedar a discriminação, consoante o disposto no seu artigo 3º, inciso IV. O texto constitucional, que afirma a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito, dedica o Capítulo VII, dispondo no artigo 226 ser a família a base da sociedade que tem proteção no Estado, e rezando, nos artigos 229 e 230 o dever recíproco de amparo que deve existir entre pais e filhos e o dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, “assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

A partir da CF/88, diversos foram os diplomas normativos que surgiram e que garantem proteção a esse grupo. Em 1994, ganha destaque a Política Nacional do Idoso (Lei nº. 8.842/94), a qual cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Tal, “veio normatizar os direitos sociais dos idosos, garantindo autonomia, integração e participação efetiva como instrumento de cidadania” (CIELO; VAZ. p. 33-46). O mecanismo legal em questão assegura às pessoas idosas com idade igual ou superior a sessenta anos, os direitos fundamentais previstos na CF/88 e lhes garante todas as oportunidades e facilidades, para fins de preservação de sua saúde física e mental, bem como seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social na vida cotidiana. Patrícia Fortes Lopes Donzele Cielo e Elizabete Ribeiro de Carvalho Vaz asseveram que um de seus objetivos é “impedir qualquer forma de discriminação, de qualquer natureza contra o idoso, pois ele é o principal agente e o destinatário das transformações” (CIELO; VAZ. p. 33-46).

Contudo, comparativamente ao Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741, de 2003), que também considera idosa a pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais, a legislação referida não guarda a amplitude necessária às pessoas idosas. O Estatuto do Idoso, prevê normas de direito civil, administrativo, penal e previdenciário, e viabiliza o exercício da cidadania pela pessoa idosa, garantindo-lhe o envelhecimento com dignidade, sua proteção integral, e possibilitando o resgate da inclusão social desse grupo e a manutenção da vida com qualidade. Outrossim, “o próprio Estatuto

criou mecanismos de garantia de cumprimento de seus ditames, com a previsão de fiscalização e sanção” (CIELO; VAZ. p. 33-46).

Acerca dele, a doutrina apresenta algumas críticas, já que o Estado não prescreve como vai garantir ou entregar a participação do idoso na sociedade. Tal microsistema protetivo também não leva em consideração características outras que não a idade para qualificar alguém como merecedor de tutela. Mas, consoante afirma Patrícia Novais Calmon, no cenário brasileiro, atrelado ao próprio contexto do princípio da dignidade da pessoa idosa “também se deve atentar para o fato de que tanto a *autonomia* quanto o *envelhecimento ativo e saudável* devem orientar toda a leitura e interpretação dos mandamentos que visam normatizar os direitos dos idosos (CALMON, p. 36).

Com efeito, é possível notar que apesar dos avanços legislativos mencionados, que inclusive excluíram a posição do idoso como ser incapaz e o contemplaram em diversos instrumentos legais, o ordenamento jurídico ainda apresenta alguns atrasos, lacunas e mesmo falhas em relação à proteção da pessoa idosa no sistema jurídico brasileiro (CIELO; VAZ. p. 33-46).

## **REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS**

A legislação estabelece alguns regimes de tratamento aos bens angariados pelos nubentes, os quais estão previstos, expressamente, no artigo 1.639 e seguintes do CC/02 e pretendem disciplinar seus efeitos no ambiente social, entre os cônjuges ou companheiros e entre esses e seus filhos, sejam comuns, ou não. São eles: comunhão universal de bens, comunhão parcial, participação final nos aquestos e separação de bens, que se subdivide entre legal ou convencional (BRASIL, 2002).

É incontestável a importância da escolha do regime de bens que vigorará durante a relação, porquanto o regime eleito norteará a partilha de bens em caso de dissolução do vínculo conjugal e apresentará reflexos, inclusive, na sucessão. No momento da eleição do regime de bens impera-se a crença de possibilidade de escolha do regime de bens, sendo o regime da separação *legal, obrigatória ou compulsória* uma exceção que apresenta repercussões de ordem material e imaterial.

Com efeito, a par de a imposição do regime da separação obrigatória obrigar cônjuges e companheiros sua observância, seguem considerações sobre o regime, nos casamentos e nas uniões estáveis, ques-

tionando-se, desde já, por que trazer o critério cronológico para reduzir a capacidade civil da pessoa maior de 70 (setenta) anos, obrigando-a a aderir a um regime de bens que pode não ser o mais adequado à sua realidade? Por que o idoso não teria o direito de escolha livre se, de outro lado, alguém ainda é considerado apto a exercer um cargo público sem ser aposentado compulsoriamente, sendo permitido, até mesmo, ser ministro do Supremo Tribunal Federal? Não seria aquele capaz de discernir acerca de seus bens por ocasião de um casamento?

## NO CASAMENTO

Acerca do regime da separação de bens - artigos 1.687 e 1.688 do CC/02 e dispositivos esparsos do mesmo diploma -, tem-se a incomunicabilidade do patrimônio adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, cabendo a cada um a administração e os eventuais rendimentos dos bens que individualmente lhe competem, podendo aliená-los ou gravá-los de ônus reais. A opção por tal regime ou sua imposição por força de lei implica, ainda, na inexigibilidade de outorga uxória para realização dos atos previstos no artigo 1.647 do Código Civil (BRASIL, 2002).

No atual diploma, consoante o artigo 1.641, II, o regime da separação obrigatória de bens é imposto, dentre outras hipóteses previstas no mesmo dispositivo (I – para pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração e III – de todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial), ao nubente que contar, na data do casamento, 70 (setenta) anos de idade ou mais. Mas a doutrina se divide quanto a essa imposição legal.

Arnaldo Rizzardo afirma que a norma está desatualizada e que “[...] a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aquestos, quando formados pela atuação comum do marido e da mulher”, asseverando que se até mesmo na sociedade de fato e na união estável que não são entes formais ocorre dessa maneira, não haveria motivos para que no casamento “que é um *plus*, uma união institucionalizada e protegida por todos os ordenamentos jurídicos.” fosse admitida a incomunicabilidade de bens quando ambos os cônjuges contribuíram para sua aquisição. Defende que os requisitos a serem observados devem ser os mesmos comprovados na união estável e que não devem ser inseridos no rol de bens a serem partilhados entre o casal aqueles adquiridos sem participação comum de ambos (RIZZARDO, p. 615).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que o regime obrigatório de separação de bens, que tem como critério o patamar etário, é, em verdade, absurdamente inconstitucional. Além disso, acerca da possibilidade de resguardar idosos contra o famoso *golpe do baú* afirmam que “essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros”. A norma, para eles, é uma redução velada da capacidade civil do idoso e afronta direta ao princípio da igualdade (GAGLIANO; PAMPLONA. p. 118).

Frise-se que independentemente do regime de bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir na proporção dos rendimentos do trabalho e dos bens de cada um para as despesas do casal, conforme dispõe o artigo 1.688 do CC/02, exceto em casos nos quais os noivos tenham estipulado de forma contrária no pacto antenupcial. Não se pode olvidar, outrossim, que além da contribuição econômica, há diversas formas de contribuir para a angariação de bens, como criando condições para o trabalho economicamente rentável do outro cônjuge através dos frutos do trabalho no lar, com as atividades domésticas e com o cuidado com os filhos. Dentre os princípios que regem as disposições de Direito de Família sobre os casamentos, sublinhe-se os de ordem constitucional, como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva (ALMEIDA, p. 227).

Nesse viés, o entendimento que “ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se estas fossem causas naturais de incapacidade civil” (MADALENO, p. 966) é consonante com o consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que, após muita turbulência, culminou no enunciado, aprovado e publicado em 1964, da Súmula nº 377: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” – afastando o dispositivo legal quanto aos bens adquiridos por esforço comum do casal na constância do relacionamento. O enunciado menciona precedentes da década de 1940 e 1950 (BRASIL, 2002). Entretanto, até hoje, quase 60 anos após a edição da referida súmula, é possível encontrar julgamentos que não autorizam a modificação consensual do regime de bens de pessoas casadas com separação obrigatória de bens em razão da idade, por exemplo (TJRS, 2019).

No tocante ao princípio da boa-fé objetiva, para Flávio Tartuce, é insito a qualquer negócio jurídico, está relacionado ao Direito de Família e aplica-se, inclusive, ao casamento, de modo que o que se tem quanto à discriminação etária do artigo em questão é, em realidade, espécie de

presunção de má-fé, já que se presume-se que o idoso maior de 70 (setenta) anos não será capaz de ter relacionamento amoroso sem interesses patrimoniais (TARTUCE, p. 30).

Ainda, a teor de alguns enunciados doutrinários que tratam do assunto (como o Enunciado 262 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (BRASIL, CJF) e o Enunciado 634 da VIII Jornada de Direito Civil, também do CJF), tem-se que apenas em casos de superação da causa que impôs a separação obrigatória deve ser acolhida a ação de alteração consensual do regime, e que deve ser admitido o afastamento da incidência da Súmula nº 377 do STF por pacto antenupcial nos casos de nubentes maiores de 70 (setenta) anos (BRASIL, CJF), como se vê do julgamento da Apelação Cível nº 0719444-11.2020.8.07.0000, de relatoria da Dra. Sandra Reves (TJDF, 2020).

Assim, independentemente da elaboração de pacto antenupcial, a doutrina majoritária, como se viu, tem defendido a inconstitucionalidade da respectiva imposição genérica de restrição legal etária ao regime de bens do casamento. Tal instituto, veja-se, apresenta-se discriminatório contra a pessoa idosa, presume a má-fé de um ou de ambos os nubentes e ofende princípios básicos de ordem constitucional e infraconstitucional.

## **NA UNIÃO ESTÁVEL**

Os tribunais aplicam analogicamente o artigo 1.641, II, do Código Civil – destinado originalmente aos casamentos – às uniões estáveis, posto que o intuito do legislador é a proteção do idoso e do patrimônio de seus herdeiros. É esse o entendimento consolidado do STJ sobre o assunto, inclusive, a exemplo do julgado do Agravo de Instrumento no REsp. 1.946.313/SP (BRASIL, 2013).

Contudo, juristas como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que não é possível estender o valor proibitivo do dispositivo 1.641, inciso II do CC/02 à união estável dos maiores de 70 (setenta) anos em razão da ausência de previsão legal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 118). Os doutrinadores que defendem a aplicabilidade do regime de separação obrigatória de bens por critério de idade à união estável assim o fazem em razão de considerarem que se todos direitos e deveres aplicáveis ao casamento são extensíveis às uniões estáveis, não haveria qualquer incorreção jurídica na extensão dos efeitos do artigo em questão aos conviventes. Arnaldo Rizzardo, por exemplo, em que pese critique a exegese do próprio artigo 1.641, II, do Código Civil quanto ao casamento,

entende que é uma questão de coerência e, até mesmo, de analogia aos efeitos jurídicos do casamento (RIZZARDO, p. 875). Outrossim, há de se ressaltar que o STJ afasta a incidência da Súmula nº 377 do STF nas uniões estáveis nas hipóteses de terem os conviventes firmado escritura pública afastando sua incidência, como pacto antenupcial ou de convivência, como se pode observar do julgamento do REsp nº 1922347/PR, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, de 01/02/2022 (BRASIL, 2022).

Por último, releve-se ser cediço que o entendimento de que o casamento de pessoas maiores de 70 (setenta) anos que tenha sido precedido de união estável iniciada antes dessa idade não terá como regime obrigatório a separação de bens, a exemplo do que se vê do REsp 1318281/PE, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2016) e do constante do Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil do CJF que orienta o afastamento do regime obrigatório nos casamentos precedidos de união estável iniciada antes dos 70 (setenta) anos de qualquer um ou de ambos os cônjuges, assim dispondo: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade” (BRASIL, CJF).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida que a análise do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil brasileiro levará à conclusão acerca de sua inconstitucionalidade, seja porque interdita parcialmente pessoas idosas, seja porque há muito inexistente um contexto para a manutenção do espírito primeiro da lei. Hoje, tal visão patrimonialista de proteção à prole e/ou limitação a intenções que visavam vantagens meramente econômicas, não prospera. Outrossim, a norma em questão também ofende norma infraconstitucional que considera idosa a pessoa com mais de 60 (sessenta) anos e não 70 (setenta). A autonomia individual dos consortes sobre bens disponíveis é tolhida; toma-se por incapaz de escolher o próprio regime justamente quem amealhou o patrimônio.

Atualmente, o que se verifica é uma visão preocupada da doutrina com aspectos existenciais, atenta à dignidade da pessoa humana, à autonomia, à liberdade, à não-presunção de má-fé e, ainda, à não discriminação ao idoso. A legislação como posta, por outro lado, representa uma interferência desmedida na esfera privada dos sujeitos, desrespeitando a liberdade de escolha do regime, preocupada com aspectos estritamente

patrimoniais; resta, em suma, descontextualizada com as mudanças sociais e culturais e infundada em relação aos planos familiares adequados à diferentes entidades familiares e mesmo a planejamentos sucessórios.

Com efeito, incidindo a Súmula nº 377 do STF, acerca da presunção de esforço comum, consigna-se que de tal presunção decorrerão uma série de injustiças, já que do mesmo modo do regime da comunhão parcial, todos os bens irão se comunicar. Nesse sentido, em nome dos princípios aplicáveis a essas relações, entende-se que andou bem o judiciário quando adequou o entendimento anterior, no sentido de que o esforço comum na aquisição dos bens, seja de ordem material, seja de ordem imaterial, deve ser devidamente comprovado, obstando-se, assim, um enriquecimento sem causa.

Mostra-se, portanto, imperiosa a preservação da possibilidade de alteração do regime jurídico de bens, sendo dispensadas justificativas exageradas e/ou provas exaurientes de prejuízo na manutenção do regime originário, ressaltando-se os direitos de terceiros. De qualquer modo, enquanto não declarada a inconstitucionalidade do artigo de lei em comento, ao menos que se possibilite o afastamento da Súmula nº 377 do STF mediante a elaboração de pacto antenupcial que preveja expressamente a retirada sumular ou de contrato de convivência. Se o objetivo da lei é proteger o patrimônio do idoso e a sua prole, com ainda mais razão deve ser permitido o afastamento da Súmula pelos referidos instrumentos, por que poderão estabelecer cláusula mais protetiva.

A presunção de boa-fé tem de ser a tônica das relações, e não o contrário.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 33, p. 227- 259, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/nanda/OneDrive/-%C3%81rea%20de%20Trabalho/Mestrado%202022/69160-285883-1-PB.pdf>.

BRASIL. TJ-SP - AC: 10028967020198260248 SP 1002896-70.2019.8.26.0248, Relator: Maria do Carmo Honorio, Data de Julgamento: 12/11/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/11/2019.

BRASIL. Poder Judiciário. TJ-DF. *Apelação nº 0719444-11.2020.8.07.0000*. 2ª Turma Cível. Relatora: SANDRA REVES, Data de Julgamento: 02/09/2020. Data de Publicação: 01/10/2020.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 125 das Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 06jul22.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado 261, III Jornada de Direito Civil do CJF*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/513> Acesso em: 30/06/2022.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado 262 da III Jornada de Direito Civil do CJF*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/513>. Acesso em: 30/06/2022.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 634 da VIII Jornada de Direito Civil do CJF*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 06jul22.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1318281/PE*. Quarta Turma. Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Data de Julgamento: 01/12/2016. Data de Publicação: 07/12/2016.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. VAZ, Elizabete Ribeiro de Carvalho. *A legislação brasileira e o idoso*. Revista CEPPG – Nº 21 – 2/2009 – ISSN 1517-8471 – Páginas 33 à 46. In:[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf).

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família na prática: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. 569 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*, vol. 6, 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 118.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. vol. 6, 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. 848 p.

ROSA, Conrado Paulino da. *Planejamento sucessório: teoria e prática*. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022. 304 p.

SIMÃO, José Fernando. *O regime da separação absoluta (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?*. Disponível em: <https://tudosobdireito.blogspot.com/2008/01/o-regime-da-separao-absoluta-de-bens-cc.html>. Acesso em: 06jul22.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*, vol. 5, 11ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



# REVISÃO LEGISLATIVA DA LICENÇA-PATERNIDADE COMO EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO FAMILIAR E NO MERCADO DE TRABALHO

Legislative review of paternity leave as an implementation of the principle of equality within the family and in the labor market

Fernanda Schenkel<sup>1</sup>

---

1 Graduada do nono semestre do curso de Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado, pela mesma instituição, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Portadora do e-mail feschenkel@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho trata sobre a necessidade de haver uma revisão legislativa da licença-paternidade atualmente existente no Brasil, especialmente quanto ao prazo de sua duração, considerando o princípio da igualdade e a realidade da família contemporânea. O problema de pesquisa é verificar se a revisão legal da licença paterna, equiparando-a à licença materna, faz-se necessária, tendo em vista o princípio da igualdade. Considerando que a família é uma instituição baseada no afeto, tendo por objetivo a realização pessoal de seus membros, e que o ordenamento jurídico necessita adequar-se ao contexto atual, entende-se, como hipótese, que a revisão legislativa acerca da licença-paternidade é necessária, visando a equiparação entre os períodos concedidos aos homens e às mulheres após o nascimento de um filho, o que refletirá na melhoria da relação pai-mãe-filho, no desenvolvimento econômico da mulher e, conseqüentemente, no progresso social e econômico de todo o Estado. A metodologia utilizada privilegia o método dedutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica e jurisprudencial, consultando-se, ainda, a legislação constitucional e infraconstitucional atual e pretérita. A pesquisa é aplicada, de natureza descritiva, que aborda o problema de maneira qualitativa, consistindo em um estudo monográfico. Como resultado, percebe-se que é urgente a necessidade de haver uma revisão legislativa no Brasil no que tange à licença-paternidade, estabelecendo-se o mesmo período de tempo para a mulher e para o homem, com o propósito de impulsionar uma mudança cultural na sociedade quanto ao compartilhamento das responsabilidades com os filhos e com as tarefas domésticas, efetivando as disposições constitucionais relacionadas à igualdade de direitos e obrigações, independentemente de gênero, o que se coaduna com a busca pela redução na discriminação feminina encontrada no mercado de trabalho e pelo fortalecimento da relação pai-mãe-filho, elevando-se os índices de bem-estar social e assegurando-se o imperativo da justiça social e a concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

## DESENVOLVIMENTO

Desde os tempos mais remotos, em virtude dos instintos de procriação e sobrevivência, a família está presente na história da humanidade (DIAS, 2016). Entretanto, esse instituto atravessou diversas transforma-

ções no transcorrer dos anos e a parentalidade passou a representar um desafio constante, em especial porque todas essas evoluções acontecem muito rapidamente (ROSA, 2019).

Por um longo período, a família tinha como fundamento, notadamente, questões religiosas, econômicas, políticas e procracionais (LOBO, 2015). Ela era chefiada pelo homem, que tomava as decisões a serem seguidas e que exercia uma relação de poder sobre a esposa e os filhos. A mulher, além de viver sob o domínio do homem, obedecendo às ordens dadas por ele, não tinha direito de estudar, votar ou ter uma profissão, devendo apenas se ocupar com as tarefas domésticas e com os cuidados com o marido e com os filhos.

Nesse contexto, os casamentos ocorriam por meio de acordos entre famílias, visando, principalmente, a estabilidade financeira. Os filhos eram concebidos por razões religiosas e vistos como força de trabalho no campo e garantia de segurança econômica para o futuro, em que os genitores estariam mais velhos e sem condições de trabalharem.

Porém, com o advento da Revolução Industrial, diversas famílias migraram do campo para as cidades, buscando melhores condições de vida e empregos nas fábricas. Assim, os membros das famílias, que antes viviam em regiões rurais, muitas vezes em grandes espaços de terra, passaram a morar em espaços menores nos centros urbanos, havendo o estreitamento dos laços afetivos (DIAS, 2016).

Dessa forma, a definição de família sofreu uma enorme modificação, pois a função econômica da existência dos filhos deixou de existir. Com o avanço dos direitos trabalhistas, a garantia da subsistência na velhice passou para o Estado (com a criação da previdência social), e os filhos deixaram de ser vistos como unidades produtivas (MUETZEMBERG; TOSCAN, 2020). Logo, houve a lenta e gradual emancipação feminina quanto aos aspectos jurídicos, sociais e econômicos, passando as famílias a reduzirem significativamente o número de filhos.

Portanto, nessa conjuntura, é possível observar que o instituto familiar passou por uma drástica transformação, em que os indivíduos começaram a buscar uma união baseada no afeto. Com as seguidas mudanças que se sucederam até a chegada aos dias atuais, percebe-se, cada vez mais, que a afetividade é considerada a principal característica dos relacionamentos familiares, e que a família permanece sendo a base da sociedade, conforme destacado no artigo 226 da nossa Carta Magna (BRASIL, 1988).

Todavia, com a Revolução Industrial também houve muitas transformações no âmbito laboral. Devido ao fato das indústrias necessitarem de mão-de-obra, os homens e as mulheres começaram a trabalhar em conjunto com os maquinários. Dessa forma, a força de trabalho das mulheres foi aproveitada em grande escala, muitas vezes sendo preferidas em relação aos homens. De acordo com Michelle Perrot, efetivamente, “foi a industrialização que colocou a questão do trabalho das mulheres” (PERROT, 2019).

Contudo, com a chegada da mulher ao mercado de trabalho, a família foi sendo impactada natural e gradativamente, e seus membros passaram a exercer novos papéis relacionados à vida familiar. O trabalho doméstico foi amplamente afetado, pois as mulheres passavam em torno de 16 horas por dia nas fábricas, muitas vezes cumprindo jornadas insalubres e desproporcionais com a sua capacidade física (NASCIMENTO, 2011).

Destarte, essa transformação econômica, que anteriormente era baseada quase que exclusivamente na agricultura e na pecuária, passando a uma economia de escala industrial, atingiu a família de forma irremediável. O instituto familiar deixou de ser uma unidade produtiva em que os seus integrantes exerciam atividades com base nas ordens do homem. Com o fato da mulher ter se introduzido no cenário laboral, restringiu-se o número de filhos e o papel exercido pela mulher mudou de forma profunda, afetando o ambiente familiar (VENOSA, 2009).

Mesmo enfrentando grandes resistências, a mulher atingiu os mesmos direitos dos homens na maior parte das legislações. Do mesmo modo, pela convivência entre os membros da família ter-se alterado, em função da dupla jornada exercida tanto pelo homem como pela mulher, os legisladores necessitaram elaborar leis que assegurassem os direitos da família, no que tange, em especial, às necessidades das crianças desde a concepção até a vida extra-uterina (DELGADO, 2013).

Ainda que o homem tenha passado a estar mais presente no seio familiar, em comparação com a realidade anterior, em virtude do ingresso da mulher no ambiente laboral, isso não ocorreu de forma suficiente, tendo em vista que tanto o homem como a mulher não tinham direitos positivados que garantissem as suas demandas como pais e como trabalhadores. No Brasil, com a Carta de 1934, surgiu a licença à gestante, visando a proteção da maternidade, do nascituro e do infante, o que permitiu que a mulher se afastasse do trabalho sem prejuízos ao emprego e com garantia remuneratória.

Posteriormente, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a mulher grávida passou a ser proibida de trabalhar no período de 6 semanas antes e 6 semanas depois do parto, conforme disposto no seu artigo 392 (BRASIL, 1943). Com o passar dos anos, houve algumas alterações no referido dispositivo da CLT, até que, com a Constituição Federal de 1988, a licença-maternidade passou a ser de 120 dias, período esse que é assegurado também à mãe adotante desde o advento da Lei nº 10.421/2002.

Quanto à licença-paternidade, o seu surgimento ocorreu com a CLT e, inicialmente, o seu prazo era de apenas um dia, servindo tão somente para que o pai pudesse realizar as obrigações registras do filho recém-nascido. Apenas com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIX, é que o direito à licença-paternidade foi efetivamente estabelecido.

Entretanto, o referido dispositivo estabelece que a licença-paternidade será fixada por lei, o que ainda não ocorreu, mesmo passados mais de 30 anos da promulgação da nossa Lei Maior. Em outras palavras, diferentemente da licença-maternidade, a Carta Magna não dispõe no artigo que trata sobre a licença concedida aos homens que se tornarem pais sobre o prazo a que esses têm direito. Atualmente, o artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determina que o prazo da licença-paternidade é de 5 dias, até que a lei venha a disciplinar o disposto no inciso XIX do artigo 7º da Constituição Federal. Mais recentemente, o Programa Empresa Cidadã, criado pela Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008 (BRASIL, 2008), foi instituído com o propósito de prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade e por 15 dias a duração da licença-paternidade.

Diante disso, percebe-se que há uma enorme disparidade entre os prazos vigentes no que tange à licença-maternidade e à licença-paternidade, o que demonstra que a cultura patriarcal continua reinando nesse e em outros assuntos relacionados à família e à sociedade, justificando tal distinção. Entretanto, considerando os princípios estabelecidos pela Carta Magna de 1988, bem como as mudanças analisadas no instituto da família, é evidente que existe uma clara desarmonia entre as licenças em questão, especialmente no que diz respeito ao princípio da igualdade e a sua relação com o âmbito familiar.

Com os ideais trazidos pela Revolução Francesa, pelo iluminismo e pela ideologia liberal, observou-se a necessidade de alterar certos paradigmas, no sentido de igualar classes como a burguesia, a nobreza e

os escravos, que anteriormente possuíam diferentes direitos (GRESPLAN, 2014). Assim, a legislação precisou se adaptar ao novo modelo de sociedade que estava surgindo, estabelecendo, entre outros aspectos, que todos são iguais perante a lei. No entanto, essa igualdade era apenas formal, e, portanto, insuficiente para resolver as diferenças em questão. Era necessário que houvesse uma busca pela igualdade material, em que os desiguais fossem tratados na medida de sua desigualdade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 já estabelecia o princípio da igualdade, mas foi apenas com a promulgação da Lei Maior de 1988, visando o Estado de Bem-Estar Social, que a igualdade material ficou evidenciada no texto constitucional, harmonizando-se com a realidade social contemporânea. Entre outros dispositivos, é possível citar o artigo 5º, *caput* e inciso I, que estabelece que todos são iguais perante a lei, e que mulheres e homens são iguais em direitos e obrigações, e o artigo 226, § 5º, que determina que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pela mulher e pelo homem.

Tendo em vista que a família, seja qual for a sua origem, possui diversas preocupações com a chegada de uma criança, e que o ordenamento jurídico do nosso país busca a proteção do infante, por seu caráter hipossuficiente, o Estado deve despender especial e primordial atenção para garantir que os seus direitos sejam tutelados (FACHIN, 2013). A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 227 diversos direitos das crianças e dos adolescentes, dispondo que o dever de assegurar que esses direitos sejam efetivados não é apenas da família, mas também da sociedade e do Estado.

Considerando que a nossa Carta Magna visa a institucionalização do bem-estar coletivo e tendo em mente as necessidades envolvidas com o nascimento de uma criança, o texto constitucional determinou que diversas garantias sejam asseguradas ao nascituro. Levando em conta a família contemporânea, baseada no afeto, é fundamental que tanto a mãe quanto o pai estejam presentes no início desta nova vida, permitindo que os laços afetivos sejam criados entre os membros da família (CALDERÓN, 2017).

A relação entre a mãe e o filho já inicia muito antes do nascimento do bebê, pois os laços afetivos começam a ser formados no ventre feminino. Assim, é de extrema relevância que o pai esteja presente nos primeiros meses de vida do bebê, tendo em vista que é nesse período que serão desenvolvidos os novos vínculos de afeto, permitindo que o homem não se sinta um intruso na relação entre a mãe e o filho. De forma concomitante,

o nascimento de um bebê ocasiona uma mudança muito significativa na relação de um casal. Desse modo, com frequência, o pai se sente excluído e/ou a mãe se culpa por não conseguir atingir determinadas idealizações formuladas pela sociedade (PICCININI; ALVARENGA, 2012).

Portanto, ao participar de forma mais efetiva na família, especialmente após o nascimento do bebê, o homem estará mais consciente do seu papel na relação entre os genitores e o filho. Cumpre destacar que a paternidade pressupõe a existência de direitos e deveres, sendo que cabe ao homem dividir com a esposa os afazeres domésticos e as atribuições relativas à criação dos filhos, para que o seu exercício seja algo desempenhado de maneira natural. Portanto, todas as tarefas relacionadas ao bebê contribuem para que os laços afetivos se consolidem e que a estrutura familiar seja melhor alicerçada.

Por ser totalmente dependente, o bebê necessita da presença dos genitores nos primeiros meses de vida, período crucial para o seu desenvolvimento. Ademais, após o parto, é extremamente importante que o pai interaja com o filho, para que este tenha um amadurecimento social e cognitivo da maneira mais saudável possível. A convivência com o pai desde o nascimento da criança interfere positivamente na sua capacidade de aprendizagem e colabora para que esse novo ser humano seja inserido na coletividade de uma maneira mais acertada (MAHLER, 1993). Portanto, a presença do pai desde o início da vida do infante resulta em reflexos que vão além das relações familiares, mas atingindo toda a sociedade.

Porém, apesar do artigo 229 da Constituição Federal estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, sem fazer nenhuma distinção entre os genitores masculino e feminino, na realidade, a maioria das tarefas é assumida pela mãe, sendo que o pai fica praticamente excluído da criação dos filhos. Assim, é possível perceber que a cultura patriarcal ainda não foi deixada de lado, pois o homem continua sendo visto como principal encarregado pelo sustento financeiro da família (BERNARDI, 2017), enquanto para a mulher é dado o papel de responsável pelos cuidados com a casa e com os filhos.

Em função desses papéis sociais usualmente arraigados, muitas vezes a mulher enfrenta preconceitos e discriminações no momento de concorrer a uma vaga no mercado de trabalho. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), “as relações de gênero também são questões de poder, as quais determinam aqueles que exercem controle de recursos” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO,

2007). Por haver a presunção de que a responsabilidade de cuidar da casa e dos filhos é das mulheres, supõe-se que irão faltar mais vezes ao trabalho ou assumir menos compromissos profissionais.

Frente à obrigação de tomarem conta praticamente sozinhas dos lares e da prole, as mulheres são excluídas de diversos aspectos da vida pública e privada (THOMÉ, 2009). Enquanto isso, na maioria dos lares, o homem é considerado apenas um “ajudante”, aumentando a carga sobre a mulher. O trabalho doméstico resiste às revoluções e evoluções igualitárias, pois, na maioria das vezes, não é compartilhado entre homens e mulheres (PERROT, 2019). Portanto, uma política que tenha a intenção de tratar os indivíduos dos sexos masculino e feminino com igualdade, tanto na vida econômica como política, não tem condições de vingar mantendo as responsabilidades em relação aos filhos e à casa apenas nos ombros das mulheres (VERUCCI, 1987).

Um dos maiores exemplos de que a nossa sociedade ainda não se desvinculou desse modelo patriarcal está no período destinado à licença-paternidade, que, como regra, corresponde a 5 dias, em comparação com o período destinado à licença-maternidade, que é de 120 dias na maior parte dos casos. Assim, é possível constatar que essa discrepância está em completo desacordo com o disposto no artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal.

Em contraponto, é possível encontrar argumentos que justifiquem essa diferença na legislação em razão das desigualdades biológicas existentes entre homens e mulheres. Isso ocorre quando o foco da questão está na genitora, que sofre as dores do parto e que precisa se recuperar fisicamente após o nascimento do bebê. Além disso, a amamentação nos primeiros meses de vida da criança exige que a mulher permaneça perto do filho por um período maior de tempo.

Entretanto, considerando que a mãe na fase puerperal está mais frágil sob os aspectos físico e psicológico, em virtude, especialmente, da elevada carga hormonal, é ainda mais importante que o pai esteja presente para amparar a mulher e o bebê. Ainda, cabe salientar que à mãe adotiva também é assegurado o direito à licença-maternidade, assim como o pai tem o direito à licença de 120 dias nos casos em que a mãe venha a falecer no parto.

Desta forma, fica evidente que a licença-maternidade não está vinculada a fatores relacionados à amamentação e à gestação, mas aos cuidados com o bebê e à garantia de que as obrigações a serem cumpridas

pelos genitores sejam efetivadas da melhor forma possível. Portanto, a proteção deve ter como foco o infante, e não os genitores. Assim, a discrepância entre os períodos concedidos de licença-maternidade e licença-paternidade afronta o princípio da igualdade tanto no âmbito familiar quanto no mercado de trabalho.

O legislador constituinte positivou a igualdade material de direitos e obrigações de mulheres e homens em todas as dimensões, mas, na prática, as responsabilidades do pai são muito inferiores às atribuições da mãe, o que demonstra que há uma evidente disparidade entre os gêneros. O maior entrave para que o homem exerça efetivamente a paternidade é o fato da licença-paternidade ser demasiadamente curta, sendo que é a própria legislação que acaba estabelecendo que as tarefas relacionadas aos filhos cabem ao sexo feminino (LIMA, 2017).

É possível verificar que em outros países já houve uma mudança buscando equiparar os períodos destinados aos genitores. Um dos melhores exemplos é a Espanha, em que, após progressivas alterações, desde 1º de janeiro de 2021, a licença parental é de dezesseis semanas para ambos os membros do casal. Naquele país, o homem, ao gozar da licença, além de usufruir de mais tempo com sua prole, permanece recebendo do Estado o valor correspondente a sua remuneração integral (LAS PROVINCIAS, 2021). Consequentemente, a mentalidade dos homens espanhóis vem mudando gradualmente ao buscar uma vida familiar equitativa frente a suas parceiras, o que não beneficia apenas à família, mas proporciona também um aumento de renda das mulheres, agregando riqueza à economia como um todo e aumentando a arrecadação de tributos.

Por conseguinte, fica claro que é urgente a necessidade de haver uma revisão legislativa no Brasil no que tange à licença-paternidade, que, da forma que está prevista no momento atual, não é suficiente e nem adequada para que o pai possa realmente atender aos cuidados que o recém-nascido exige. Assim, cabe ao Estado assumir a sua responsabilidade, aumentando o arcabouço legal e implementando, efetivamente, esse direito, o que reduzirá a discriminação feminina encontrada no mercado de trabalho e impulsionará uma mudança cultural na sociedade quanto ao compartilhamento das responsabilidades em relação aos filhos e às tarefas domésticas. Dessa forma, o caminho para efetivar as disposições constitucionais relacionadas à igualdade de direitos e obrigações estará sendo trilhado, permitindo, outrossim, que as relações familiares se fortaleçam, aumentando as chances do infante ter um desenvolvimento saudável e

elevando os índices de bem-estar social, o que causará reflexos positivos na economia, na sociedade, na família e no mercado de trabalho.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve como objetivo compreender a evolução histórica das famílias e relacionar as mudanças na sociedade e no espaço doméstico com o ingresso da mulher no mercado de trabalho. Ainda, a pesquisa pretendeu analisar as licenças paterna e materna atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-as com o princípio da igualdade, bem como desdobrando as suas implicações nos âmbitos familiar e laboral. Por fim, teve por fito examinar a licença-paternidade existente na Espanha, verificando como a experiência desse país pode inspirar as mudanças desejadas para a realidade brasileira.

Demonstrou-se que a discrepância entre os períodos destinados a cada uma das licenças reforça a concepção de que o dever de cuidar dos filhos é da mulher. Assim, levando em conta que o próprio legislador determina que é da mãe o direito/dever de se afastar temporariamente do mercado de trabalho, estabelecendo que ela fique em casa com a chegada da prole, corrobora-se com a ideia de que existem obrigações femininas e masculinas, o que gera reflexos negativos na ascensão profissional da mulher, no crescimento econômico da família e da sociedade, no desenvolvimento do infante e na relação pai-mãe-filho.

Examinou-se a experiência espanhola como inspiração para as mudanças desejadas na realidade brasileira. Evidenciou-se por meio da análise de estudos que, ao equiparar os períodos destinados às licenças paterna e materna, o sistema espanhol propicia uma maior igualdade de gênero.

Percebe-se, então, como resultados da presente pesquisa, que é possível implementar uma legislação em consonância com as necessidades contemporâneas, fomentando o equilíbrio na divisão das responsabilidades de ambos os genitores com a prole e reduzindo a discriminação enfrentada pelas mulheres no âmbito laboral. Entende-se, assim sendo, que o ordenamento jurídico deve estabelecer licenças paterna e materna com os mesmos períodos de duração, garantindo um benefício irrevogável e intransferível, de natureza remuneratória integral, paga pelo Estado. Depreende-se, com isso, que estaria-se criando um instrumento de efetivação ao princípio da igualdade de gênero, bem como atentando ao melhor interesse da criança.

Compreende-se que é urgente a necessidade de abandonar o atual modelo vigente no Brasil, em que a desproporcionalidade entre as licenças existentes fere o princípio da igualdade. Portanto, conclui-se que igualar a legislação sobre as licenças paterna e materna, estabelecendo o mesmo período de tempo para a mulher e para o homem, resultará em uma redução significativa na discriminação feminina encontrada no mercado de trabalho, ao passo que não mais se justificará a diferença de tratamento em função do gênero originada pela probabilidade dela vir a ser mãe, ausentando-se das atividades laborais e aumentando as despesas do empregador, considerando que ambos serão igualmente afastados.

Por fim, nota-se que a licença-paternidade possui um valor simbólico extremamente relevante, sendo que a modificação transmitirá a ideia de que a conciliação entre as esferas profissional e familiar é uma questão não apenas feminina, mas também masculina. Desse modo, entende-se que tal alteração legislativa impulsionará uma mudança cultural na sociedade quanto ao compartilhamento das responsabilidades em relação aos filhos e às tarefas domésticas, efetivando as disposições constitucionais relacionadas à igualdade de direitos e obrigações, permitindo, outrossim, que as relações familiares se fortaleçam, aumentando as chances do infante ter um desenvolvimento saudável e elevando os índices de bem-estar social, o que causará reflexos positivos na economia, na sociedade, na família e no mercado de trabalho.

## REFERÊNCIAS

BERNARDI, Denise. *Paternidade e cuidado: “novos conceitos”, velhos discursos*. Psicologia Revista, São Paulo, vol 26, n.1, 59-80, 2017.

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

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. p. 11937.

BRASIL. *Lei nº 11.770, de 9 de Setembro de 2008*. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de

incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm). Acesso em: 30 nov. 2021.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

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

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRESPAN, Jorge. *Revolução Francesa e Iluminismo*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014.

LIMA, Daniel Costa. “A importância do Pai nos cuidados com o bebê, segundo especialistas”. *Papo de Pai*, 19 jan. 2017. Disponível em: <https://papodepai.com/blog/a-importancia-do-pai-nos-cuidados-com-o-bebe-segundo-especialistas>. Acesso em: 03 nov. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAHLER, Margareth Schoenberger. *O nascimento psicológico da criança: simbiose e individuação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

MUETZEMBERG, Marina de Camargo; TOSCAN, Anissara. *A licença-paternidade à luz do princípio da isonomia e do instituto da família*. IBDFAM, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1515/A+licen%C3%A7a-paternidade+%C3%A0+luz+do+princ%C3%Adpio+da+isonomia+e+do+instituto+da+fam%C3%Adlia>. Acesso em 27 ago. 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e igualdade de gênero*. 2. ed. Genebra: Organização In-

ternacional do trabalho-OIT, 2007. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilolisbon/documents/genericdocument/wcms\\_665542.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilolisbon/documents/genericdocument/wcms_665542.pdf). Acesso em: 29 nov. 2021.

PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2019.

PICCININI, Cesar Augusto; ALVARENGA, Patrícia (Orgs.). *Maternidade e paternidade: a parentalidade em diferentes contextos*. São Paulo: Casa dos Psicólogos, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família Contemporâneo*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

THOMÉ, Candy Florencio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

VERUCCI, Florisa. *A mulher e o direito*. São Paulo: Novel, 1987.



# ABANDONO DIGITAL INFANTIL E O LIMITE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Child digital abandonment and the limit of state intervention in parent-child relationships

Danielly Duarte Sobral da Silva<sup>1</sup>

---

1 Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2382481372638568>. E-mail: [daniellydsobral@outlook.com](mailto:daniellydsobral@outlook.com).

## INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a temática do abandono digital, advindo da omissão dos detentores do poder familiar no desempenho do dever de vigilância dos filhos, enquanto cidadãos digitais. Com efeito, o tema abre margem para diferentes perspectivas de abordagem, mas o cerne da problemática reside de modo precípua na vulnerabilidade inerente às crianças e aos adolescentes, sujeitos aos quais a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente conferem proteção integral, justamente por portarem a condição peculiar de serem pessoas em desenvolvimento.

Frente a isso, a presente pesquisa se propôs a analisar se o abandono digital caracteriza efetivamente a hipótese de negligência por omissão prevista no artigo 98, inciso II, do ECA, ao efeito de ensejar a responsabilização dos detentores do poder familiar pela ausência do correto do exercício do dever de vigilância, bem como de que forma deve ocorrer a intervenção estatal nessas relações paterno-filiais, tendo em vista o aludido conflito de naturezas entre os ramos do direito que circundam a problemática.

Diante disto, são levantadas duas hipóteses pontuais. A primeira consiste na possibilidade de que a ausência de supervisão dos filhos no uso das mídias resulte na responsabilização dos detentores do poder familiar, pelo enquadramento da conduta omissiva na hipótese de negligência prevista no artigo 98, inciso II, do ECA, cuja redação prevê a possibilidade de aplicação das medidas de proteção à criança e ao adolescente quando houver a violação dos seus direitos por omissão dos pais ou do responsável. Assim, em um segundo momento, pressupõe-se a necessidade de intervenção estatal nas relações paterno-filiais, com vistas a promover não somente a responsabilização dos pais e responsáveis nos casos em que verificada a negligência, como também para implementar as medidas aptas para o reconhecimento, prevenção e atuação em face desta.

A metodologia do presente ensaio abrange a classificação da pesquisa como de natureza aplicada, com abordagem qualitativa do problema e caráter exploratório, a ser desenvolvida mediante a realização de pesquisa bibliográfica, sobretudo com revisão doutrinária e legislativa.

## DESENVOLVIMENTO

Marcado pela conexão, o processo de desenvolvimento humano alcançou novas demarcações com o avanço tecnológico instaurado nas últimas décadas, pois, em razão do surgimento e facilitação do acesso à internet, ainda que para a parcela da população mundial com capacidade financeira para viver em condições dignas, possibilitou-se a aparição de uma integração que prescinde a presença física dos envolvidos.

Com essa nova realidade, situações de perigo antes restritas ao mundo real passaram a ser experienciadas no mundo cibernético, gerando para o Direito a necessidade de se readaptar à realidade social para cumprir com a sua função de ordená-la por meio de normas jurídicas, neste caso, referentes ao meio ambiente digital. Iniciou-se, por conseguinte, a construção da disciplina do Direito Digital para tratar das questões atinentes às relações estabelecidas entre os usuários dessas novas plataformas, mas, inobstante a progressiva abordagem da matéria, ainda carecem de atenção os aspectos decorrentes da constatação de que significativa parcela da população digital é composta por crianças e adolescentes.

No ponto, muito embora não se possa afirmar advirem somente consequências negativas das inovações supracitadas, inegável é a existência de especial interferência desses mecanismos na formação e estilo de vida da geração infanto-juvenil contemporânea, cuja inclusão no meio ambiente virtual tem ocorrido cada vez mais cedo (BASTOS; SOUZA, 2021, p. 234), em decorrência de diferentes motivos, dentre os quais está justamente o vício na conectividade, herança deixada pela geração anterior (FARIAS; ROSA, 2020, p. 319). Nesse sentido:

O processo de desenvolvimento humano tem como marco a conexão, nos primórdios restrita às convivências em pequenos grupos, perpassando pelos deslocamentos para áreas urbanas, até o estágio atual em que se vivencia uma integração além-fronteiras e não presencial. Os pequenos que compõem a geração contemporânea refletem os condicionamentos neurobiológicos frente às inovações sem precedentes, sendo notórios os estímulos desde o nascimento para a inclusão no meio ambiente virtual (BASTOS; SOUZA; 2021, p. 234).

Atenta para isso, a doutrina nacional passou a apontar indícios do aparecimento de uma nova forma de abandono, ainda pouco abordada,

mas responsável por colocar sob risco os direitos fundamentais assegurados a esse grupo de sujeitos. Trata-se, pois, do denominado “abandono digital”, expressão utilizada originariamente por Patrícia Peck Pinheiro, advogada especialista em Direito Digital, para se referir à ausência da devida supervisão dos infantes no uso das mídias.

Ao dar início aos debates sobre a temática, a aludida autora provocou os pais e responsáveis pelas crianças e adolescentes, questionando-os sobre o porquê de existirem tantos jovens abandonados na calçada digital da internet, onde não se sabe quem está ou pode vir a contatá-los, assim como seria se estivessem em qualquer ambiente externo aos seus lares, sem a devida vigilância (PINHEIRO, 2016).

Neste aspecto, o ponto de reflexão se encontra no fato de os detentores do poder familiar demonstrarem sentir que os seus filhos estão seguros tão somente por estarem dentro de casa, enquanto todas as evidências apontam para o surgimento de novas situações de risco para os jovens usuários das redes, a exemplo do *cyberbullying* e da exploração sexual infantil.

Para Bastos e Souza, define-se *cyberbullying* como aquelas “atuações sistemáticas que refletem o desrespeito para com o valor comum da honra, a integridade própria e dos similares que convivem no mesmo ambiente” (BASTOS; SOUZA, 2021, 242). Por sua vez, a exploração sexual infantil é retratada por Radaelli e Batistela como o aliciamento das crianças e adolescentes com o fito de obter lucro ou qualquer outro benefício, utilizando-se da ingenuidade e vulnerabilidade inerente a essas vítimas (RADAELLI; BATISTELA, 2019, p. 11), condições estas que são consideravelmente agravadas no meio ambiente digital.

Em virtude disso, de modo ainda embrionário, os pesquisadores das áreas do Direito Digital, do Direito de Família e do Direito da Criança e do Adolescente, mobilizaram-se para entender as características contidas nessa nova situação fática, a fim de identificar o modo como o Direito deve se posicionar perante ela, considerando as consequências sucedidas em cada caso concreto.

Com efeito, não há regulamentação específica sobre a modalidade de abandono em comento, cingindo-se os debates existentes ao âmbito acadêmico. Não obstante, a doutrina vem entendendo pela caracterização do abandono digital como hipótese de negligência parental decorrente da omissão dos genitores quanto ao exercício do dever de vigilância, especi-

ficamente no tocante à supervisão e acompanhamento dos descendentes no mundo cibernético proporcionado pela internet.<sup>2</sup>

Ao incorporar a doutrina da proteção integral, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 internalizou o entendimento consolidado no Direito Internacional no sentido de considerar as crianças e os adolescentes como “sujeitos de direitos humanos e fundamentais, destinatários de especial proteção, inclusive na esfera intrafamiliar” (ME-NEZES; MORAES, 2015, p. 507), justamente por portarem a condição peculiar de serem pessoas em desenvolvimento.

Nessa senda, em seu artigo 227, *caput*, o texto constitucional estabelece o dever concorrente da família, da sociedade e do Estado de exercer a salvaguarda dos direitos das crianças e dos adolescentes, com absoluta prioridade, prevendo de forma expressa a necessidade de colocá-los a salvo de toda forma de negligência.<sup>3</sup>

No mesmo sentido, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) trouxe no seu artigo 5º explícita vedação à negligência frente aos direitos fundamentais de qualquer criança ou adolescente, seja por ação ou omissão, sob pena de aplicação das punições previstas em lei.<sup>4</sup>

Relativamente ao abandono digital, a despeito da inexistência de regulamentação específica, em se constatando violação ou ameaça de vio-

2 Neste sentido: “Como todo processo educativo é sujeito a falhas, o dever de fiscalização é insito à parentalidade. Por isso, a criança e o adolescente não são, a priori, detentores de autonomia (...) a falta desse cuidado caracterizará o abandono digital dos pais, representando a ausência fiscalização ou supervisionamento da vida virtual dos filhos. Trata-se, assim, de negligência parental configurada por atos omissos dos genitores, que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado pela internet e por redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas diante de inúmeras situações de risco e de vulnerabilidade” (FARIAS; ROSA, 2020, p. 327 e 328). Na mesma ótica: “O “abandono digital” é a negligência parental configurada por atos omissos dos genitores, que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado pela internet e por redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas diante de inúmeras situações de risco e de vulnerabilidade” (RADAELLI; BATISTELA, p. 7 a 8).

3 Art. 227 da CF. 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.

4 Art. 5º do ECA. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

lação aos direitos fundamentais infantojuvenis, em razão da situação de abandono, entende-se ser possível a realização do ato de subsunção entre a circunstância fática e as normas jurídicas existentes. Assim, poder-se-á concluir pelo enquadramento dos atos omissivos dos genitores na hipótese do artigo 98, inciso II, da Lei nº 8.069/1990.<sup>5</sup>

Ademais, derivado do poder familiar dos genitores em relação aos filhos, incide para os pais o dever de cuidado. Acerca dos aspectos atinentes aos poderes e deveres ligados a essa questão, Maruco e Rampazzo explicam que “(...) a guarda é o poder-dever dos pais de manterem os filhos sob sua vigilância, enquanto que a responsabilidade está estritamente ligada a essa vigilância e traz o encargo de supervisionar e assumir os resultados das condutas dos filhos” (MARUCO; RAMPAZZO, 2020, p. 36).

Da análise de todos esses dispositivos, infere-se o dever dos pais de fiscalizar, sempre considerando o estágio de desenvolvimento do descendente, todas as áreas referentes à vida deste, com vistas a exercer corretamente os deveres decorrentes do poder familiar e garantir o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente. Com isso e tendo em vista as mudanças ocorridas na sociedade, evidente a assunção de uma nova “roupagem” pelo dever de vigilância, cujo exercício fora ampliado para o mundo cibernético.

Contudo, depreende-se da leitura do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil que a obrigação legal de empregar esforços na busca pela proteção e concretização dos direitos fundamentais assegurados às crianças e adolescentes, também no meio ambiente virtual, não se restringe aos pais e responsáveis, estende-se ao ente estatal e à sociedade. Sobre essa questão:

Assim, o fenômeno social da responsabilidade eleva-se para o universo cibernético integrando como responsáveis, prioritariamente os adultos que estão no núcleo das crianças e adolescentes, mas extensivamente a sociedade e ao Estado quando não contribuirão no suporte para as boas práticas no meio ambiente virtual, não fornecendo aos genitores serviços públicos que auxiliem na prevenção e repressão, caso evidenciem-se ocorrências (BASTOS; SOUZA, 2021, p. 239).

---

5 Art. 98 do ECA. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável

Por tal passo, a proximidade com os filhos traz para os pais o dever imediato e contínuo de atuar para prevenir e reprimir situações de possíveis danos aos seus direitos fundamentais no mundo digital. Mas, é necessário levar em consideração a dificuldade enfrentada por parte dos genitores quanto ao correto desempenho dessas funções, notadamente nos casos em que há distância entre as gerações ou falta de educação digital.

Destarte, muito embora seja o Direito de Família regido pelo princípio da liberdade, responsável por possibilitar aos pais a livre escolha sobre o modo como educarão e criarão os seus filhos, sem interferência externa no pleno exercício do seu poder e planejamento familiar (RADAELLI; BATISTELA, 2019, p. 4), no caso do abandono digital os genitores abrem possibilidade para sobrevir violação ou ameaça de violação aos preceitos legais.

Portanto, mostra-se imprescindível a atuação estatal não somente para responsabilizar os detentores do poder familiar nos casos em que já violado um ou mais direitos fundamentais de determinado infante, por consequência do abandono digital, mas também a sua interferência para implementar medidas de prevenção, destinadas principalmente a promover a educação digital, justificando-se a necessidade da pesquisa acerca das consequências jurídicas incidentes para a primeira situação, bem como sobre as formas de atuação e interferência estatal referentemente à segunda hipótese.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em razão da incorporação da Doutrina da Proteção Integral, as crianças e adolescentes devem receber especial proteção jurídica, evidenciando-se, portanto, a imprescindibilidade de adequação do Direito à realidade instaurada pelas novas tecnologias, notadamente no que diz respeito à construção de novas formas de cumprimento do dever de vigilância atribuído aos detentores do poder familiar pelo artigo 932 do Código Civil, com o fito de garantir o uso seguro das redes, prevenindo o envolvimento dos infantes em situações danosas, seja como vítimas ou autores.

Nessa toada, na hipótese de inocorrência do correto desempenho do dever supramencionado, corolário lógico é a caracterização do abandono digital, não sendo cabível a inércia quanto à responsabilização dos responsáveis tão somente pela lacuna existente na legislação vigente. Logo, conclui-se pelo enquadramento da conduta na hipótese de negligência por omissão instituída pelo artigo 98, inciso II, do ECA.

Por derradeiro, a despeito do aparente conflito entre a natureza pública do Direito da Criança e do Adolescente e a natureza privada do Direito de Família, existente nesses casos, cujos reflexos afetam notadamente os limites da intervenção estatal nas relações paterno-filiais, não se pode olvidar que a implementação das medidas necessárias para reconhecer, prevenir e atuar em face da negligência quanto à vigilância das crianças e adolescentes passa, necessariamente, pela atividade do Estado, que, também, possui a incumbência de assegurar com absoluta prioridade os direitos fundamentais previstos a aqueles no texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; SOUZA, Helíssia Coimbra de. *Abandono virtual: uma análise da segurança infanto-juvenil na era cibernética*. Belo Horizonte: E-Civitas – Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. *Teoria Geral do Afeto*. Salvador: JusPodvm, 2020.

MARUCO, Fábila de Oliveira Rodrigues; RAMPAZZO, Lino. *O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental*. Revista de Direito de Família e Sucessão, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 35-54, Jan/Jun. 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar*. Revista novos estudos jurídicos – eletrônica, v. 10, n. 2, Mai/Ago. 2015.

PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). *Direito Digital Aplicado 2.0*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). *Direito Digital Aplicado 3.0*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RADAELLI, Bruna Rosado; BATISTELA, Caroline Gassen. *O abandono digital e a exploração sexual infantil*. In: Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e

Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2019.



# DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ABSTENÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO RELATIVO AO FILHO MENOR DE IDADE NA *INTERNET*: PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO PARADIGMÁTICA PROFERIDA PELO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA DE PORTUGAL

Judicial determination of abstaining the disclosure of content related to the minor child on the internet: first reflections on the paradigmatic decision provided by the Évora Court of Appeal

Victória Barboza Sanhudo<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Membro do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, sob coordenação do professor Dr. Conrado Paulino da Rosa. Acadêmica do curso de direito também da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, cursando o 10.º semestre. E-mail: victoriabsanhudo@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

É cediço que, nos dias atuais, a *internet* conta com adesão crescente, sendo que seus usuários tornam-se mais frequentes nos acessos, publicações e interações virtuais. Devido a isso, é comum que alguns usuários que são pais de filhos menores de idade exponham sua própria imagem, como a grande maioria dos outros usuários, e também a imagem do filho.

Trata-se de conduta parental cada vez mais reiterada e que, como regra geral, não é motivo de grandes discordâncias entre os responsáveis, já que estes, no mais das vezes, encontram-se conectados e também atingidos pela difusão exponencial da *internet* e das redes sociais, em maior ou menor grau. No entanto, surgindo essa discussão entre os pais, especialmente quando do término do casamento ou dissolução da união, ocasião em que haverá ajuizamento de ação judicial para regulamentar questões relativas ao filho menor de idade, pode o magistrado determinar a abstenção de publicação de conteúdo relativo à criança ou ao adolescente na *internet* a título de dever parental? É sobre essa pergunta central que recai a investigação do presente artigo.

Para responder ao problema de pesquisa proposto, analisa-se a decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Évora, de Portugal, no âmbito do processo n.º 789/13.7TMSTB-B.E1, que, em caso de regulamentação provisória das responsabilidades parentais (nomenclatura utilizada pelo direito português), apontou que a imposição aos pais da abstenção de divulgação de imagens ou informações que permitam identificar o filho menor de idade é adequada e proporcional para salvaguardar o direito à reserva da intimidade da vida privada e da proteção de dados pessoais.

A hipótese levantada é a de que o magistrado pode definir que os pais se abstenham de publicar conteúdo que permita identificar o filho no ambiente virtual como dever parental. Essa possibilidade está fundamentada como uma das vertentes do dever de cuidado que os pais têm em relação aos filhos, imposto pelo ordenamento jurídico pátrio. Levanta-se, ainda, a hipótese de que, ao fazê-lo, o juiz deve percorrer o caminho minucioso do teste da máxima da proporcionalidade no caso concreto, efetivando-o passo a passo (leia-se, passando pela análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), com vistas ao sopesamento dos direitos envolvidos na casuística.

A metodologia utilizada na elaboração do trabalho compreende o procedimento de consulta a obras bibliográficas (livros e artigos científicos)

concernentes ao tema, assim como análise da decisão paradigma, prolatada pelo Tribunal de Relação de Évora, respeitado sempre o método dedutivo.

## DESENVOLVIMENTO

O instituto do poder familiar no direito brasileiro passou por expressivas modificações nos últimos tempos. Quando disciplinado no Código Civil de 1916, muito influenciado por uma visão patriarcal e hierarquizada de família, oriunda do Direito Romano (MOTA, 2015, p. 122-123), o pátrio poder, nomenclatura utilizada à época, era exercido única e exclusivamente pelo pai, sendo que a mulher somente poderia exercê-lo na falta ou impedimento do marido, conforme se depreende da leitura do antigo artigo 380.<sup>2</sup>

Contudo, os movimentos de emancipação de mulheres e jovens, a industrialização, as revoluções tecnológicas e modificações profundas ocorridas nas searas econômica e social (REIS, 2005, p. 07), bem como a redação dada ao referido artigo 380 pela Lei 4.121, que firmou que o pátrio poder deveria ser exercido pelo marido com a colaboração da mulher<sup>3</sup> foram essenciais para que essa visão perdesse força e espaço. A Constituição Federal de 1988, todavia, que trouxe efetiva ruptura, pois, com a sua promulgação, o direito civil brasileiro encontrou novos fundamentos de validade, tanto formal, como material. Isso porque o constituinte fez questão de positivizar não só o princípio geral da igualdade, como também a igualdade entre homem e mulher, colocando-os nas mesmas condições quanto aos direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, conforme o §5º do artigo 226 (MOTA, 2015, p. 123).

Atualmente, é compreendido não mais como meramente poder dos pais em relação à pessoa dos filhos, mas, antes, um *múnus* público, de sorte a constituir um encargo atribuído aos pais. Ou seja, possui natureza jurídica de poder-dever e, assim sendo, seu exercício deve destinar-se à educação e desenvolvimento dos filhos (ROSA, 2020, p. 454).

Está, pois, instituído sobre uma lógica não apenas de direitos, mas também de obrigações e deveres que os pais devem assumir perante

---

2 Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

3 Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

o filho. A consagração constitucional do princípio da parentalidade responsável<sup>4</sup> também corrobora o novo contorno do instituto, na medida em que coloca não só o cuidado, mas também a responsabilidade como elementos centrais quando do exercício da parentalidade. A esse respeito, Heloisa Helena Barboza (2011) entende que o cuidado atualmente se insere como um dever jurídico, que é inerente às relações existenciais, inclusive à relação de maternidade ou paternidade.

Diante desse conteúdo poroso da parentalidade responsável, em que pese existam os artigos 1.634 do Código Civil e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estipulam direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, trata-se de incorreção inferir que somente podem ser exigidos dos pais as responsabilidades expressamente previstas. Isso porque não cabe uma enunciação taxativa das obrigações atreladas ao exercício do encargo que lhes foi atribuído de forma hermética, havendo uma pluralidade de condutas exigíveis (SOUZA, 2012, p. 149), visto que o cuidado assume papel de dever, reconhecido pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, quando considerado na sua faceta relativa à alteridade, reciprocidade e complementariedade, o cuidado diz respeito à toda grandeza do conteúdo da parentalidade responsável, de sorte a viabilizar a clarificação dos deveres dos pais (BARBOZA, 2011, p. 90).

O dever de cuidado está implícito no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto não há qualquer menção legislativa, seja constitucional, seja infraconstitucional, específica fixando tal dever, mas deriva, sim, da própria interpretação do conteúdo da parentalidade responsável. Tal permite que a proteção integral da criança e do adolescente seja atingida, uma vez que amplia todos os deveres parentais previstos de forma expressa (BARBOZA, 2011, p. 95).

Em um caso juridicamente desafiador, o Tribunal da Relação de Évora, de Portugal, foi chamado a decidir acerca de demanda que envolvia sujeito menor de idade e a publicação de imagens deste na *internet* por parte da mãe (Processo n.º 789/13.7TMSTB-B.E1). Sinteticamente, em

4 Embora o referido princípio seja na maioria das vezes designado como “paternidade responsável”, entende-se ser mais adequada a expressão “parentalidade responsável”, que compreende também a mãe, ampliando o alcance do texto constitucional. Nesse sentido, a professora Heloisa Helena Barboza (2011) diz que “cabe observar que em lugar do termo paternidade, que denota a condição ou qualidade de pai ou a relação de parentesco que vincula o pai a seus filhos, tem sido utilizada a palavra parentalidade, para expressar todo o alcance do dispositivo constitucional, que se destina aos pais, ou seja, ao homem, à mulher ou ao casal que, no exercício de sua autonomia reprodutiva, promove um projeto parental, adjetivo que se refere a pai e mãe”.

ação que tinha por objeto a regulamentação do exercício das responsabilidades parentais relativas à menina, o juiz de primeiro grau fixou, provisoramente, um regime específico de responsabilidades parentais, dentre estas a abstenção de divulgação de fotos ou informações que permitiam identificar a filha nas redes sociais.

Insatisfeita com a tutela jurisdicional prestada, a mãe da menina recorreu ao Tribunal sustentando que, durante o trâmite processual, não houve qualquer menção à ocorrência de uso indevido das redes sociais e, portanto, inexistia fundamentos fáticos e jurídicos para a inclusão dessa determinação. A Corte, todavia, embora tenha admitido o recurso, entendeu pelo não provimento da impugnação.

Conforme os argumentos expostos, a decisão do juízo *a quo* não carecia de fundamentação de fato específica porque a obrigação fixada é uma obrigação dos pais tão natural como as obrigações tradicionais, a exemplo do sustento, saúde e educação dos filhos. O relator frisou, também, que os filhos são pessoas e conseqüentemente titulares de direitos, de modo que os pais devem, simultaneamente, proteger os filhos e garantir e respeitar seus direitos, sendo esse o núcleo essencial inerente às responsabilidades parentais.

Ademais, sublinhou o perigo que pode advir da exposição da imagem de crianças e adolescentes nas redes sociais, inclusive no que concerne à exploração sexual e violação da privacidade e segurança no ambiente digital. Ao final, o órgão julgador concluiu pela improcedência do recurso interposto pela mãe e, então, manutenção da decisão recorrida:

Neste quadro a imposição aos pais do dever de «*abster-se de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais*» mostra-se adequada e proporcional à salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e da protecção dos dados pessoais e sobretudo da segurança da menor no Ciberespaço, face aos direito de liberdade de expressão e proibição da ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos, no caso a mãe da criança, ora Recorrente. – grifo do autor (ÉVORA, 2015).

Pela argumentação ventilada no julgado proveniente do Tribunal da Relação de Évora, nota-se que o Poder Judiciário português preocupou-se, com efeito, com a protecção dos interesses do filho menor de idade, em detrimento do direito à liberdade de expressão a que os pais fazem jus. Na situação concreta, deu prevalência, pois, ao direito à reserva da intimidade

da vida privada, nomenclatura utilizada pelo direito português, assim como à proteção de dados pessoais e segurança da criança na *internet*.

Cuida-se, sem dúvidas, de provimento judicial polêmico e que, em um primeiro contato, pode causar estranhamento aos leitores, sobretudo diante da contemporaneidade do assunto. Todavia, considerando principalmente a breve exposição realizada acerca do princípio da parentalidade responsável e da função do cuidado como dever jurídico, afigura-se perfeitamente possível fundamentar a possibilidade de determinação judicial de abstenção de publicação de conteúdo visual (fotos ou vídeos) relativo ao filho menor de idade na *internet*.

Isso porque, não sendo possível arrolar taxativamente os deveres parentais, entende-se como tais todos aqueles que tenham como finalidade precípua a proteção integral, o respeito, promoção e proteção aos direitos fundamentais do filho, incluindo a dignidade da pessoa humana. Ou seja, são deveres dos pais todos aqueles que tenham como pano de fundo a aceitação, compaixão, envolvimento, preocupação, respeito, proteção, amor, paciência, presença, ajuda e compartilhamento (BARBOZA, 2011, p. 93), enfim, o cuidado.

Por óbvio, legitimando-se essa possibilidade, não se está a defender que o magistrado pode, arbitrariamente, fixar a abstenção de publicação de conteúdo por parte dos pais como uma vertente do dever de cuidado. Pelo contrário, entende-se que a realização do teste da proporcionalidade é imperiosa nesse contexto, a fim de que o posicionamento jurisdicionalmente aderido seja dotado de substrato decisório efetivamente fundamentado.

A utilização desse teste pelo juiz é imprescindível, tendo em vista que, na hipótese examinada, o direito à liberdade de expressão dos pais colide diretamente com a parentalidade responsável, que impõe o dever de cuidado, bem como com os direitos de crianças e adolescentes, especialmente a intimidade, privacidade, imagem e proteção de dados pessoais. Isso tudo sem esquecer da dignidade da pessoa humana, que assume papel primordial quando se trata de direitos fundamentais. Nessa senda, a análise da proporcionalidade possibilitaria conhecer o caminho percorrido pelo órgão julgador até a decisão, conferindo a esse processo um maior grau de racionalidade, na medida em que decisões subjetivas e irracionais não são admitidas nos tempos atuais, sobretudo no Estado de Direito democrático (FILHO, 2011, p. 53).

Inicialmente, quando se trata sobre a teoria dos direitos fundamentais, é indispensável a clássica distinção entre as normas jurídicas existentes, a saber, regras e princípios.<sup>5</sup> Em síntese, as regras são normas que ordenam a realização de algo, conforme possibilidades fáticas e jurídicas existentes, de sorte que ou são sempre satisfeitas ou não são satisfeitas, ao passo que os princípios são mandamentos de otimização, os quais, por sua vez, podem ser satisfeitos em graus variados (ALEXY, 2008, p. 90).

Quando ocorre conflito entre duas regras, este somente pode ser solucionado mediante a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou se uma delas for declarada inválida, pois sua validade jurídica não é graduável (ALEXY, 2008, p. 92). De outra banda, se há colisão entre princípios em determinada situação, a solução assume roupagem diametralmente oposta. Nessa situação, um dos princípios colidentes deverá ceder para que o outro ganhe precedência, o que não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido. Em suma, a solução de conflitos entre regras opera no plano da validade, ao tempo em que a colisão de princípios perpassa, obrigatoriamente, por uma dimensão de peso (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Partindo dessa premissa, afirma-se que o direito parental à liberdade de expressão e a parentalidade responsável, bem como a intimidade, privacidade, imagem e proteção de dados pessoais que assistem crianças e adolescentes, são considerados princípios, porquanto exprimem mandamentos *prima facie*, isto é, determinam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas já existentes (ALEXY, 2008, p. 103-104).

Em vista disso, sendo constatada a colisão entre os vetores acima referidos, os quais assumem a condição de princípio, o magistrado, ao analisar o caso, deve percorrer o caminho da realização do teste da proporcionalidade inevitavelmente. Isso porque a própria natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, composta por três máximas parciais, a saber, adequação (também denominada de idoneidade)<sup>6</sup>, necessida-

---

5 Adota-se, para fins de elaboração da pesquisa, a teoria de Robert Alexy sobre direitos fundamentais.

6 Robert Alexy, na sua obra *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, refere expressamente a referida “máxima parcial” como “adequação” (2008). Já o professor Anízio Pires Gavião Filho, a despeito de ser filiado à teoria alexyana, também utiliza o termo “idoneidade” no mesmo sentido, que seria, conforme a nomenclatura por ele utilizada, um dos “princípios parciais” da proporcionalidade (2011).

de e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que se apresenta deduzível dessa natureza da norma (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A idoneidade busca, num primeiro momento, saber se a medida que intervém em um direito fundamental promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo contraposto. Caso se chegue à conclusão de que a medida de intervenção num direito fundamental não promove a realização de outro direito fundamental, ela não será idônea (FILHO, 2011, p. 241).

Em um segundo momento, deve o juiz passar ao exame da máxima parcial da necessidade, segundo a qual, havendo duas medidas igualmente idôneas para promover a realização de determinado direito fundamental, preconiza que deve ser adotada a que intervém menos intensamente no outro direito fundamental. Em outras palavras, a escolha da medida mais benéfica pode ser justificada mais facilmente (FILHO, 2011, p. 244).

Realizados os dois testes parciais recém aludidos, o julgador deverá analisar a proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza uma exigência de sopesamento decorrente da relativização possível no que toca às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p. 117-118). Compreende-se que quanto maior for o grau de prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio envolvido na ponderação (FILHO, 2011, p. 249).

Ao final desse teste, o juiz chegará ao estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, conforme as circunstâncias casuísticas da situação e, com isso, a posição jurídica daquele direito fundamental que adquire prevalência nessa relação de precedência condicionada passa de validade *prima facie* para validade definitiva (FILHO, 2011, p. 249-250).

Aplicando esse fundamento teórico especificamente no objeto de estudo, pode-se afirmar que o juiz, na ação judicial que visa regulamentar questões atinentes ao filho menor de idade (ajuizada por ocasião do término da sociedade conjugal ou dissolução da união estável), poderá determinar que os pais abstenham-se de publicar fotos ou vídeos dele na *internet* com fundamento no dever do cuidado, implícito no direito brasileiro.

Todavia, para que isso seja possível, ele deverá inexoravelmente passar pela realização do teste da proporcionalidade. Inicialmente, o magistrado deverá analisar se a abstenção é medida idônea para promover os direitos fundamentais do público infantojuvenil à imagem, intimidade, privacidade, proteção de dados pessoais e, por fim, à própria dignidade da pessoa humana.

Sendo positivo o resultado desse primeiro teste parcial, deve-se averiguar se há outra medida, além da abstenção, que seja igualmente apta a promover os direitos contrapostos. Caso haja, deverá ser escolhida aquela que menos intervém no direito fundamental à liberdade de expressão dos pais, ocasião em que a abstenção, por óbvio, não será escolhida, já que afeta de modo significativo o outro direito fundamental presente no caso.

Finalmente, o julgador deve proceder à verificação da proporcionalidade em sentido estrito, sopesando o direito à liberdade de expressão e os direitos dos filhos, visto que o grau de prejuízo naquele deve estar justificado pelo grau de realização deste. Chegar-se-á, então, a uma relação de precedência condicionada, em que ganhará prevalência os direitos à imagem, intimidade, privacidade, proteção de dados pessoais, os quais deixarão de ter sua posição jurídica de validade de *prima facie* para ter validade definitiva.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma lide desafiadora, o Tribunal da Relação de Évora, de Portugal decidiu pela proporcionalidade do dever de abstenção dos pais quanto a publicações envolvendo os filhos menores de idade para salvaguarda do direito destes quando da regulamentação provisória das responsabilidades parentais pelo juízo *a quo*, ainda que nos autos não houvesse notícia de uso indevido de redes sociais por parte dos genitores.

Diante dessa decisão, buscou-se analisar se o juiz poderia, em demanda judicializada, determinar a abstenção de publicação de conteúdo relativo à criança ou ao adolescente na *internet* a título de dever parental. Ao final, chegou-se à conclusão de que tal seria possível, confirmando-se a hipótese inicialmente levantada.

A viabilidade desse mandamento jurisdicional estaria fundamentada, principalmente, em dois vetores: o dever de cuidado e o teste da proporcionalidade. O primeiro estaria justificado pelo novo perfil assumido pelo poder familiar hodiernamente, que é caracterizado pelos deveres e responsabilidades que os pais assumem em relação aos filhos, bem como pela parentalidade responsável, que impõe um dever jurídico implícito de cuidado e torna possível a ampliação dos deveres parentais para além da legalidade estrita, podendo haver a exigência de condutas que não cabem em rol taxativo, dentre elas, a abstenção de publicação na *internet*.

O segundo pode ser embasado na necessidade que o magistrado terá de realizar o teste da proporcionalidade nesse caso, passando pela averiguação das máximas parciais da adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pois é somente a partir desse percurso que ele poderá fundamentar sua decisão de maneira racional e fixar a abstenção dos pais quanto à publicação de fotos ou vídeos referentes ao filho menor de idade, já que essa determinação atinge de modo negativo o direito fundamental à liberdade de expressão dos pais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Paternidade responsável: o Cuidado como Dever Jurídico*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. Coords. Cuidado e Responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85- 96.

ÉVORA. Tribunal da Relação de Évora. *Acórdão do Tribunal da Relação de Évora*. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais>. Acesso em: 27 jun. 2022.

FILHO, Anízio Pires Gavião. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MOTA, Marcel Moraes. *Poder familiar no direito comparado*. Revista Diálogo Jurídico, Fortaleza, v. 19, n. 19, p. 121-132, ago./dez. 2015. Disponível em: [https://fbuni.edu.br/sites/default/files/revista\\_dialogo\\_juridico\\_no\\_19.pdf#page=121](https://fbuni.edu.br/sites/default/files/revista_dialogo_juridico_no_19.pdf#page=121). Acesso em: 14 jun. 2022.

REIS, Clarice Moraes. *O poder familiar na nova realidade jurídico-social*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012528.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 7ª. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação*. 2012. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9247>. Acesso em: 30 jun. 2022.



# CONSEQUÊNCIAS DAS VIOLÊNCIAS NO DESENVOLVIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Consequences of violence on the mental  
health of children and adolescents

Ana Lara Cândido Becker de Carvalho<sup>1</sup>  
Vanderli Peixoto de Oliveira<sup>2</sup>

- 
- 1 Ana Lara Cândido Becker de Carvalho. Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú e pesquisadora-bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). E-mail para contato: larabeckercarvalho@gmail.com.
  - 2 Advogado, OAB/RS 123.363. Graduado em Direito pela Faculdade Dom Alberto. Pós-Graduando em Direito Público pela Faculdade Dom Alberto. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens - GRUPECA do PPGD/UNISC. Email: vanderli961@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho almeja analisar de forma sucinta, as formas de violência contra crianças e adolescentes e as respectivas consequências na saúde biopsicossocial desses indivíduos. Objetiva-se descrever os dispositivos constitucionais e legais de proteção e defesa de crianças e adolescentes e identificar os tipos de violações sofridas pelo público infantojuvenil, bem como as danosas consequências para o seu desenvolvimento biopsicossocial. O método de abordagem é o dedutivo, que parte de uma premissa universal desenvolvendo um raciocínio e atingindo conclusões formais.

Nesse contexto, o método de procedimento é o monográfico, com técnicas de pesquisas bibliográficas e documentais. As bases consultadas na presente pesquisa foram Portal Periódicos da CAPES, *Scielo* e revistas classificadas no Qualis/CAPES. No mesmo contexto, realça-se que a pesquisa documental utilizou a base de legislação do Portal do Planalto, do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e de documentos oficiais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Desse modo, apesar de haver suporte constitucional e legal acerca da proteção prioritária de crianças e adolescentes contra os mais diversos tipos de violência às quais estão sujeitas, ainda existem diversas violações sofridas pela população infantojuvenil, onde algumas são condenadas pelo tecido social, e outras ainda são socialmente aceitas.

Dessarte, as mais variadas violências em face de crianças e adolescentes causam diversos danos no desenvolvimento infantojuvenil, em âmbito físico, psicológico, social, educacional e espiritual, e estas consequências não se limitam à própria criança ou seu núcleo de convivência, mostrando-se um verdadeiro problema social.

## TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, surge como marco legal na proteção de crianças e adolescentes. Dessa forma, o art. 227, do referido diploma normativo, enaltece que nenhuma criança deverá ser objeto de qualquer forma de violação, negligência, crueldade e opressão, onde impõe ao Estado, a família e a sociedade o dever de zelar por seus direitos fundamentais. Diante disso, o parágrafo 4º, do mesmo dispositivo constitucional, sustenta que: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (BRASIL, 2020).

No mesmo sentido, o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, versa que: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 1990).

Todavia, mesmo diante dos diversos avanços legislativos sobre o tema, a violência sexual contra crianças e adolescentes é um problema de saúde pública reconhecido internacionalmente. Sobre o tecido, Azambuja argumenta que:

É também entendida como o envolvimento de crianças e adolescentes, dependentes e imaturos quanto ao seu desenvolvimento, em atividades sexuais que não têm condições de compreender plenamente e para quais são incapazes de dar o consentimento informado ou que violam as regras sociais e os papéis familiares. Incluem a pedofilia, os abusos sexuais violentos e o incesto, sendo que os estudos sobre a frequência da violência sexual são mais raros dos que os que envolvem a violência física (2011, p. 91).

Nessa ótica, a violência praticada em face de crianças e adolescentes difunde-se em episódios de omissão, negligência, agressão sexual e física. Evidencia-se que, na maioria das circunstâncias, existem diferentes formas de violência (HABIGZANG; CAMINHA, 2004, p. 25). Na perspectiva de Ferrari e Vecina (2002, p. 48): “no Brasil desde os primeiros momentos de colonização, observa-se a tentativa de adestramento físico e mental a que foram submetidas as crianças indígenas pelos jesuítas. Nas minas setecentistas, destacam-se aspectos da sexualidade infantil, como a pederastia.” No status de “órfãos do rei”, crianças vinham de Portugal em embarcações para casarem com membros da Coroa (AZAMBUJA, 2011, p. 65).

Dentre as formas de violência em face de crianças e adolescentes estão: a física, sexual, psicológica e a negligência. É preciso esclarecer que cada uma dessas possui ramificações, características e peculiaridades, de modo que podem se manifestar tanto isoladamente quanto simultaneamente. A violência física atinge a integridade do corpo. Nas palavras de Guerra (2008, p. 38): “pode ser considerada como sendo todas as manifestações de punição corporal de crianças e adolescentes desde a mais simples até a mais severa.”

Por conseguinte, a violência psicológica tem como âmago o psique da criança e do adolescente, causando-lhe grande sofrimento mental.

A negligência, por fim, está relacionada à omissão no provimento de elementos básicos e essenciais ao pleno desenvolvimento digno de crianças e adolescentes. Ressalta-se que todas as violações cometidas em face do público infantojuvenil causam, em sua maneira singular, danos, por vezes, irreparáveis, conforme se verá a seguir.

## **CONSEQUÊNCIAS DAS VIOLÊNCIAS PARA O DESENVOLVIMENTO INFANTOJUVENIL**

Com o advento da Teoria da Proteção Integral, a proteção de crianças e adolescentes contra os mais variados tipos de violência passou a ser uma das prioridades absolutas da legislação (CUSTÓDIO, 2009). Entretanto, ainda existe a aceitação social seletiva das violações, onde o cerceamento de direitos infantojuvenis materializado, por exemplo, no tráfico infantil, na exploração sexual e no aproveitamento abusivo do trabalho infantil são duramente criticados e reprovados pelo tecido social (ASSIS et al., 2009), porém, a violência física e psicológica intrafamiliar é aceita sob a justificativa de “educar” e “corrigir”. Castigos físicos, humilhações e intimidações podem trazer danos graves ao desenvolvimento biopsicossocial da criança, conforme explica Martins:

A vivência num ambiente de violência, onde os protagonistas são as suas figuras de vinculação, desenvolve nestas crianças a concepção de um mundo imprevisível, inseguro e assustador, promovendo a manifestação de sintomas de ansiedade, de evitamento e agressividade. Consequentemente, são descritos problemas comportamentais e emocionais, bem como o comprometimento ao nível da aprendizagem, cuja gravidade depende do nível de desenvolvimento da criança, severidade da violência presenciada e proximidade quer ao ambiente físico, quer à vítima” (MARTINS, 2009, p. 31).

A violência contra crianças e adolescentes, de forma ampliada, que pode ser definida como o ato comissivo ou omissivo intencional o qual resulte em morte, deficiência ou dano de cunho social, patrimonial, psicológico, cognitivo ou relacionado ao desenvolvimento orgânico (BONTEMPO; PEREIRA, 2012), pode gerar consequências em diversas searas da maturação biopsicossocial infantojuvenil, afetando a criança de forma interna e externa, e reverberando de forma negativa no âmbito familiar, escolar e social. Conforme demonstra Martins, as consequências das violações contra crianças e adolescentes podem ser classificadas em:

(a) consequências cognitivas - que originam um défice intelectual, um défice da linguagem, precário rendimento académico ou profissional; (b) consequências afectivas - com baixos níveis de auto-estima, sensações de medo, angústia, raiva, disfunção sexual, ideação suicida; (c) consequências comportamentais - com dificuldades de relacionamento interpessoal, escasso reconhecimento das emoções, isolamento, agressividade, dificuldades na percepção e aceitação das normas sociais e morais, sentimentos de culpabilidade, falta de motivação, violência e maltrato aos seus próprios filhos, toxicodependência, prostituição e condutas delinquentes; (d) consequências de carácter psiquiátrico - com presença de neuroses, depressões, psicoses e transtornos múltiplos de personalidade (MARTINS, 2009, p. 31).

Desse modo, as violações em face do público infantojuvenil podem gerar problemas sociais, emocionais, psicológicos e cognitivos ao longo de toda a vida, podendo apresentar também comportamentos prejudiciais à saúde (BRASIL, 2009). É comum que esses comportamentos destrutivos podem se manifestar através do abuso de substâncias psicoativas, do álcool e outras drogas e da iniciação precoce à atividade sexual, o que pode os tornar, segundo Delgado (2012), mais vulneráveis à gravidez, à exploração sexual e à prostituição.

Além disso, os problemas de saúde mental e social relacionados com a violência em crianças e adolescentes podem gerar sérios efeitos a nível psicológico, como ansiedade, transtornos depressivos, e alucinações (FEITOSA et al., 2011). Além disso, na seara escolar, pode ocorrer baixo desempenho na escola, e no âmbito doméstico, o baixo desempenho pode mostrar-se nas tarefas de casa. Outrossim, é possível o surgimento de outras desordens como alterações de memória, comportamento agressivo, violento e até tentativas de suicídio (HILDEBRAND, 2019).

Queirós e Caseiro (2018, p. 166) apontam que as consequências das violações em face de crianças e adolescentes podem alcançar sequelas epigenéticas, ao concluírem que “a metilação de DNA induzida por trauma na infância provoca alterações em genes específicos, em tecidos periféricos e cerebrais, alterando significativamente a regulação da resposta ao stress, plasticidade cerebral e neurodesenvolvimento”. Além disso, os referidos autores alertam que crianças vítimas de violência possuem maior propensão a desenvolver psicopatologias, disfunções crônicas, comorbidades, a serem hospitalizadas e terem baixa resposta terapêutica.

Com isso, é possível inferir que a exposição extemporânea da população infantojuvenil a violência pode estar relacionada com o comprometimento do desenvolvimento físico, mental, cognitivo e social, além de possíveis enfermidades em etapas posteriores da vida, como as infecções sexualmente transmissíveis, o aborto espontâneo e outros (BRASIL, 2009).

Para além disso, Ferrari e Vecina (2002) alertam que a violência contra crianças e adolescentes, em última análise, gera a violência social, pois as vítimas das violências acabam incorporando de forma deturpada valores morais e sociais, desfigurando o conceito de respeito próprio e com o outro. Com isso, a criança, enquanto vítima de uma violação, pode desenvolver-se um adulto agressor, “mediante mecanismos de introjeção e identificação com o que a vitimiza” (FERRARI; VECINA, 2002, p. 77). Portanto, a violência em face da população infantojuvenil retroalimenta a violência social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente são um marco para a proteção de crianças e adolescentes, na medida em que inserem, expressamente, o dever de todo o tecido social e comunitário e do Estado, em todas as suas esferas político-administrativas, em proteger, com absoluta prioridade, crianças e adolescentes, resguardando seus mais diversos direitos constitucionalmente previstos.

Contudo, as violências perpetradas em face de crianças e adolescentes ainda são comuns perante o tecido social, tendo até alguns contornos aceitos socialmente, como a violência física intrafamiliar com a justificativa de “educação”. Apesar de outros tipos de violação, como a sexual, serem repudiadas pela comunidade, continuam ocorrendo e gerando impactos diretamente no desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente vitimados.

Dessarte, as consequências danosas para o desenvolvimento infantojuvenil causadas pela violência são múltiplas, manifestando-se na seara física, cognitiva, motora, psicológica, social, educacional e espiritual. Isso pode agravar de forma irreversível a personalidade e a percepção da criança – quanto ser em situação peculiar de desenvolvimento – quanto a limites sociais e morais. Desse modo, a disfunção emocional e psicossocial causada pela vitimização de violência pode ocasionar o agravamento da violência intrafamiliar e a retroalimentação da violência social.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Simone Gonçalves de et al. *Situação de crianças e adolescentes brasileiros em relação à saúde mental e à violência*. Ciência & Saúde Coletiva, v. 14, p. 349-361, 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BONTEMPO, Kaíla da Silva; PEREIRA, Andrea Ruzzi. *Saúde mental de crianças e adolescentes vítimas de violência: uma revisão crítica da literatura*. Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo, v. 23, n. 2, p. 130-136, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Criança e Aleitamento Materno. *Impacto da violência na saúde das crianças e adolescentes: prevenção de violências e promoção da cultura de paz: você é a peça principal para enfrentar este problema*. 1ª ed. Brasília: Editora MS, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *Violência e saúde mental: os termos do debate. O social em questão*, n. 28, p. 187-197, 2012.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de Pais contra Filhos: A Tragédia Revisada*. 3. Ed. São Paulo : Cortez, 2008.

FEITOSA, Helvécio Neves et al. *A saúde mental das crianças e dos adolescentes: considerações epidemiológicas, assistenciais e bioéticas*. Revista bioética, v. 19, n. 1, p. 259-276, 2011.

FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz. *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. São Paulo: Editora Ágora, 2002.

HABIGZANG, Luísa. *Violência contra crianças e adolescentes: teoria, pesquisa e prática*. Porto Alegre: Artmes, 2004. p. 24.

HILDEBRAND, Natália Amaral et al. *Resiliência e problemas de saúde mental em crianças e adolescentes vítimas de violência*. Revista de Saúde Pública, v. 53, 2019.

MARTINS, Daniela Delfina Rato. *O impacto da violência familiar na saúde de crianças e jovens adolescentes*. 2009. 113 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia da Justiça) - Universidade do Minho, Portugal, 2009.

QUEIRÓS, Marta; CASEIRO, João. Child Maltreatment and Mental Disorders – the Role of Epigenetics. *Nascer E Crescer - Birth and Growth Medical Journal*. v. 27, n. 3, p. 160-175, 2018.

# GUARDA COMPARTILHADA NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Guard shares in the context of domestic and  
family violence against women

Marina Marques Gontijo<sup>1</sup>

---

1 Marina Gontijo; Fundação Escola Superior do Ministério Público; Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais; Advogada Sócia fundadora do Escritório Almeida, Araújo e Gontijo, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Especializanda em Direito Civil e Processual Civil; E-mail: marinagontijo.adv@gmail.com

## INTRODUÇÃO

Infelizmente a violência doméstica e familiar contra a mulher é um fato que assola os lares de todo o mundo sendo que no Brasil essa violência é constante estando o nosso país na 5ª posição no ranking dos países que mais mata mulheres por todo mundo de acordo com os dados do Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil (Flacso/OPAS-OMS/SPM, 2015). Muito conhecida à violência contra a mulher na maioria das vezes é noticiada apenas em episódios extremos de violência física onde resultam de lesões corporais e não raras às vezes em morte com a ocorrência do crime de feminicídio, assim tipificado desde a entrada em vigor da Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015.

Ocorre que a violência doméstica vai muito além da violência física, existindo a violência psicológica, sexual, moral, patrimonial. Nesse sentido nos acostumamos a tratar esse assunto no âmbito penal pensando apenas em como esse agressor será punido pelo ilícito praticado. Porém nos esquecemos de que o contexto de criação da Lei Maria da Penha trata diretamente das relações familiares e seus impactos fáticos estão na maioria das vezes muito mais ligados ao âmbito doméstico e familiar em si, do que puramente na esfera penal. Desta forma o âmbito em que acontece a agressão e a realidade fática do momento do crime é fator determinante para dizermos se a agressão contra uma mulher pode estar inserida ou não no contexto de violência doméstica. Tal diferenciação é de extrema importância uma vez que os tramites processuais são complementemente diferentes.

Porém, mais importante do que atentarmos a forma de aplicação do crime e condução do processo é nos atermos aos reflexos diretos que essa violência terá em todo o núcleo familiar principalmente em situações que envolvem ex-cônjuge e filhos deste casal. Assim, o tema da pesquisa gira em torno dos reflexos da violência doméstica na fixação ou não da guarda compartilhada, tendo a pesquisa o objetivo de fazer uma análise da Lei de Violência Doméstica e Familiar buscando demonstrar seus impactos no âmbito do Direito das Famílias, sendo que para sua realização serão analisados relatórios com índices sobre a violência doméstica e familiar, dissertações, artigos e doutrinas, bem como os projetos de lei em andamento que dispõe sobre guarda dos filhos em situações de violência doméstica.

## DESENVOLVIMENTO

Em breve análise a Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) trouxe mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A Lei Maria da Penha trata da história da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu as mais variadas formas de violência de seu então marido, tendo sido vítima de tentativa de homicídio, frisa-se a época não existia a figura do feminicídio, tendo ainda ficado paraplégica. Após 25 anos desse episódio, o Brasil editou a Lei nº 11.304/2006, dando cumprimento às convenções e tratados internacionais do qual é signatário, adotando medidas frente à violência doméstica.

Mas seria essa violência perpetrada contra a mãe fundamento suficiente para que seja retirado da criança e do genitor o direito a convivência, mediante a guarda compartilhada? Até que ponto o Direito Constitucional da convivência familiar assim como o princípio do melhor interesse da criança contido no Art. 227 da Constituição Federal pode ser afastado face o argumento da necessidade de proteção desta genitora.

De acordo com a professora Alice Bianchini:

Estudos demonstram os danos advindos do fato de a criança ou o adolescente testemunhar episódios de violência entre seus pais ou pessoas próximas de si. É a chamada vitimização indireta. Essa pessoa, apesar de não ter sofrido nenhuma violência, é contagiada pelo impacto da violência dirigida contra uma pessoa com quem mantém uma relação próxima. A violência contra a mãe, nesses casos, é uma forma de violência psicológica contra a criança.

(...)

Os prejuízos para os filhos ocorrem em todos os níveis: social, psicológico, emocional e comportamental, afetando de forma altamente negativa seu bem-estar e seu desenvolvimento, com sequelas a longo prazo que, inclusive, pode chegar a transmitir-se por meio de sucessivas gerações.

Compromete, portanto, o desenvolvimento futuro dos indivíduos imersos nesse ambiente conflitivo. E comprometendo-os, compro-

mete toda a futura sociedade. O pai e a mãe são importantes figuras de apego e referência para a vida dos filhos e para os comportamentos que terão quando da fase adulta.

Acerca do conceito de guarda compartilhada esta é tida atualmente como regra em nosso ordenamento jurídico e é um regime em que as obrigações sobre o filho menor são divididas entre os genitores (pai e mãe, por exemplo). Isso significa que as responsabilidades e decisões sobre a vida da criança ou do adolescente devem ser feitas em conjunto.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Ela pode ser vista como o contrário da guarda unilateral, em que um dos pais se responsabiliza pelas decisões em relação ao filho, enquanto ao outro caberia o dever de supervisionar o exercício da guarda. Diferente do que muitos imaginam, a guarda compartilhada

não significa residência alternada, isso porque em geral, quando se decide por este regime, a criança possui o chamado lar de referência, não havendo compartilhamento da criança, ou divisão de tempo igualitária, até porque a guarda compartilhada pode ser fixada entre genitores que residam em cidades, estados distintos.

Em linhas gerais, a guarda compartilhada teria como mote a manutenção da relação entre pais e filhos, mesmo quando ocorrer o divórcio, para a preservação dos laços familiares existentes (BONDEZAN E VAN DAL, 2019).

Art. 1583 § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Assim vemos que a guarda compartilhada busca preservar o direito de convivência entre os genitores e seus filhos, visando sempre o melhor interesse da criança e seu pleno desenvolvimento. Além disso, é uma tentativa de equilibrar os deveres entre os genitores, a fim de não

sobrecarregar apenas as mulheres que sempre foram vistas como únicas responsáveis pela criação dos filhos, buscando assim dirimir as diferenças sociológicas que se arrastam ao longo dos séculos de que caberia apenas a mulher o cuidado com os filhos, reforçando a máxima de que aos homens cabe apenas o dever de sustento.

Dessa forma a guarda compartilhada passou a ser regra em nosso ordenamento jurídico e só não será aplicada em situações excepcionais. É nesse contexto que nosso estudo se volta, pois até que ponto as situações de violência que envolve apenas o casal tem o condão de restringir o direito de convivência, sem que haja avaliação criteriosa sobre os riscos que essa violência representa concretamente ao infante?

Atualmente existem projetos de lei que buscam modificar as disposições contidas no Art. 1584 do Código Civil a fim de inserir no artigo que em casos de violência doméstica e familiar contra a genitora não será possível a fixação da guarda compartilhada, a fundamentação de tal projeto assim como os fundamentos apresentados pela maioria dos estudiosos que defendem o não direito a guarda compartilhada encontra-se basicamente pavimentado no fato de que o genitor que detém a guarda compartilhada usaria dessa guarda como forma de continuar o perpetrando violência em face da genitora trazendo assim uma manutenção do ciclo de violência mesmo após o rompimento conjugal do casal.

Ocorre que a discussão a respeito do tema não pode recair apenas sobre o direito da mulher de não sofrer violência, é claro que sabemos que em alguns casos tal situação pode de fato ocorrer, porém isso não seria suficiente para que seja retirado o direito da convivência o qual nesse caso é da criança e não da genitora. Sob o argumento de proteção do direito a integridade, física, psíquica, moral e emocional da genitora se restringe o direito constitucional de terceiros que neste caso é o infante.

Desta forma casos que envolvam violência doméstica e a disputa por guarda, existem dois bens jurídicos a serem tutelados: o melhor interesse da criança e o direito básico da mulher de viver uma vida digna. É claro que os dois bens jurídicos devem ser resguardados, mas como fazer isto sem violar um ou outro priorizando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente que é o parâmetro principal a ser medido no momento de fixação de guarda.

Primeiramente devemos nos atentar ao fato de que a violência doméstica e familiar cometida contra a mulher fere diretamente os seus direitos fundamentais ao passo de que a guarda compartilhada está fun-

damentada sob direito fundamental da prole. Esse ponto faz total diferença isso porque a violação do direito da mulher não pode ser de forma automática fundamento para supressão de direito da criança.

No ano de 2020 foi apresentado à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 04 de fevereiro, pelo Deputado Denis Bezerra do PSB/CE, Projeto de Lei número 29 de 2020, o qual busca a vedação da guarda compartilhada em caso de violência doméstica ou familiar praticada por qualquer dos genitores contra o outro ou o filho, tendo como objetivo:

Alterar o § 2º do caput do art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, e acrescentar o art. 699-A à Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, para estabelecer causa impeditiva da concessão da guarda compartilhada, bem como para impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar envolvendo os pais ou o filho. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2022).

Segundo o projeto nas situações em que há prova ou indícios de atentado contra a vida, a saúde, a integridade física ou psicológica de filho ou de um dos pais, a guarda da criança ou do adolescente deve ser entregue àquele que não seja o autor ou responsável pelos fatos.

Ocorre que à situação prática é bem diferente do que está previsto no projeto de lei, em casos onde houver, por exemplo, indícios de violência segundo o projeto já deverá o juiz da vara de família vedar de pronto à guarda compartilhada, ocorre que e se ao final do tramite processual penal o suposto agressor for considerado inocente, como será recompensada a criança e ao pai o tempo de convívio perdido? Existe no direito penal o princípio do in dubio pro reo o qual dispõe sobre a presunção de inocência, onde basicamente ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse caso o Direito de Família fecha os olhos a tal principio já aplicando sanções por um suposto crime que se quer foi reconhecido no âmbito penal.

Além disso, toda medida que impõe perda de direitos de forma automática incorre em sérias possibilidades de ser injusta já que a generalização de determinadas situações é problemática, ainda mais no âmbito do direito de família o qual é muito particular e com diversas possibilidades. Assim vetar a guarda compartilhada sem analisar se no caso concreto a convivência com o genitor acarreta risco real à criança

ou ao adolescente é medida extremamente temerária já que não há que se falar em restrição automática de direitos dos genitores e do infante por questões alheias a relação parental, isso porque os interesses das crianças e dos adolescentes sempre devem ser preservados, havendo necessidade de avaliação criteriosa de cada situação de forma individual.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dessa forma vemos que a situação é de fato controversa e que o posicionamento dos doutrinadores e estudiosos sobre o tema diverge no que tange a possibilidade de não fixação da guarda compartilhada nos casos que envolvem violência doméstica. Se de um lado existe a possibilidade de perpetração do ciclo de violência do outro a presença de tal prática não pode ser analisada apenas do ponto de vista da mulher e de forma unilateral sem que haja avaliação do real risco ao infante que a situação apresenta. Antes de decidirmos pela supressão automática do direito constitucional da convivência devem ser estudadas outras possibilidades que busquem ponderar ambos os direitos visando medidas menos invasivas para tentarmos resolver o impasse.

## **REFERÊNCIAS**

BIANCHINI, Alice. Os filhos da violência de gênero. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3Du5Hh6>. Acesso em: 12 julho 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: Acesso em: 12 de julho 2022. Código Civil, Lei Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) Acessado em 12 de Julho de 2022.

[https://repositorio.alfaunipac.com.br/publicacoes/2021/567\\_a\\_inviabilidade\\_de\\_guarda\\_compartilhada\\_em\\_circunstancias\\_de\\_violencia.pdf](https://repositorio.alfaunipac.com.br/publicacoes/2021/567_a_inviabilidade_de_guarda_compartilhada_em_circunstancias_de_violencia.pdf) Acessado em 12 de Julho de 2022

<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236366> acessado em 10 de julho de 2022.

<https://www.migalhas.com.br/depeso/354443/violencia-domestica-guarda-dos-filhos-e-a-aplicacao-do-art-1-584> Acessado em 10 de julho de 2022

[https://ibdfam.org.br/artigos/1339/A+lei+de+guarda+compartilhada+obrigat%C3%B3ria+\(lei+13.0582014\)+e+os+efeitos+para+a+forma%C3%A7%C3%A3o+da+crian%C3%A7a](https://ibdfam.org.br/artigos/1339/A+lei+de+guarda+compartilhada+obrigat%C3%B3ria+(lei+13.0582014)+e+os+efeitos+para+a+forma%C3%A7%C3%A3o+da+crian%C3%A7a) Acessado em 10 de julho de 2022. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2016. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.html) Acessado em: 12 julho de 2022.

Jurisway disponível em [https://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id\\_curso=1182&id\\_titulo=14051&pagina=4](https://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=1182&id_titulo=14051&pagina=4). Acessado dia 12 de julho de 2022. A guarda compartilhada em confronto com a medida protetiva de urgência, disponível em, <https://jus.com.br/artigos/87689/a-guarda-compartilhada-em-confronto-com-a-medida-protetiva-de-urgencia>, acessado em 12 de julho de 2022.

Os efeitos da medida protetiva na guarda compartilhada, disponível em <https://jus.com.br/artigos/92211/os-efeitos-da-medida-protetiva-na-guarda-compartilhada>, acessado em 10 de julho de 2022.

Agredir a mulher sem ameaçar filhos não tira direito à guarda compartilhada, disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-24/agredir-mulher-nao-tira-direito-guarda-compartilhada-filhos>, acessado em 12 de julho de 2022.

# AÇÕES DE CURATELAS: A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO UMA TUTELA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Guardians' actions: the extraordinary legitimacy of the public defender's office as a protection for people with disabilities

Cinara Furian Fratton<sup>1</sup>

---

1 Mestranda em Direito pela Fundação do Ministério Público, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, do Programa de Pós-graduação em Direito da FMP/RS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família do RS. Membro do Núcleo de Defesa da Pessoa com Deficiência da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Defensora Pública. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5552953843397887>. E-mail: [cinara-fratton@defensoria.rs.def.br](mailto:cinara-fratton@defensoria.rs.def.br).

## INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) inaugura um marco relevante ao consolidar vários direitos em favor das pessoas com deficiência, que antes eram tidos como sujeitos absolutamente como incapazes. O novo instituto da curatela rompe a ideia de que as pessoas com deficiência são incapazes de modo absoluto, promovendo alteração no Código Civil de 2002, no regime da capacidade civil das pessoas.

O processo de curadoria pode ser promovido pelo cônjuge ou companheiro, pelos parentes que tenham relação com a pessoa com deficiência e pela própria pessoa. Nessas hipóteses, o requerimento poderá ser feito através da Defensoria Pública, mediante a comprovação da carência de recursos, que ingressará com o pedido, atuando em forma de legitimidade ordinária, ou na denominada função típica.

Nas hipóteses em que o curatelando não conta com familiares que possam promover o pedido ou nas situações em que a pessoa com deficiência, por decorrência da morte de seu curador, ficar despida do seu representante regular e sem sucessor que possa substituir ou, ainda, em casos de uma pessoa que cumpre medida de internação em Hospital Psiquiátrico e também não tenha parentes, mas, sua condição de saúde reclama a proteção através da curatela, ao Ministério Público à conferida a legitimidade para postular a curatela.

Tendo em vista que o princípio do acesso à justiça como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito seria admissível que, dentre os legitimados para a propositura da demanda de curatela que constam no artigo 747 do Código de Processo Civil, incluir a Defensoria Pública, para que atue nos casos em que não haja parentes ou que não seja possível familiares assumirem a curatela, ao lado do Ministério Público, em função atípica ou legitimidade extraordinária.

Diante desse cenário, indaga-se a respeito da atuação da Defensoria Pública para propor a ação em favor da proteção das pessoas com deficiência, atuando de forma extraordinária.

Para isso, a presente pesquisa tem por objetivo abordar a atuação da legitimidade extraordinária da Defensoria Pública para a propositura da demanda para além da sua função típica, frente ao o artigo 747 do Código de Processo Civil de 2015 e sua compatibilidade com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD).

A partir da pesquisa bibliográfica e documental, será realizado um estudo descritivo e exploratório sobre o tema, com o método dedutivo, na busca de alcançar a finalidade pretendida. Para a organização da análise, a primeira parte traz as notas sobre a transformação no regime das capacidades que o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu no Código Civil de 2002. Na sequência, será objeto de discussão a atuação da Defensoria Pública em atuação de forma extraordinária ou na conhecida função atípica, utilizadas aqui como termos sinônimos.

## **NOTAS SOBRE O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

O novo Direito de Família traz uma perspectiva instrumental vinculada, essencialmente, à pessoa humana. Resta superada a visão institucional da família, que preservava mais a instituição do que as pessoas. Historicamente, a curatela voltava-se à tutela do patrimônio da pessoa, porém, “o eixo personalista da Constituição Federal de 1988 é a cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)” (ROSEVALD, 2018, p. 114). A curatela passou a integrar o novo movimento de personalização do Direito Civil, cujo foco é o ser em relação ao ter. No artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal estabelece como um dos fundamentos da República o princípio da dignidade humana e, no artigo 6º, reconhece como um dos direitos sociais a tutela os desamparados.

Em 2007, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – CDPD, propôs uma reformulação profunda nas estruturas sociais e jurídicas dos estados signatários, com enfoque na garantia plena de inclusão da pessoa. O Brasil ratificou a Convenção, CDPD, por meio do Decreto nº 186, no ano de 2008 e, em 2009, com o Decreto Presidencial 6949/2009 a Convenção alcança o status de norma constitucional (MENEZES; LOPES, 2019).

Para a compreensão da temática é necessário recordar alguns elementos como a personalidade que, em suma, é um atributo conferido a uma pessoa, seja física ou jurídica, para que possa exercer os atos civis no plano jurídico, titularizando inúmeras relações. “Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.” (ROSEVALD; FARIAS, 2018, p. 923).

Ao lado da personalidade, a capacidade, enquanto gênero, engloba a capacidade de direito e a de fato. Segundo Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Carolina Brochado Teixeira,

[...] a capacidade de fato refere-se a uma noção concreta e positiva de titularidade mediata e, à medida que se realiza, através da manifestação de uma vontade, exige-se que a vontade esteja formada e que a pessoa haja adquirido certa maturidade. Daí, conclui-se que a capacidade de exercício é instrumento de realização da autonomia privada, por estar estritamente ligada à prática de atos jurídicos, que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas (MENEZES; TEIXEIRA, 2016, p. 568-599).

Em virtude da compreensão de que toda a pessoa humana é capaz não tem mais sentido a distinção classificatória entre capacidade de direito e de fato quanto aos atos existenciais tais como os direitos da personalidade, sobretudo porque qualquer pessoa humana poderá exercê-los de modo direto e também solicitar a proteção com escopo na dignidade humana (ROSENVALD; FARIAS, 2018). Desse modo, na atualidade, a regra é que todas as pessoas são consideradas juridicamente capazes e a incapacidade é a exceção a ser aferida a limitação em graus,<sup>2</sup> se absoluta ou se relativa, após processo judicial de jurisdição voluntária. A curatela “será funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação” (ROSENVALD, 2018, p113).

Conforme Joyceane Bezerra de Menezes (MENEZES, 2018) a grande chave da transformação diz respeito à constatação da igualdade da capacidade jurídica, mesmo das pessoas com limitações psíquicas e intelectuais, conforme o artigo 12 da CDPV e que conta com a previsão nos artigos 6<sup>o</sup> e 84 da LBI. “Somente por meio dessa providência, permitiu-se

---

2 Artigo 2º EPD: Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

3 Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à

a eles o acesso efetivo a certos direitos que a rigor não poderiam ser experimentados pela via substitutiva da vontade”(MENEZES, 2018, p. 581), a exemplo da paternidade, maternidade, direitos reprodutivos, da crença religiosa, constituição de família, decisão sobre o tratamento de saúde.

Conrado Paulino da Rosa (ROSA, 2018, p. 587) leciona que, nas situações cabíveis, a curatela terá influência nos atos patrimoniais e negociais, pressupondo que a “sentença refira o motivo extraordinário de sua aplicação (artigo 85 § 2º da Lei 13.146/2015)”.

Não se olvida de que a interpretação do artigo 85 do EPD (TERRA; TEIXEIRA, 2020, p. 41) deve ser no sentido de promover a pessoa com deficiência de forma proporcional às suas necessidades e funcionalidade e, assim, levando em conta que a regra é a capacidade e a autonomia será possível desfazer o ato ou o negócio, seja patrimonial ou existencial, quando restar comprovado, na situação em concreto, o desvirtuamento do ato que, ao invés de tutelar os interesses da pessoa com deficiência, o coloca em posição de vulnerabilidade, uma vez que “ela o praticou porque não tinha a compreensão necessária de seus efeitos”.

Mas além do aspecto material, o Estatuto da Pessoa com Deficiência também afeta a questão processual, sobretudo porque o Código de Processo Civil de 2015 acabou por não contemplar muitas das mudanças trazidas pela norma de proteção em benefício da pessoa com deficiência, o que será explicitado no tópico posterior.

## LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA

A legitimidade era tratada no artigo 747 do Código de Processo Civil de 2015, que revogava os artigos 1.768 e 1.769 do Código Civil de 2002. Durante a *vacatio legis* do Código de Processo Civil, sobreveio o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou a redação dos artigos 1.768 e 1769 do Código Civil de 2002, ainda em vigor por conta do período de vacância. Assim, o EPD entrou em vigor antes do período da vacância e, desse modo, por ser norma especial em relação ao Código de Processo Civil há que se operar uma interpretação harmônica, ajustando as normas para a tutela em grau máximo para as pessoas com deficiência (ROSENVALD; FARIAS, 2018).

---

curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Célia Barbosa Abreu chama a atenção para a interpretação do artigo 755 do Código de Processo Civil ao defender que não houve a extinção da curatela parcial, em razão da revogação do artigo 1.772 do Código Civil de 2002 porque a lei processual determina ao juiz que fixe os limites da curatela. As habilidades da pessoa, suas preferências e vontades devem fazer parte da avaliação judicial. Adiciona-se que o termo “segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito” deve ser lido de forma sistêmica para a fixação dos limites da curatela, de modo que a curatela parcial permanece no sistema vigente (ABREU, 2016). Outro ponto que o Código de Processo Civil de 2015 deixou de avançar no trato da tutela protetiva em favor da pessoa com deficiência e é objeto de crítica pela doutrina diz respeito às expressões do Código de Processo Civil “interdição” e “interdito” (MENEZES, 2017), sugerindo que o intérprete o substitua por curadoria e curatelandando.

Passa-se a partir daqui a abordar o tópico relativo aos legitimados para o ingresso de ação que tem por objetivo verificar o grau de incapacidade da pessoa humana.

No rol elencado no artigo 747 do Código de Processo Civil o ingresso de medida judicial pode ser realizado pelo cônjuge ou companheiro, pelos parentes ou tutores, pelo representante da entidade onde a pessoa está internada, pelo Ministério Público e pela própria pessoa. Assim, em relação ao primeiro requisito é possível ampliar para incluir também as relações homoafetivas, com interpretação abrangente (ROSENVALD; FARIAS, 2018).

À Defensoria Pública, através de assistência integral às pessoas hipossuficientes, cabe o ajuizamento da ação na modalidade de legitimação ordinária ou em função típica, bastando que o interessado, seja cônjuge, companheiro ou parceiro afetivo, e/ou parente do interessado busque o pleito junto à Instituição que promoverá o ingresso da ação. A Defensoria Pública exerce um “papel constitucional essencial na tutela e efetivação dos direitos fundamentais — de todas as dimensões ou gerações — da população necessitada, pautando-se, inclusive, pela perspectiva da integralidade, indivisibilidade e interdependência de todas as dimensões.” (PEREIRA; FENSTERSEIFER, 2009).

Em pesquisa realizada na Vara das Curatelas, em Porto Alegre, apurou-se que 79% das demandas foram propostas por parentes e 11% por cônjuges ou companheiros. A Defensoria Pública do Estado ficou encarregada de 34% das ações no período da pesquisa, ou seja, de outubro

de 2018 a março de 2019 (SANTOS, 2021). Não se olvida a presença da Defensoria Pública como curadora especial para a defesa do curatelando, exigindo, pois, a atuação de dois Defensores Públicos no mesmo feito, quando o ingresso também foi realizado pela Defensoria. Na condição de curador, a função passa a ser a de exercer o direito de defesa, dispondo de “plenos poderes processuais, podendo, inclusive, contestar por negativa geral, uma vez que o esoco de sua atenção é, eatamente a busca de efetivação do contraditório”. (FARIAS, 2021, p. 79).

Imagine-se a situação de uma pessoa que não tem familiar para ingressar com a ação, mas um amigo sabe da necessidade de formular o pedido e busca então encaminhar a questão, mas é barrada pela ausência de legitimidade ativa. Indaga-se sobre a possibilidade de a Defensoria Pública possa ingressar com o pedido para a tutela da pessoa com deficiência na modalidade extraordinária.

A princípio, numa leitura apressada do dispositivo processual sob enfoque, teríamos como resposta a impossibilidade de tal atuação. Contudo, inobstante não se desconheça de posicionamento em contrário, tem-se que o rol do art. 747 do CPC não é taxativo.

A atuação da Defensoria Pública decorre de lei, conforme os artigos 134, *caput*;<sup>4</sup> e 5º, inciso LXXIV;<sup>5</sup> Constituição Federal. Dentre as funções essenciais da Instituição competem a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus de jurisdição, bem como à atuação em âmbito extrajudicial de direitos individuais e coletivos. Essa atuação é exercida de forma integral aos que demonstrem situação de carência de recursos financeiros. Importante ressaltar que cada estado possui uma regulamentação própria, estabelecendo os critérios para que a pessoa possa ser assistida.<sup>6</sup>

---

4 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

5 Art. 5º LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

6 No Rio Grande do Sul, a , regualmenta

Do mesmo modo, os artigos 3<sup>o7</sup> e 4<sup>o8</sup>, inciso XI, da Lei Complementar 80/94, com redação determinada pela Lei Complementar 132/09 estabelecem que a atuação deve dar prioridade à dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos e que, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, cabe a defesa dos interesses das pessoas com necessidades sociais e grupo de vulneráveis. Adiciona-se que com a nova redação dada ao art. 4<sup>o</sup> da Lei Complementar na. 80/94, a partir da LC n. 132/2009, ficou muito clara a legitimação extraordinária da Defensoria Pública na defesa de interesses individuais e coletivos de pessoas ou grupos vulneráveis, como é o caso dos idosos e portadores de necessidades especiais, condição em que se insere a parte representada.

A legitimação extraordinária para defesa de necessitados sob o prisma da vulnerabilidade jurídica e/ou hipossuficiência organizacional não é novidade no nosso ordenamento jurídico. Ilustrativamente isso se verifica no caso da legitimação para a propositura da ação civil pública, que com a promulgação da Lei n<sup>o</sup>. 11.448, de 15/01/2007 previu expressamente a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública, embora antes desse marco legal já atuava na proteção de direitos transindividuais (COSTA, 2008). Em questões sanitárias, o reconhecimento da atuação em legitimidade extraordinária, ocorreu no julgado N<sup>o</sup> 70065002081, do Rio Grande do Sul, em 2015, que de forma explícita o Tribunal reconhece a legitimidade extraordinária para ajuizar ação em favor de terceiro, com base nos dispositivos mencionados acima. Agregase a decisão na Apelação Cível 0006290-65.2021.8.19.0042, julgada recentemente, em 23/03/2002, no Rio de Janeiro, no mesmo sentido.

É considerado hipossuficiente organizacional aquele que se enquadre em situação de vulnerabilidade na sociedade por características diversas das financeiras. Assim, dentre os socialmente vulneráveis do ponto de vista organizacional estão os consumidores, usuários de plano de saúde, os que pretendem implementar políticas públicas, como as relacionadas às questões sanitárias, de moradia, meio ambiente e saneamento

---

7 Art. 3<sup>o</sup>-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar n<sup>o</sup> 132, de 2009). I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (...) III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos..

8 Art. 4<sup>o</sup> São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

essencial (GRINOVER, 2008). Na ótica de Ada Pellegrini Grinover o conceito de assistência judiciária aos necessitados possui conotação dupla, porque, de um lado, assistência judiciária não significa apenas assistência processual, e porque, de outro lado, necessitados não são apenas os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam de tutela jurídica.

Suponha-se que uma pessoa que apresenta indícios de limitação cognitiva e que em virtude de medida de segurança imposta não tenha familiar algum para a busca de sua proteção, especialmente para ser possível sua liberação do Instituto Psiquiátrico Forense, onde cumpria a medida, já que sua mãe, antiga curadora veio a falecer e, sua única família, a irmã, não tenha condições de exercer a curadoria. mas é amparada por amigos que saibam da necessidade de tutela para a salvaguarda de seus direitos. Essa situação foi descortinada em um processo na Vara de Curatelas de Porto Alegre, no ano de 2018, cuja sentença julgou o pedido, sem julgamento do mérito.

O egrégio Tribunal de Justiça, na 8ª Câmara Cível, na apelação 70076419209, reconheceu a legitimidade extraordinária da Defensoria Pública, com fundamento nos artigos 134 da Consituição Federal, da Lei Complementar nº 80/94, com redação alterada pela Lei nº 132/2009, artigos 3º e 4 e, sobretudo, porque o exercício da curadoria especial, nos termos do artigo 72 do Código de Processo Civil estabelece que a curatela especial será exercida nos termos da lei.

No mesmo sentido, cita-se a decisão do Rio de Janeiro, Apelação Cível, nº 0253955-37.2012.8.19.0001, que destacou a situação de risco da pessoa a ser protegida, vale dizer, “idade avançada, debilidade mental e ausência dos laços familiares”, fatores que dão guarida à atuação da Defensoria Pública com a finalidade de proteger os interesses do curatelado. .

Nessa lógica, nada impede que, quando em jogo a proteção a direito fundamental de pessoa com deficiência, que esteja em situação de vulnerabilidade, haja a atuação da Defensoria Pública em função atípica ou em legitimação extraordinária (aqui essas expressões usadas como sinônimos). Com base nas disposições constitucionais e legais citadas, resta claro que inexistente óbice para a propositura da ação também pela Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público, interpretando o rol do artigo 747 do Código de Processo Civil de forma ampliativa. Trata-se de providência fundamental na busca de implementar, cada vez mais, os direitos das pessoas com deficiência e, assim, observar as diretivas do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime das capacidades trouxeram inúmeros avanços na medida em que a restrição das incapacidades estão centradas nos aspectos negociais e patrimoniais, mantendo a capacidade jurídica dos atos existenciais. Essa inovação coaduna-se com o princípio fundamental da dignidade humana, que é considerado a pedra angular das relações familiares e serve de diretriz para a interpretação de vários institutos, sobretudo em relação à curatela, eminentemente protetiva às pessoas que necessitam de especial atenção.

Diante do objetivo pretendido, vale dizer, a abordagem sobre a atuação Defensoria Pública, em legitimidade extraordinária, conclui-se que frente ao artigo 747 do Código de Processo Civil de 2015, a interpretação que se harmoniza com a tutela da pessoa com deficiência deve incluir, dentre o rol dos legitimados, a Defensoria Pública, sobretudo porque a Constituição Federal estabelece a atuação do órgão para a defesa e fomento dos direitos humanos, dos direitos individuais e coletivos, seja no âmbito judicial ou extrajudicial.

Sustenta-se a interpretação extensiva no artigo 747 do Código de Processo Civil, cujo rol não é taxativo porque há que se atribuir uma expansão no rol dos legitimados a fim de que se possa, cada vez mais, tutelar a pessoa com deficiência.

Só assim será possível implementar os postulados protetivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD).

## REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. *A Curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto das pessoas com deficiência e o novo CPC*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

COSTA, Daniel Fernandes. *A ação Civil Pública à disposição da Defensoria Pública como instrumento de Tutela dos Direitos Transindividuais*. In: ANADEP, Fortaleza, 2008. Disponível em :[https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4205/A\\_ACP\\_\\_\\_disposi\\_\\_o\\_da\\_DP\\_como\\_instrumento\\_de\\_tutela\\_dos\\_Direitos\\_Trabnsindividuais.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4205/A_ACP___disposi__o_da_DP_como_instrumento_de_tutela_dos_Direitos_Trabnsindividuais.pdf) acesso em 9 jul 2022..

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa Com Deficiência Comentado artigo por artigo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Juspovim, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. 2008 Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/site/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. In: Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte: 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O Direito de Família entre o Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Coords. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; Dias, Maria Berenice. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LOPES, Ana Beatriz Lima Pimentel. *A sucessão testamentária da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica*. In: Arquitetura do Planejamento Sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENEZES, Joyceana Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Desvendando o conteúdo da pacuidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Pensar, Fortaleza, v 21,n2,p. 568-599, maio./agosto/2016

PEREIRA, Felipe Pires; FENSTERSEITER, Tiago. *Considerações sobre a Defensoria e as ações coletivas*. In: Anadep, 2009. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=7485>. Acesso em 10 jul. 2022.

ROSA, Conrado Paulino da; *Curso de Direito de Família contemporâneo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. Salvador: Editora Juspovim, 2018, p. 923.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. In: Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte: 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/233/215>. Acesso em: 9 jul 2022.

SANTOS, Charlene Côrtes dos. *Curatela e tomada de decisão apoiada: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Crolina Brochado; É possível mitigar capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais?. In: *Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia: repercussões jurídicas*, Coords.; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra. Indaituba, São Paulo: Editora Foco, 2020.

Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul: Apelação Cível, nº 70076419209, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Antônio Daltoé Cezar, julgado em 10/05/2018.

Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul: Apelação Cível Nº 70065002081, 22ª, Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, julgado em 01/06/2015.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Apelação Cível, nº 0253955-37.2012.8.19.0001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliére, julgado em 06/03/2014. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/jurisprudencia/29774/defensoria-publica-ostenta-legitimidade-para-propor-acao-de-interdicao-no-exercicio-da-curadoria-especial>. Acesso em 09 jul 2022.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Apelação Cível 0006290-65.2021.8.19.0042, 4ª Câmara Cível, julgada em 23/03/2002.

# A COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM DETRIMENTO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Placement of children and teenagers in foster  
carer rather than institucional care

Amanda Maria Trojan<sup>1</sup>  
Luiza Rodrigues Pin<sup>2</sup>

- 
- 1 Assistente na 1ª Promotoria de Família e Sucessões do Foro Central de Curitiba. Graduada em Direito pela PUC-PR, Campus Curitiba. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela FMP-RS. Membro do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais vinculado ao PPGD/FMP-RS. amandatrojan8@gmail.com;
  - 2 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus Francisco Beltrão. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Damásio/IBMEC. Membro do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais vinculado ao PPGD/FMP-RS. advluzapin@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho centralizou-se em compreender a colocação em família substituta como forma de convivência benéfica aos jovens afastados de suas famílias biológicas, em detrimento do acolhimento institucional.

Para fins de alcançar o objetivo proposto, desenvolvido à luz do método científico-dedutivo, empregou-se a pesquisa bibliográfica, que consiste no levantamento de material já elaborado e publicado, tais como, livros, revistas, artigos e publicações de julgados, com vista a explicar o tema com base em referências teóricas e práticas.

A pesquisa perpassou pelo estudo da doutrina da situação irregular; pelos atuais desafios do acolhimento institucional e, por fim, pela análise da colocação da família substituta como instrumento de proteção de crianças e adolescentes em situação de risco.

Consubstanciando as pesquisas realizadas no âmbito multidisciplinar aos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) verificou-se que, o caráter excepcional e temporário do acolhimento institucional é inobservado na prática. Com isso, sob a ótica da doutrina da proteção integral, passa a ser necessário revisitar as hipóteses de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas.

### **CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E O ADVENTO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL**

Em um lapso temporal recente, a posição ocupada pelas crianças e pelos adolescentes era a de objeto de interesse privado, qual seja de suas famílias e da Igreja católica; de forma que, suas vidas em nada interessavam ao Estado (LÜTKEMEYER, 2016, p. 16). Nesse sentido, contrasta-se a dialética da época, na qual, referenciavam crianças e adolescentes pelo uso da palavra “menor”, diretamente ligada às crianças pobres em situação de irregularidade (MOREIRA, 2014, p. 29).

Somente após a mudança no *status* do Brasil colônia para República que crianças e adolescentes passam a almejar proteção na qualidade de sujeitos de direito (RIZZINI, 2008). A psicóloga Irene Rizzini (2008) desconstrói a ideia de que as políticas públicas voltadas à infância e à juventude revestiam-se de caráter humanitário. Fato é, portanto, que a

“proteção” estatal surgiu na empreitada de construir um país aos moldes dos colonizadores europeus.

Por essas razões, os olhos estatais começaram a enxergar os jovens na qualidade de patrimônios da nação, destinados a tornarem-se homens e mulheres úteis na construção da recente República brasileira (LÜTKEMEYER, 2016, p. 16). Acreditava-se que para a civilização da população seria substancial reforçar a nação com pessoas aptas ao trabalho e estudo.

Não é surpresa que em um cenário como esse, o governo tenha passado a reprimir as famílias pobres e incapazes de oferecer condições de desenvolvimento adequadas aos filhos, submetendo-os a campanhas saneadoras de cunho médico-jurídico-assistencial (RIZZINI, 2008). Logo, aquela criança oriunda da pobreza, do abandono moral e material era considerada um problema social urgente de ser sanado. Infelizmente, esse estigma da incapacidade das camadas mais pobres em educarem seus filhos persiste até os dias atuais (LÜTKEMEYER, 2016, p. 16, 18).

O Estado que, até então, não se importava com o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, passa a intervir nas famílias pobres, desautorizando os genitores de seus papéis parentais (RIZZINI; RIZZINI, 2004, p. 70). E assim, sob a ótica da doutrina da situação irregular, inicia-se a prática da institucionalização de crianças e adolescentes.

Inegável que o Brasil optou por investir em uma “política” de assistência ao menor, cultivando as práticas de institucionalização de crianças, ao invés de garantir políticas e práticas justas e equitativas, que melhorassem as condições de vida de sua população infantil e juvenil (RIZZINI; RIZZINI, 2004, p. 76).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina da situação irregular dos menores é substituída pela ideia da proteção integral das crianças e dos adolescentes. Assim, a responsabilidade passa a ser de toda comunidade e do Estado. Nesse panorama, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990) elenca a institucionalização como medida de caráter temporário e excepcional, com o objetivo de preservar as ligações afetivas entre as crianças e adolescentes acolhidos com suas famílias de origem e comunidades.

Todavia, apesar da mudança paradigmática entre “menores” e “crianças e adolescentes sujeitos e direitos”, ela não foi suficiente para diminuir o número de jovens afastados de suas famílias de origem (LÜTKEMEYER, 2016, p. 27). Questiona-se então, até que ponto é efetivo mantê-las em acolhimento institucional em detrimento da convivência familiar.

## OS ATUAIS DESAFIOS DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Os dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990) preveem a intervenção estatal por meio do acolhimento institucional para fins de proteger a criança ou o adolescente. Trata-se, então, de medida protetiva de caráter excepcional e temporário (SILVA, 2022, p. 169), de modo que a criança ou o adolescente deverá permanecer abrigado por, no máximo, três meses, visando assim, assegurar o seu retorno à família, à comunidade ou o direcionamento a uma família substituta (RIZZINI; RIZZINI, 2004, p. 55).

As principais causas que antecedem a aplicação da medida protetiva do acolhimento a crianças e adolescentes, são: a) o ato dos genitores entregarem os filhos à instituição de acolhimento; b) quando encaminhados pelo Poder Judiciário, diante de situações de abandono, violência, abuso ou estupro de vulnerável; c) quando encaminhados por agentes da Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente ou do Conselho Tutelar (RIZZINI; RIZZINI, 2004, p. 53).

Aufere-se do estudo atualizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 08 de julho de 2022 que, 29.877 (vinte e nove mil, oitocentas e setenta e sete) crianças e adolescentes encontram-se em acolhimento institucional. Por vez, dessa parcela de jovens acolhidos, apenas 4.123 (quatro mil, cento e vinte três) encontram-se habilitadas para a adoção<sup>3</sup>; são as “crianças no limbo” (SILVA, 2022, p. 274).

Curioso perceber que, quando se tratam de números referentes à adoção, acolhimento institucional ou de pretensos pais habilitados no processo legal de adoção, esses números não “fecham”. É de se questionar o porquê, dessa medida que é de caráter excepcional e temporário, manter número significativo de jovens institucionalizados. Além disso, espanta notar que apenas uma parcela ínfima de crianças e adolescentes institucionalizados se encontram aptos para serem adotados.

Ao estudar o percurso histórico e os desafios do acolhimento institucional, Irene Rizzini e Irma Rizzini (2005, p. 55) apontam situações que perpetuam a “estadia” de crianças e adolescentes em ambiente institucional:

---

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema Nacional de Adoção. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursrel&select=clearall>>. Acesso em: 08 de julho de 2022.

(...) A medida foi assim concebida por se compreender que as crianças e os adolescentes só deveriam ser afastados de seus contextos em situações extremas. Entretanto, não é isso que se observa na prática. Duas situações ocorrem com frequência: (a) por falta de alternativas, eles acabam sendo mantidos por anos em estabelecimentos que não têm a mínima condição de responder adequadamente às suas necessidades; (b) não permanecem em nenhuma instituição, circulando por várias e mantendo, por vezes, um ritmo impressionante de deslocamento entre as ruas, as casas dos pais ou familiares e múltiplas instituições.

Embora a retórica afirme a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, eles ainda são pouco escutados sobre a compreensão que têm de suas próprias trajetórias (MOREIRA, 2014, p. 36). E assim, inegável que, sem a efetivação da proteção integral, os direitos fundamentais das crianças e adolescentes – e ressalte-se aqui, o direito à convivência familiar e comunitária – também se encontrarão prejudicados (LÜTKEMEYER, 2016, p. 28).

Militante nos temas que se atentam à infância e juventude, Fernando Moreira Freitas da Silva critica o modelo institucional por entender que, a manutenção dos jovens nas instituições acarreta desastrosas consequências em seus desenvolvimentos psicofísicos, mostrando-se passada a hora de o Brasil, tal como fizera a Itália e o Paraguai, estipular um prazo para o fim da institucionalização (SILVA, 2022, p. 170).

Acerca da efetiva aplicação dos princípios previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, Fernando Moreira Freitas da Silva reflete:

A aplicação da proteção integral na seara da adoção impõe a todos os atores sociais, em especial ao magistrado, a quem compete julgar o caso concreto, adotar as mais amplas medidas protetivas em favor da criança e do adolescente. Assim, não basta um acolhimento institucional para garantir a proteção integral. É necessário que a criança ou o adolescente esteja em família, seja a natural, seja a substituta. Não basta garantir tratamento psicológico esporso, quando é necessário acompanhamento regular. Não é suficiente a simples garantia do trâmite processual, mas que ele seja célere e efetivo, sob pena de privar a criança e o adolescente de uma importante fase de sua vida (SILVA, 2022, p. 55).

Conforme se depreende, o Estatuto da Criança e do Adolescente representou uma evolução legislativa no que diz respeito à tutela de crianças e adolescentes nos casos de adoção, prevendo normas específicas e assumindo uma posição garantista outrora desvanecida.

No entanto, ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente represente essa mudança de paradigma estabelecendo crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito, a referida legislação apresenta algumas falhas com relação à efetivação desses direitos. Inúmeros entraves jurídicos e políticos acabam levando à situação atual de crianças acolhidas em abrigos, à espera de uma família.

Em complementação a essas ideias, a doutora em Psicologia Maria Ignez Costa Moreira acredita que o erro estatal reside na ausência de olhares compreensivos a escolhas e alternativas criadas pelas próprias crianças e adolescentes. Assim, MOREIRA (2014, p. 33, 36) aponta que, o repetitivo discurso de que “crianças não sabem o que dizem” acarreta na longínqua manutenção em um sistema que acaba apenas por romper e afastá-los de seus vínculos familiares.

Desta maneira, em que pese a legislação vigente ter possibilitado diversos avanços, o crescimento significativo de demandas sociais relativas à infância e à adolescência implica em uma nova abordagem da tutela de direitos de vulneráveis, em especial, nos casos de acolhimento institucional.

## **A COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO**

Como visto, a prática cotidiana de aplicação do acolhimento institucional tem mostrado eficácia na proteção da criança e do adolescente em situação de risco pessoal e social. No entanto, cabe destacar que a referida medida protetiva implica a perda do poder familiar temporário, quando ao final da medida o retorno é possível. Assim, nos casos em que o retorno é impossível, o poder familiar é definitivamente retirado, e as crianças e os adolescentes são encaminhados para adoção.

Dito isso, compreende-se que quanto maior o tempo de afastamento da criança e do adolescente de sua família, maior o risco da ruptura dos vínculos e de sua institucionalização. Nesse sentido, as instituições de acolhimento, muitas vezes, não oferecem a estrutura, material e humana, para o atingimento da efetiva proteção de crianças e adolescentes em situação de risco (FERRARI).

Em linha com esses aspectos, é razoável a certeza de que o melhor para as crianças, quando da suspensão familiar de seus genitores biológicos e perda do poder familiar, é serem colocados em convívio com família substituta, a oferecer-lhes, desde logo, o afeto, a educação, a saúde, a moral e, dentre outras, um ambiente propício ao crescimento e evolução de pessoa em desenvolvimento.

A Constituição da República Federativa de 1988, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990), diante das inúmeras mudanças ocorridas na sociedade nas últimas décadas, reestruturou o Direito Brasileiro direcionado à infância e à adolescência com uma nova percepção acerca da criança e do adolescente, isto é, como titulares de direitos fundamentais, merecedores de proteção integral.

É direito fundamental de toda criança e adolescente ser criado e educado no seio de sua família natural, e excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária (art. 19, ECA). Excepcionalmente, portanto, como na hipótese em que a família natural não seja capaz de garantir direitos e garantias decorrentes do princípio da proteção integral (maus-tratos, abandono, dependência a entorpecentes, orfandade etc), promover-se-á a colocação da criança e adolescente, sempre tendo em vista o melhor interesse destes, em uma família substituta, esta que compreende três espécies: a guarda, a tutela e a adoção.

A primeira modalidade de família substituta é a guarda, a qual atribui ao guardião a tarefa indelegável de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente na qualidade de responsável legal. Já a tutela tem a mesma função da guarda, mas neste caso, é concedida porque os pais da criança ou do adolescente já faleceram, ou foram destituídos do poder familiar, devendo, também, o tutor administrar os bens do tutelado, prestando contas dos gastos que tem com a criança ou adolescente. Finalmente, a adoção é a modalidade definitiva de colocação em família substituta, uma vez que a criança ou o adolescente rompe com todos os vínculos que possuía com a família natural (LÜDKE, *et al*, 2012).

Tais medidas, entretanto, só serão utilizadas quando se entender ser a melhor opção para a criança ou adolescente, uma vez que a prioridade é a manutenção dessas na família natural. Ademais, quando a colocação em família substituta for a melhor opção, dar-se-á preferência para aquelas formadas por pessoas que possuam relação de parentesco, afeto ou afinidade com o infante ou adolescente, tendo como escopo a redução

dos traumas ocasionados pelo afastamento dos genitores e a preservação das relações hereditárias, afetivas e sociais (LÜDKE, *et al*, 2012).

Assim sendo, quando a colocação em família substituta se mostrar a medida mais viável, o ordenamento jurídico estabelece uma escala valorativa, priorizando a família biológica ampliada, decorrente de vínculos sanguíneos maternos ou paternos, como a formada pelos parentes da criança (avós, irmãos, tios, etc.), como forma de manter os vínculos hereditários, afetivos e sociais que a criança já tem, e de reduzir os traumas que o afastamento dos genitores sempre gera.

Nesse sentido, é importante destacar os recentes entendimentos jurisprudenciais acerca do tema, os quais demonstram a preocupação do Poder Judiciário em proteger crianças e adolescentes em situação de risco, encontrando na colocação em família substituta um instrumento potencialmente eficaz nesse objetivo.

O Superior Tribunal de Justiça ressaltou que as medidas protetivas fixadas no Estatuto da Criança e do Adolescente tem como objeto primário a proteção integral da criança e do adolescente e não se constituem em um rol taxativo, que impede a adoção de outras medidas que se entenda conveniente para o resguardo da criança em situação de risco. Assim, no caso concreto, o órgão julgador manteve a decisão do Tribunal de origem, que havia concedido liminar com imediata colocação da criança em família substituta.<sup>4</sup>

---

4 STJ – CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CONCESSÃO DE LIMINAR COM IMEDIATA COLOCAÇÃO DA CRIANÇA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. POSSIBILIDADE. DECISÃO BASEADA EM CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE APONTAM A SITUAÇÃO DE RISCO PARA O MENOR. REEXAME DE PROVAS. As medidas protetivas fixadas pela Lei 8.069/90 tem como objeto primário a proteção integral da criança e do adolescente, os titulares do sistema legal protetivo. Na espécie, abstraindo os debates sobre como se deu a retirada da criança e sua colocação em família substituta, devidamente registrada em cadastro de adoção, como se pode inferir dos fatos historiados e do excerto transcrito anteriormente, a capacidade da recorrente, desde antes do nascimento de seu filho, já era objeto de avaliação e preocupação das autoridades responsáveis pela proteção aos menores no Município, notadamente o Ministério Público estadual e o próprio Poder Judiciário, não ocorrendo, assim, a aludida atuação açodada do Estado no sentido de suspender o Poder Familiar da recorrente e já encaminhar a criança para a adoção. A avaliação do acerto da decisão confirmada pelo Tribunal de origem demandaria um novo sopesar de todo o conjunto probatório, o que é sabidamente vedado, em sede de recurso especial, por força do óbice da Súmula 7/STJ. Recurso não provido. (REsp

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu possível a colocação de uma criança em família substituta, mesmo antes da definição quanto ao processo de destituição do poder familiar. O Desembargador Relator José Antonio Daltoé Cezar ressaltou em seu voto que “toda criança tem o direito de ser criada em família, preferencialmente biológica, mas não sendo isso possível, a família substituta se apresenta como opção mais razoável, não havendo motivo para se estender um período de institucionalização que, indubitavelmente, gerará prejuízos exatamente a quem deve ser alvo de proteção”.<sup>5</sup>

Como se vê, há o entendimento de que a criança ou adolescente que venha a se encontrar em situação de risco se adaptaria mais facilmente com pessoas que fazem parte de sua vida, e com as quais já mantém uma relação de afeto. Por isso, diante do princípio da proteção integral e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o legislador optou por priorizar o grau de parentesco na concessão da colocação em família substituta (LÜDKE, *et al*, 2012).

Dessa forma, não resta dúvida que a família substituta vem sendo um meio de garantir às crianças e aos adolescentes abandonados ou desamparados uma vida digna e plena, fundamental para os desenvolvimentos dos mesmos (LÜDKE, *et al*, 2012). Além do mais, conforme preceitua a doutrina e atual entendimento jurisprudencial, colocar uma criança ou adolescente em uma família substituta é entregar esperança, carinho e cuidado a uma pessoa que vivenciou, ao longo de sua história, situações de negligência, abandono e violência, de modo a ressignificar

---

1654099/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017).

- 5 TJRS – AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DETERMINADO PELO JUÍZO. INSERÇÃO IMEDIATA NO ROL DE CRIANÇAS APTAS PARA ADOÇÃO. POSSIBILIDADE. Caso dos autos em que o infante, nascido em 05/01/2018, foi entregue pelos pais para pessoas não habilitadas para adoção. Suspendo o poder familiar e determinado acolhimento institucional. Pais usuários de drogas e moradores de rua, que não reúnem as mínimas condições para criar e educar o filho, o qual nasceu com sífilis e problema ortopédico congênito bilateral. Cuidados especiais. Melhor interesse da criança que permite a sua colocação imediata em família substituta. Direito da criança previsto no artigo 227 da Constituição Federal, devendo ser-lhe assegurada a convivência familiar. Agravo provido. (Agravo de Instrumento, Nº 70076485424, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoé Cezar, Julgado em: 17-05-2018).

esse passado da criança com a acolhida, o afeto e o sentimento de pertencimento a um lar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, houve um crescimento significativo de demandas sociais relativas à infância e à adolescência, as quais foram objeto de discussão pelo poder judiciário, que parece definir novos rumos para a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais de crianças e adolescentes em situação de risco.

Como visto no estudo, os tribunais brasileiros têm atuado para além das limitações legais impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, decidindo em casos concretos pela colocação de crianças e adolescentes em núcleos familiares capazes de lhes oferecer, desde logo, afeto, educação, saúde e segurança. Demonstra-se com clareza o dever do julgador em salvaguardar o interesse dos vulneráveis, conferindo uma ponderação equilibrada e concatenada dos dispositivos legais de acordo com o caso concreto.

Portanto, é cristalina a importância da família substituta na garantia dos direitos fundamentais de toda criança ou adolescente, se apresentando como uma possibilidade de efetivação de direitos de crianças e adolescentes, com o potencial de garantir a esses indivíduos vulneráveis um ambiente familiar no qual possam se desenvolver de forma integral – material e afetivamente.

## REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema Nacional de Adoção*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/>. Acesso em: 08 de julho de 2022.

FERRARI, Regina. *Suspensão do Poder Familiar e a imediata colocação da criança e do adolescente em convívio com família substituta devidamente inscrita no Cadastro Nacional de Adoção*. – CNA. Artigo Jurídico publicado no site do Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Coordenadoria da Infância e Juventude. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Suspensao-do-Poder-Familiar-e-Imediata-Colocacao-da-Crianca-e-do-Adolescente-em-convivio-com-Familia-Substituta-inscrita-no-CNA-STJ.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2022.

LÜDKE, Laysa Francini; BREUS, Andressa Bisetto; BRANDÃO, Rosângela Fátima Penteadó Brandão; PINHEIRO, Paulo Fernando; SIQUEIRA, Samanta Rodrigues. *A família substituta como meio de garantir os direitos fundamentais da Criança e do adolescente*. In: CONEX – Encontro Conversando sobre a Extensão “Os Desafios da Indissociabilidade Ensino/Pesquisa/Extensão. 10ª ed. 2012. Ponta Grossa, Anais... Ponta Grossa: ISSN 2238-9113. Vol. 10. 2012. Disponível em: <https://memoria.apps.uepg.br/conex/anais/trabalhos/360.pdf>. Acesso em: 11 de julho de 2022.

LÜTKEMEYER, Marcielle. *Do direito fundamental à convivência familiar: adoção e acolhimento institucional, caminhos que se cruzam?* 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Rio Grande.

MOREIRA, Maria Ignez Costa. *Os impasses entre acolhimento institucional e o direito à convivência familiar*. Revista Psicologia & Sociedade, 26. p. 28-37. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822014000600004>. Acesso em: 07 de julho de 2022.

RIZZINI, Irene. *O Século Perdido: Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2008.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A Institucionalização de Crianças no Brasil: Percurso Histórico e Desafios do Presente*. São Paulo: Loyola; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2004.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Adoção: um diálogo entre os direitos fundamentais e a realidade dos acolhimentos institucionais*. Londrina, PR: Thoth, 2022.



# A SAÚDE MENTAL E EMOCIONAL DE CRIANÇAS, ADOLESCENTES E JOVENS LATINO-AMERICANOS PÓS PANDEMIA DE COVID-19

The mental and emotional health of Latin American children,  
adolescents and young people after the Covid-19 pandemic

Camila Conrad<sup>1</sup>  
Cristiano Lange dos Santos<sup>2</sup>  
Juliana Toralles dos Santos Braga<sup>3</sup>

- 
- 1 Camila Conrad, advogada inscrita na OAB/RS nº 114.654. Mestranda em Direito na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Bolsista PROSUC CAPES Modalidade II. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPGD/UNISC (GRUPECA/UNISC). E-mail: milaconrad@gmail.com
  - 2 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com doutorado sanduíche na Universidade de Burgos (UBU) na Espanha financiado pela CAPES. Colaborador Externo do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC). E-mail: cristiano.advg@gmail.com
  - 3 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande, Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul e advogada. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPGD/UNISC (GRUPECA/UNISC). E-mail: jutsb@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo é a saúde mental e emocional de crianças, adolescentes jovens latino-americanos no cenário pós pandemia de Covid-19. O objetivo geral é demonstrar que, embora essa temática já seja uma preocupação social e política, já estivesse anteriormente presente em dados apresentados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e por diversas outras instituições, a pandemia trouxe suas consequências. Houve aumento dos fatores de risco à saúde mental de crianças, adolescentes e jovens, que foram afastadas das atividades escolares e da convivência social, assim como foram expostas a violências e vulnerabilidades sociais decorrentes do agravamento da crise econômica. Daí a relevância e a importância do tema.

O problema proposto é: em que medida há a proteção saúde mental e emocional de crianças, adolescentes jovens latino-americanos no cenário pós pandemia de Covid-19?

A hipótese aventada é a nesse cenário pós pandemia, os países latino-americanos devem fortalecer seus sistemas e serviços de saúde mental para atender às crescentes demandas de saúde mental e apoio psicossocial, em especial de crianças, adolescentes e jovens.

O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento monográfico. A pesquisa bibliográfica foi realizada nas seguintes bases de dados do banco de teses da Capes, periódicos avaliados no Qualis da Capes, bibliografia nacional e internacional. Já a pesquisa documental foi realizada nas seguintes bases de dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Organização Mundial de Saúde (OMS).

## DESENVOLVIMENTO

Historicamente, o cuidado integral de crianças, adolescentes e jovens não fazia parte das prioridades dos países da América Latina. Assim, é necessária a contextualização dos “menores irregulares” durante a vigência do Direito do Menor no cenário latino-americano, uma vez que há correlação entre os sistemas menoristas da região em diversos aspectos legais e institucionais, assim como há uma inevitável vinculação com o desenvolvimento dos países da América Latina e a desigualdade social, de forma que as políticas neoliberais implementadas na região exsurgem

através do empobrecimento dos orçamentos públicos destinadas aos gastos sociais como educação, saúde, assistência social etc.

Esse conjunto de traços sociais comuns à generalidade dos países latino-americanos que, como já afirmamos, sempre estiveram estreitamente relacionados com o modelo menorista, representa um quadro exemplificativo de graves questões continentais não resolvidas, mas historicamente banalizadas ou postergadas por tempo indeterminado para as futuras gerações. Enquanto isso, os grandes contingentes populacionais infantojuvenis da América Latina, como, em particular, os do Brasil, foram por quase um século vítimas do anti-direito que respondia pelo nome de “Direito do Menor” e da anti-tutela dos programas de proteção aos “Menores Irregulares”... que marcaram a ferro e brasa o corpo e a vida de gerações e gerações de infelicitados! (LIMA, 2021, p. 22).

No Brasil especificamente, o universo político passou por transformações estruturais, as quais se consolidaram no final do século XX e diziam respeito à contraposição da doutrina da situação irregular pela doutrina da proteção integral. A partir daí a teoria da proteção integral passou a ser o referencial paradigmático para o Direito da Criança e do Adolescente no país (CUSTÓDIO, 2008, p. 22).

A Constituição Federal de 5 de outubro 1988 afirmou a cidadania das crianças e dos adolescentes, condição de sujeitos de direitos, e resultou na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei n.º 8.069/90, de 13 de julho de 1990. O ECA representou o marco histórico para a construção de novas políticas e modos de atenção voltados para a população infantojuvenil.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a co-

munidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, 1990).

Na mesma época, em novembro de 1990, a Organização Pan-Americana de Saúde e a Organização Mundial da Saúde divulgaram um documento intitulado: “A reestruturação da atenção psiquiátrica na América Latina: uma nova política para os serviços de Saúde Mental”, que ficou conhecido como a Declaração de Caracas.

Entretanto, no contexto da consolidação da Política Nacional de Saúde Mental e da Lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001, a Lei da Reforma Psiquiátrica, que dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, a criação de uma política de atenção à saúde mental destinada às crianças e adolescentes acabou tardiamente inserida. Isso se deu

O marco da efetiva transformação da atenção às crianças e adolescentes foi a Portaria n.º 3.088, de 23 de dezembro de 2011, que institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como trouxe como um dos objetivos específicos da rede a promoção dos cuidados em saúde especialmente para crianças, adolescente e jovens. A partir de então foram criadas condições de financiamento para a construção de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) no território nacional, incluindo as modalidades CAPS AD, CAPS AD III e CAPS I:

§ 4º Os Centros de Atenção Psicossocial estão organizados nas seguintes modalidades:

(...) IV - CAPS AD: atende adultos ou crianças e adolescentes, considerando as normativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas. Serviço de saúde mental aberto e de caráter comunitário, indicado para Municípios ou regiões com população acima de setenta mil habitantes;

V - CAPS AD III: atende adultos ou crianças e adolescentes, considerando as normativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, com necessidades de cuidados clínicos contínuos. Serviço com no máximo doze leitos para observação e monitoramento, de funcionamento 24 horas, incluindo feriados e finais de semana; indicado para Municípios ou regiões com população acima de duzentos mil habitantes; e

VI - CAPS I: atende crianças e adolescentes com transtornos mentais graves e persistentes e os que fazem uso de crack, álcool e outras drogas. Serviço aberto e de caráter comunitário indicado para municípios ou regiões com população acima de cento e cinquenta mil habitantes. (BRASIL, 2011)

Posteriormente a Portaria n.º 1.946, de 10 de outubro de 2003 – que criou o Grupo de Trabalho destinado a elaborar proposta de constituição do Fórum Nacional de Saúde Mental de Crianças e Adolescentes –, e, a Portaria 1.608, de 3 de agosto de 2004 – que constituiu o Fórum Nacional sobre Saúde Mental de Crianças e Adolescentes – nortearam a construção de políticas de atenção em saúde mental infantojuvenil, que deve prever o acolhimento universal, o encaminhamento implicado, a construção permanente da rede e a intersetorialidade na ação do cuidado.

O Decreto n.º 6.286, de 5 de dezembro de 2007, instituiu no âmbito dos Ministérios da Educação e da Saúde, o Programa Saúde na Escola - PSE, com finalidade de contribuir para a formação integral dos estudantes da rede pública de educação básica por meio de ações de prevenção, promoção e atenção à saúde.

E, em 5 de agosto de 2013, a Lei n.º 12.852 instituiu 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; dispondo que “art. 19. O jovem tem direito à saúde e à qualidade de vida, considerando suas especificidades na dimensão da prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde de forma integral.” (BRASIL, 2013).

Por último, a Lei n.º 13.819, de 26 de abril de 2019, instituiu a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, a ser implementada pela União, em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) apresentou como uma das metas do Plano de Ação em Saúde Mental 2013-2020 – o qual foi prorrogado até 2030 –, a redução dos índices de suicídio em 10% (OMS, 2016, p. 12). A Agenda dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS), da Organização das Nações Unidas (ONU), também realizou apelo global à redução destes índices em um terço até 2030 (ONU, 2022).

Assim, a temática da saúde mental e emocional de crianças, adolescentes e jovens, enquanto uma preocupação social e política, já esta-

va presente em dados apresentados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e por diversas outras instituições, antes mesmo da pandemia de Covid-19.

Uma em cada quatro pessoas em todo o mundo experimentará uma condição de saúde mental em sua vida, 4 mais de três milhões de pessoas morrerão como resultado do uso nocivo de álcool a cada ano, 5 e quase um milhão perderá a vida por suicídio. Transtornos mentais, neurológicos e por uso de substâncias (MNS) são responsáveis por 12% de todos os anos de vida ajustados por incapacidade (DALYs). No entanto, apesar da alta carga global de distúrbios MNS e dos custos econômicos substanciais associados — estima-se que até 2030, a saúde mental custará à economia global \$ 16 trilhões de dólares — a saúde mental continua sendo uma área severamente negligenciada da saúde pública. (TAUSCH; SOUZA; VICIANA; CAYETANO; BARBOSA; HENNIS, 2022, p. 1-2. Tradução dos autores)

Contudo, a pandemia e suas consequências, que incluem o aumento de fatores de risco à saúde mental de crianças, adolescentes e jovens, que foram afastadas das atividades escolares e da convivência social, assim como foram expostas a violências e vulnerabilidades sociais decorrentes do agravamento da crise econômica, demonstram a relevância e a importância do tema.

Os dados sugerem que a pandemia e as medidas de saúde pública e sociais associadas causaram um aumento global de problemas de saúde mental, incluindo, em geral, depressão e ansiedade. (...) No geral, os dados indicaram que as taxas de suicídio na maioria dos países não aumentou no início da pandemia. No entanto, houve evidência de um risco aumentado em jovens e o impacto a longo prazo e a desaceleração econômica associada à saúde mental e às taxas de suicídio continuam sendo motivo de preocupação, dada a ligação bem reconhecida entre comportamento suicida e dificuldades econômicas. Por último, antes do COVID-19, apenas uma minoria de pessoas com problemas de saúde mental recebia tratamento. Estudos mostram que a pandemia ampliou ainda mais a lacuna de tratamento em saúde mental, com serviços ambulatoriais de saúde mental (OMS, 2022, p. 8. Tradução dos autores).

Mais de 154 milhões de crianças (95% das matriculadas) na América Latina e no Caribe deixaram de frequentar escola devido ao COVID-19 em março de 2020. No mesmo ano, 27% dos adolescentes e jovens pesquisados na América Latina e no Caribe relataram sentir ansiedade e 15% depressão na semana anterior. Em 2021, 114 milhões dessas crianças ainda não haviam retornado à escola. Outro estudo com jovens de 15 a 29 anos em países da América Latina e Caribe demonstrou que 52% experimentaram estresse mais significativo e 47% tiveram episódios de ansiedade ou ataques de pânico durante o período de isolamento social (TAUSCH; SOUZA; VICIANA; CAYETANO; BARBOSA; HENNIS, 2022, p. 3).

Outra consequência diretamente relacionada à saúde mental e emocional de crianças, adolescentes e jovens decorrente da pandemia foram as interrupções significativas nos serviços de saúde mental. Estudo da OMS indicou que em 7 dos 28 países analisados foi indicado que pelo menos 75% dos serviços relacionados a transtornos mentais, neurológicos e uso de substâncias psicoativas sofreram uma interrupção total ou parcial. Interrupções no tratamento de emergência desses distúrbios foram relatadas em 11 de 25 países, assim como em 11 de 27 países houve interrupções de fornecimento medicamentos para tratamento dessas enfermidades. Ademais, os serviços e programas de prevenção e promoção da saúde mental foram os mais afetados e os mais prejudicados: 80% dos países experimentaram uma interrupção completa ou parcial de programas de saúde mental fornecidos na escola, e, também 80% dos países relataram interrupções completas ou parciais do trabalho de serviços de saúde mental. 60,7% dos países relataram interrupções completas ou parciais nos serviços de psicoterapia e aconselhamento, enquanto 39,3% relataram interrupções nos serviços de exames laboratoriais diagnósticos em centros de saúde mental (OMS, 2020, p. 9-10).

O estudo “Encuestas de las Naciones Unidas sobre Juventudes da América Latina y el Caribe dentro del Contexto de la Pandemia del Covid-19” realizado pela Organização das Nações Unidas em 2021 e dirigido para jovens latino-americanos e caribenhos com idade entre 15 e 29 anos, indicou que 16% desses jovens perderam o emprego, tiveram seus contratos de trabalho suspensos ou jornada de trabalho reduzida. Um em cada quatro jovens trabalhava por remuneração no momento da pesquisa, em jornada parcial ou integral. Os trabalhadores pagos estão concentrados nos grupos mais velhos: 55% têm entre 25 e 29 anos, 38% têm entre 20 e 24 anos e 7% são entre 15 e 19. Ademais, 7% deles mencionam ter perdido o emprego devido à pandemia de COVID-19, 5% tiveram seus

contratos de trabalho temporariamente suspensos e 5% sofreram uma redução de jornada. Atualmente, 17% dos pesquisados não estudam e nem trabalham, sendo que, entre eles, 72% estão em áreas urbanas e 47% têm entre 25 e 29 anos. 13% dos jovens indicam que trabalham e estudam ao mesmo tempo e apenas 2% mencionam realizar trabalhos domésticos e de cuidados não remunerados em tempo integral (ONU, 2021, p. 25).

O cuidado está no centro da sustentabilidade da vida, de forma que não há possibilidade de discutir o mundo pós-pandemia sem levar em consideração o quanto isso se tornou evidente. Trata-se de uma dimensão da vida que não pode ser regida pelas dinâmicas sociais pautadas no acúmulo de renda e de privilégios – não é uma demanda a ser absorvida pelo mercado (SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA, 2021, p. 11).

Novas narrativas de sofrimento emergem com visibilidade social, mas sobretudo individualizando ao extremo o sofrimento psicológico, bem como psicologizando o fracasso laboral, afetivo e discursivo como um problema de moralidade individualizada. É nessa capacidade de se retroalimentar e gerenciar os efeitos de seus próprios fracassos que se localiza a maior força do neoliberalismo (DUNKER; PAULON; SANCHES; LANA; LIMA; BAZZO, 2020, p. 229)

Assim, nesse cenário pós pandemia, os países latino-americanos devem fortalecer seus sistemas e serviços de saúde mental para atender às crescentes demandas de saúde mental e apoio psicossocial, em especial de crianças, adolescentes e jovens.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente resumo reuniu historicamente a proteção integral de crianças, adolescentes e jovens, destacando a importância do campo psicológico frente à Covid-19. O estado epidemiológico trouxe inúmeras mudanças na sociedade contemporânea e levantou a bandeira da saúde como foco principal. O período delicado elevou os fatores de risco das crianças, adolescentes e jovens com a falta de atividades escolares, convivência social e a crise econômica, o que fez que desencadeasse o risco de uma pandemia paralela: risco à saúde mental.

À medida que é imensurável em termos de proteção à saúde os avanços já tidos na nossa legislação, ainda há muito o que fazer em termos de políticas de atenção à saúde psicológica. A importância da interseção

rialidade na ação do cuidado, com intuito da formação integral desde a infância por meio da prevenção, promoção e atenção deve ser prioridade.

Segundo a pesquisa aqui desenvolvida, o avanço de problemas de saúde mental neste período de pandemia coincidiu com as graves interrupções nos serviços de saúde, como medicamentos, psicoterapia, exames, diagnósticos, o que gerou alerta de necessidade de integração da saúde mental e apoio psicossocial do governo.

Não tem como medir o impacto a longo prazo no mundo pós-pandemia. O impacto significativo é apenas o início para a medição entre saúde mental e bem-estar de crianças e jovens. A sustentabilidade da vida em uma dimensão social precisa de um discurso atuante para que haja a promoção e cuidado à saúde mental no cenário pós pandemia em que os países latino-americanos deverão enfrentar.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em 10 de julho de 2022.

BRASIL. *Portaria n.º 3.088, de 23 de dezembro de 2011*. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Ministério da Saúde: Brasília, 2011. Disponível em:<[https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088\\_23\\_12\\_2011\\_rep.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html)> Acesso em 10 de julho de 2022.

BRASIL. *Lei n.º 12.852, de 5 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. Presidência da República: Brasília, 2013. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm)> Acesso em 10 de julho de 2022.

CUSTÓDIO, André Viana. *Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente*. Revista do Direito Unisc, v. 29, p. 22-43, 2008. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>> Acesso em 10 de julho de 2022.

DUNKER, Christian; PAULON, Clarice; SANCHES, Daniele; LANA, Hugo; LIMA, Rafael Alves; BAZZO, Renata. *Para uma arqueologia da psicologia neoliberal brasileira*. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian. *Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. Florianópolis, PPGD/UFSC, 2001.

Organização das Nações Unidas (ONU). *Agenda dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS)*. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/3>>. Acesso em 10 de julho de 2022.

Organização das Nações Unidas (ONU). *Encuesta de las Naciones Unidas sobre Juventudes de América Latina y el Caribe dentro del Contexto de la Pandemia del COVID-19*. Santiago, Chile, 2021. Disponível em: <[https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/s2100285\\_es.pdf](https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/s2100285_es.pdf)> Acesso em 24 de março de 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Comprehensive Mental Health Action Plan 2013–2030*. Geneva, 2016. Disponível em: <<https://www.fsf-ihce.com/pt/who-comprehensive-mental-health-action-plan-2013-2020/>> Acesso em 10 de julho de 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *La repercusión de la COVID-19 en los servicios para los trastornos mentales, neurológicos y por consumo de sustancias psicoactivas en la Región de las Américas: resultados de una evaluación rápida*. Organização Panamericana de la Salud, 2020. Disponível em: <[https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53126/OPSNMHMHCOVID-19200044\\_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53126/OPSNMHMHCOVID-19200044_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em 10 de julho de 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Salud mental y COVID-19: datos iniciales sobre las repercusiones de la pandemia*. Geneva, 2022. Disponível em: <[https://www.who.int/es/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Sci\\_Brief-Mental\\_health-2022.1](https://www.who.int/es/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Mental_health-2022.1)> Acesso em 10 de julho de 2022.

SCAVACINI, Karen [et al.]. *Saúde Mental de Adolescentes e Jovens*. São Paulo: Instituto Vita Alere, 2021.

SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA (SOF). *Sem parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia*. São Paulo, 2021. Disponível em: [https://mulheresnapandemia.sof.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio\\_Pesquisa\\_SemParar.pdf](https://mulheresnapandemia.sof.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio_Pesquisa_SemParar.pdf). Acesso em 09 fev. 2022.

Tausch, Amy; SOUZA, Renato Oliveira e; VICIANA, Carmen Martinez; CAYETANO, Claudina; BARBOSA, Jarbas; HENNIS, Anselm JM. *Strengthening mental health responses to COVID-19 in the Americas: A health policy analysis and recommendations*. *The Lancet Regional Health - Americas*, Volume 5, 2022, ISSN 2667-193X. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.lana.2021.100118>>. Acesso em 10 de julho de 2022.



# ABANDONO DIGITAL: O DIREITO À PRIVACIDADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES *VERSUS* O DEVER DE RESPONSABILIDADE DOS PAIS

Digital abandonment: children and teenagers right to privacy *versus* the parents duty of responsibility

Giovana de Oliveira Spagnol<sup>1</sup>

---

1 Giovana de Oliveira Spagnol, acadêmica de direito do 8º semestre da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD/FMP, [giovanaspagnol@gmail.com.br](mailto:giovanaspagnol@gmail.com.br).

## INTRODUÇÃO

Com a evolução da humanidade, a tecnologia se tornou uma espécie de “melhor amiga” do ser humano. Não obstante, na atualidade, os bebês antes mesmo de aprender a caminhar, estão passando o dedo pela tela de um celular ou tablet a procura de um desenho animado no streaming, fazendo com que a tecnologia se torne a babá do futuro.

Diante das mudanças estruturais ocorridas, agravadas pela pandemia, onde as ferramentas digitais se tornam cada vez mais significativas no dia a dia de crianças e adolescentes, por vezes abandonadas digitalmente, questiona-se: como delimitar a responsabilidade dos pais pelos atos praticados por crianças e adolescentes que utilizam ferramentas digitais sem o devido resguardo dos genitores? Além disso, de que forma realizar esta fiscalização sem violar o direito à privacidade da prole?

A hipótese levantada é que de acordo com o grau de discernimento da criança e do adolescente, menor deverá ser a interferência dos pais em sua esfera privada. Entretanto, isso não implica concluir pela ausência total de vigilância dos pais. Enquanto perdurar a menoridade civil, os filhos, devem ter uma chamada “liberdade vigiada”, em que os pais devem dar espaço para que eles se desenvolvam de maneira própria, como protagonistas da sua vida, mas atentos aos perigos que podem vir a ser encontrados, como uma forma de prevenção. Para tanto, a metodologia utilizada compreende a consulta de obras bibliográficas e análises de enunciados de Jornadas de Direito Civil, jurisprudências e legislações, observando sempre o método dedutivo.

Para melhor compreensão do leitor, este resumo é dividido em quatro itens. Assim, no primeiro item será abordado como a sociedade contemporânea se encontra interligada com as novas tecnologias e compreender o fenômeno do abandono digital, de forma a demonstrar os perigos da ausência de zelo dos genitores com seus filhos no ambiente digital. Por conseguinte, o estudo volta-se às crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direito e que possuem capacidade de exercício de seu direito fundamental à privacidade. Já o terceiro item destina-se a explorar o dever de responsabilidade dos pais pelos atos praticados na esfera digital por seus filhos. Ao final, no último item será abordado como equilibrar o direito à privacidade da criança e do adolescente em contraste com o dever de responsabilidade dos pais de não deixarem os filhos abandonados digitalmente.

## **CONECTIVIDADE, SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O FENÔMENO DO ABANDONO DIGITAL**

A sociedade contemporânea está fortemente entrelaçada à tecnologia. Quando a Internet passou a ocupar de forma direta a casa das pessoas, pode-se interligar o globo todo de uma forma muito rápida e simples. Sobre esta interatividade, “o avanço tecnológico na comunicação sempre perseguiu o objetivo de criar uma Aldeia Global, permitindo que todas as pessoas do mundo pudessem ter acesso a um fato de modo simultâneo” (PINHEIRO, 2022, p. 23). Ocorre que a humanidade desenvolveu uma forte dependência ao uso das tecnologias, incluindo as crianças. Hoje estamos vivendo a Era Digital, onde o principal instrumento dos estados é a informação e a esta nova geração dá-se o nome de nativos digitais, “Para essa geração, o acesso à Internet é uma condição necessária para acessar informações e conhecimentos e é o principal canal de diálogo e interação com outras pessoas [...]. De uma perspectiva social, o maior analfabetismo agora é o digital” (PINHEIRO, 2020, p. 209). Inclusive, Wolfgang fala sobre termo “on-life”, ele diz que “nossas vidas muitas vezes não estão nem on-line nem off-line, mas que um novo tipo de mundo - o mundo on-life - está começando a se formar” (HOFFMANN-RIEN, 2022, p. 52).

Entretanto, para poder acessar as redes sociais, “as crianças frequentemente mentem sobre sua idade. Pais, às vezes, ajudam eles a mentir, e para se manter de olho em suas postagens, tornam-se amigos das crianças no Facebook” (SENGUPTA, 2022). Assim, surge o fenômeno do abandono digital, “representando a ausência de cuidado, zelo e atenção dos genitores nas relações virtuais travadas pelos seus filhos, crianças ou adolescentes, que terminam incorrendo em altos níveis de riscos materiais, imateriais, sexuais, financeiros, dentre outros” (FARIAS; ROSA, 2021, p. 323). Neste sentido, Patricia Peck Pinheiro, advogada especialista em Direito Digital, utiliza-se da analogia de que deixar uma criança ou adolescentes no meio digital sem nenhum cuidado, seria o mesmo que deixá-lo sozinho na rua, talvez até pior, pois no ambiente virtual pode-se entrar em contato com qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo.

### **O DIREITO À PRIVACIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Em 1988 a Constituição Federal incluiu no rol do artigo 5º o direito à privacidade em seu inciso X, ele prevê que todos são iguais perante a lei e que é garantido aos brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil

a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurando, ainda, a devida indenização por dano moral ou material que decorrer de tal violação. Além disso, a Constituição passou a dar um novo olhar às crianças e adolescentes, como a exemplo do art. 229 que incube o dever de os pais assistirem aos filhos.

Dessa forma, e com contribuição da Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>2</sup> ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 9.710/90, entrou em vigor a Lei nº 8.069/90, que em seu art. 3º, além de enunciar que as crianças e adolescentes gozam dos mesmos direitos fundamentais presentes na Constituição, passou-se a adotar de vez a doutrina da proteção integral, que foi “muito além de mudanças tão somente restritas no campo formal, o que se pode observar é uma ruptura paradigmática que produziu um campo de abertura sistêmica capaz de potencializar a concretização dos direitos fundamentais reconhecidos às crianças e adolescentes” (CUSTÓDIO, 2022, p. 17). Atualmente, o direito à privacidade é extremamente amplo, há quem utilize como terminologia dele “vida privada”, “intimidade”, “reserva”, entre outros. Além da dificuldade em nomeá-lo é a de defini-lo, pois seu significado está entrelaçado ao momento histórico que está sendo analisado. Outrossim, “[...] ecoa entre nós a ideia de que os filhos são sujeitos passivos na relação com seus pais, figurando mais como ‘objetos de direito’ da autoridade parental” (MENEZES; MORAES, 2015, p. 507). Além da dificuldade em nomeá-lo é a de defini-lo, pois seu significado está entrelaçado ao momento histórico que está sendo analisado. Corroborando com o entendimento exposto anteriormente, Danilo Doneda (2020, p. 93) diz que:

A imensa dificuldade em enquadrarmos a privacidade em uma concepção coerente e unitária já é, por si só, um motivo para que ela não seja concretizada como um direito subjetivo. Esse não é o motivo mais significativo para essa recusa; maior é a necessidade de afastar a proteção da privacidade da lógica patrimonialista que, tendo acompanhado sua formação, apresenta-se agora como portadora de um complexo de valores diversos daqueles representados na privacidade. Dessa forma, a enunciação de um “direito à privacidade”,

---

2 Cumprе ressaltar que a Convenção dos Direitos da Criança é conhecida como o instrumento de direitos humanos que mais foi aceita na história, tendo sido, até o momento, ratificada por 196 países. Fonte: <https://-www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20-sobre%20os%20Direitos,Foi%20ratificado%20por%20196%20pa%C3%ADses>. Acesso em 29 mai. 2022.

que por si só apresenta o risco de induzir a sua caracterização como um como um direito subjetivo, há de ser utilizada com a consciência de que não a representa em sua integralidade [...].

Vale referir que, o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 17 conceitua o direito ao respeito como a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral do infante, abrangendo a preservação da sua imagem, identidade, autonomia, valores entre outros. Ainda, no artigo 18 do mesmo Estatuto impõe como dever de todos cuidar da dignidade da criança e do adolescente, protegendo-o de qualquer tratamento violento, desumano, vexatório e constrangedor.

Desse modo, verifica-se que o direito à privacidade das crianças e dos adolescentes não é absoluto, sendo assim, ele pode e deve sofrer interferência dos genitores, conforme será visto de forma mais detalhada no último capítulo. Os pais e responsáveis devem entender que seus filhos de acordo com sua “fase de crescimento e de formação, são portadores de projetos de vida próprios [...]” (MENEZES; MORAES, 2015, p. 507), de forma que devem zelar pelo seu desenvolvimento, interferindo minimamente em seus direitos, atuando como guardiões dos projetos de sua prole.

## **DEVER DE RESPONSABILIDADE DOS GENITORES OU RESPONSÁVEIS**

A Constituição Federal no artigo 227 tutela aos pais o dever de assegurar à criança e o adolescente sua alimentação, vida, educação, lazer, dignidade, respeito, entre outros, havendo tipos penais específicos nos casos de abandono dos filhos. O Estatuto da Criança e do Adolescente também informa o dever de “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”. De acordo com Teixeira (2022):

Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do Direito, o relacionamento entre genitores e filho passou a ter como objetivo maior tutelar a personalidade deste e, portanto, o exercício de seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste

o ato de educá-los, decorrente dos Princípios da Paternidade/Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao alicerce de serem pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se preocupou em regular deveres de responsabilidade não somente aos genitores, mas também ao estado e a terceiros de acordo com a tecnologia que existia na época. Assim, ainda temos em vigor artigos que dispõem sobre acesso a espetáculos que os infantes e adolescentes devem estar acompanhados dos responsáveis, ou de que o responsável por estabelecimento de aluguel de fita cassete deve cuidar a faixa etária destinada ao filme, e de que revistas com conteúdos inadequados para os indivíduos antes dos dezoito anos devem ser comercializadas lacradas, porém, são regulações que se encontram defasadas ao momento digital que estamos vivendo.

O Marco Civil da Internet em seu artigo 29 concretizou o dever de responsabilidade parental de forma mais atualizada que o ECA, pois determinou aos pais o dever de fiscalizar o uso da internet por crianças e adolescentes, cabendo também a eles definir o conteúdo que entendessem como impróprio aos seus filhos antes dos 18 anos.

A Lei Geral de Proteção de Dados dedicou uma seção para tratar sobre a proteção de dados das pessoas com menos de 18 anos, destaca-se o artigo 14, § 1º que impõe a pelo menos um dos responsáveis o consentimento para a coleta de dados da criança ou adolescente. Ocorre que a sociedade está em constante mutação, ainda mais na Era Digital que se está vivenciando, de forma que os deveres que foram previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, bem como no Marco Civil e LGPD se encontram defasados perante alguns temas que vêm surgindo com o período tecnológico que estamos vivendo. Entretanto, conforme Patrícia Ferreira (2021, p. 87):

O fato é que não faltam normas que demonstram a responsabilidade parental quando ficar evidente a ausência dos cuidados essenciais voltados a crianças e jovens e tais normativas podem e devem ser utilizados também para as situações de negligência digital dos pais em relação aos filhos ou abandono digital, o que deixa evidente o dever dos pais em orientar e educar os filhos.

A Lei nº 13.441/2017 também alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo a possibilidade de infiltração de policiais civis no caso de investigação de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, assim no caso de prática de um ilícito civil por conta de crianças e adolescentes abandonados digitalmente, os seus responsáveis poderão responder, conforme preceitua o artigo 932, inc. I, do Código Civil. Inclusive, foi aprovado na IX Jornada de Direito Civil o Enunciado nº 682 que trata do consentimento do adolescente para o tratamento de dados pessoais, nos termos do artigo 14 da LGPD, de forma a não afastar a responsabilidade civil dos pais ou responsáveis pelos atos praticados por aquele, inclusive no meio digital.

Assim, o abandono digital infanto-juvenil pelos pais e responsáveis irradia para outros ramos do direito, não ficando restrito ao direito de família. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2020) julgou uma apelação cível de uma ação de indenização de danos morais e materiais. No caso, um jovem, que na época do fato tinha 16 anos, resolveu vender um notebook por intermédio do site Mercado Livre. Ocorre que o garoto foi vítima de um esquema de estelionatos, onde os criminosos encaminharam um e-mail para o vendedor como se houvessem realizado o pagamento, porém era tudo falso. O menino enviou pelos correios o aparelho e nunca teve seu dinheiro de volta. O fato é que o adolescente não tinha idade para criar uma conta no referido site e agiu desassistido dos responsáveis. Para embasar sua decisão, o relator fez referência ao art. 29 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) que diz ser dever dos responsáveis o controle das crianças e dos adolescentes no ambiente virtual, porquanto a internet os expõe a situações de risco e vulnerabilidade. O recurso não foi provido porque foi reconhecido a culpa exclusiva da vítima, por conta da omissão de seus pais, pois caso tivesse recebido a devida assistência dos genitores teria subsídios maiores para verificar se se tratava ou não de um estelionato.

## **A COLISÃO ENTRE O DIREITO À PRIVACIDADE DA PROLE E O DEVER DE RESPONSABILIDADE DO GENITOR**

Os filhos são protagonistas de suas próprias vidas, cabendo aos genitores ou responsáveis a árdua tarefa de zelar pela sua segurança e desenvolvimento. Existe de um lado a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos, de outro lado se tem as crianças e adolescentes como detentores de direitos fundamentais, como o caso do direito

à privacidade. A difícil questão gira em torno de como balancear esses direitos e deveres.

Robert Alexy (2018, p. 135) desenvolveu a Teoria da Ponderação:

A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele.

Assim, se percebe que o direito fundamental à privacidade das crianças e adolescentes não é absoluto, logo, pode sofrer interferência dos genitores ou responsáveis. Os pais possuem o poder-dever de autoridade parental, e por meio dela devem zelar pelo melhor interesse da criança. Ana Carolina Brochado Teixeira propõe então o balanceamento do dever de responsabilidade dos pais conforme o grau de discernimento dos filhos:

Propiciar ao filho sua autonomia de forma responsável equivale exatamente respeitar o processo de aquisição de discernimento e de maturação do menor, de modo que, paulatinamente, ele tenha condições de fazer suas escolhas sozinho. Assim, na medida em que este processo se intensifica, é possível o exercício dos direitos fundamentais de forma mais ampla, de modo a diminuir, proporcionalmente, o raio de aplicação do poder familiar. (TEIXEIRA, 2022, p. 16).

Desta forma, conforme o estágio de desenvolvimento que a criança ou adolescente se encontra se dá a sua capacidade de discernimento, por conseguinte, de acordo com o grau de discernimento da prole, menor será a intervenção parental na sua esfera privada. Contudo, deve-se ter cuidado ao se interpretar a ideia de menor intervenção dos pais, que não se confunde com a ausência total de intervenção. Isso significa dizer que os genitores têm o dever de fiscalizar sua prole no ambiente digital, respeitando, um determinado espaço ao adolescente, conforme sua educação digital for sendo desenvolvida. É a chamada: “liberdade vigiada”, em que se dá liberdade ao filho para seu desenvolvimento, porém sem o deixar desamparado.

Entretanto, percebe-se que é uma tarefa difícil, pois muitas vezes a criança ou adolescente entende mais de tecnologia do que os próprios pais, porque já nasceu nessa era. Como forma de auxiliar os pais no dever de fiscalização digital, o Ministério Público do Rio Grande do Sul desenvolveu um projeto intitulado “MP On”<sup>3</sup>, no Hotsite criado é possível verificar diversas campanhas do Ministério Público gaúcho para proteger os crianças e adolescentes no meio digital, explicando aos pais sobre os perigos presentes. Inclusive, em uma das cartilhas, é possível verificar dicas de como se pode prevenir os perigos a que os jovens estão expostos digitalmente e formas de participar da vida online deles.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, se está vivendo a Era Digital, onde o maior instrumento estatal é a informação e o meio pelo qual a adquirimos é pela internet, desenvolvendo uma forte dependência a ela. As crianças e adolescentes utilizam redes sociais, *streamings*, entre outros, de forma indiscriminada e desamparadas dos pais ou responsáveis, caracterizando-se assim o abandono digital que é a ausência de zelo e cuidado dos responsáveis da prole no ambiente digital.

Conforme previsto na Constituição Federal em seu artigo. 5º, inc. X, a intimidade e a vida privada são direitos fundamentais invioláveis. Na mesma seara, o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 3º diz que eles gozam de todos os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, logo, as pessoas com menos de dezoito anos são também detentores do direito à privacidade.

Em contrapartida, os pais ou responsáveis possuem alguns deveres, como o de amparar os seus filhos digitalmente, não os deixando abandonados em um lugar onde se percebe inúmeros perigos. O Estatuto da Criança se preocupou com diversos deveres dos pais e de terceiro no caso de conteúdos entendidos como impróprios a crianças ou adolescentes, porém se encontram extremamente defasados com a tecnologia atual. O Marco Civil da Internet em seu art. 29 e o art. 14, § 1º da Lei Geral de Proteção de Dados são exemplos de novas tentativas de regular a responsabilidade civil dos pais ou responsáveis por atos praticados pelo público infanto-juvenil, já sendo amplamente utilizados nos nossos Tribunais.

Porém, como manter o direito à privacidade dos adolescentes e crianças sem deixá-las abandonadas digitalmente? Primeiramente, por meio do zelo dos genitores, ao educar digitalmente a sua prole sobre a

utilização consciente da internet desde cedo. Após, conforme o grau de discernimento do filho, menor será a interferência parental na sua esfera privada. Entretanto, isso não quer dizer a ausência total de responsabilidade dos pais, antes de completarem 18 anos, devem ter uma chamada “liberdade vigiada”, onde os pais devem dar espaço para que eles se desenvolvam de maneira própria, como protagonistas da sua vida, estando os pais vigiando-os dos perigos que podem vir a ser encontrados, como uma forma de prevenção.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Coleção Fora de Série - Teoria Discursiva do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *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: 29 mai. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.079, de 14 de agosto de 2018*. LGPD. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Apelação Cível. Ação De Indenização Por Danos Morais E Materiais. Relação De Consumo. Venda De Mercadoria Pela Internet. Falha Na Prestação De Serviços. Não Ocorrência. Culpa Exclusiva Da Vítima E De Terceiros. Comprovação. Recurso Não Provido. 1- As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às plataformas de venda online, que respondem objetivamente, nos termos do artigo 14 do citado Código. 2- Comprovando que evento danoso adveio da culpa exclusiva do consumidor e de terceiro, mantém-se a sentença por meio da qual os pedidos foram julgados improcedentes, porque preenchidas as excludentes de responsabilidade

previstas no art. 14, § 3o, do CDC. Relator: Marcos Lincoln, Data do Julgamento: 28/10/2020. Câmaras Cíveis/ 11a Câmara Cível, Data de Publicação: 29/10/2020.

CUSTÓDIO, André Viana. *Doutrina da proteção integral: pressupostos para compreensão do direito da criança e do adolescente*. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454#:~:text=A%20teoria%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20integral%20estabeleceu%2Dse%20como%20pressuposto%20para,estabeleceu%20a%20partir%20de%201998>. Acesso em: 28 mai. 2022.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Acesso em 28 mai. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. *Teoria Geral do Afeto*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FERREIRA, Patrícia Caldas Meneses P. *Abandono digital e responsabilidade civil parental, análise à luz do marco civil da internet e do estatuto da criança e do adolescente*. In: MELO, Auricelia do Nascimento; MENDES, Gillian Santana de Carvalho (Orgs.). *A humanização do Direito Civil Constitucional nos dias atuais: Anais do III Seminário do grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional*. Porto Alegre: 2021. Disponível em <https://www.editorafi.org/105direitocivil>. Acesso em 01 jun. 2022, p. 87.

HOFFMANN-RIEN, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Autoridade parental e privacidade do filho menor: O desafio de cuidar para emancipar*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Eletrônica, v. 20, n. 2, mai. 2015.

PINHEIRO, Patrícia P. *Direito Digital*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. Acesso em: 22 mai. 2022.

PECK, Patricia (org.). *Direito Digital Aplicado 4.0*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SENGUPTA, Somini. *For Children, a Lie on Facebook Has Consequences, Study Finds*. The New York Times, 28 de novembro de 2012. Disponível em <https://bits.blogs.nytimes.com/2012/11/28/for-children-a-lie-on-facebook-has-consequences-study-finds/>. Acesso em 22 mai. 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A disciplina jurídica da autoridade parental*. IBDFAM. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/5.pdf>. Acesso em 30 mai. 2022.

# O USO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES NO JUDICIÁRIO EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES: UMA VISÃO SISTÊMICA PARA A TRANSGERACIONALIDADE DOS CONFLITOS

The use of family constellations in the judiciary in cases of domestic violence against women: a systemic view for the transgenerationality of conflicts

Deise Brião Ferraz<sup>1</sup>  
Marli Marlene Moraes da Costa<sup>2</sup>

- 
- 1 Deise Brião Ferraz. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Diversidade e Políticas Públicas, com bolsa Capes/Prosc. Membro do Grupo de Estudos do CNPq Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Líder de pesquisa no Grupo Direito Sistêmico e MASC da FURG/CNPq. Consteladora Familiar e Organizacional. Psicanalista. E-mail: deiseberraz@gmail.com.
  - 2 Marli Marlene Moraes da Costa. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. Psicóloga com especialização em Terapia Familiar. E-mail: marlim@unisc.br.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a utilização das Constelações Familiares pelo Judiciário em casos de violência doméstica contra mulheres e tem por objetivo demonstrar que a violência é multifatorial e possui aspectos biopsicossociais complexos necessitando de um amplo olhar que contemple meios eficazes e sistêmicos para o seu enfrentamento para além da aplicação da lei. Tem-se por objetivos específicos a) discorrer sobre a transgeracionalidade dos conflitos; b) demonstrar as iniciativas normatizadas sobre o incentivo ao emprego de meios adequados de resolução de conflitos de acordo com sua natureza e peculiaridade; c) elencar iniciativas sistêmicas em curso que vem sendo adotadas pelo Judiciário em casos de violência doméstica contra as mulheres; d) discutir uma mudança de paradigma na abordagem da violência e seu enfrentamento.

A hipótese inicial é a de que as Constelações Familiares podem ser utilizadas pelo Judiciário e são recomendáveis em casos que envolvem violência doméstica, destinadas à agressores e vítimas, desde que observadas boas práticas quanto à formação dos seus voluntários, supervisão, acompanhamento, linguagem e condução, com efeitos reflexivos e pedagógicos importantes.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo. Trata-se ainda, de pesquisa exploratória combinada com pesquisa descritiva. Serão adotadas como técnica de pesquisa a bibliográfica e documental. O método de procedimento que será utilizado é o monográfico.

Justifica-se a importância desse trabalho mediante a disseminação do uso das práticas aqui descritas em mais de onze estados brasileiros, o que demonstra que já se trata de uma realidade em curso, merecendo um olhar mais aprofundado da academia. As conclusões obtidas até o momento a respeito da utilização dessa abordagem pelo Judiciário apontam para um resultado importante em termos de reflexão e diminuição da reincidência da violência doméstica.

## A VIOLÊNCIA É MULTIFATORIAL E TRANSGERACIONAL

As violências contra a mulher, em todas as suas formas, especialmente a doméstica e familiar compõem uma tessitura social complexa e sistêmica. Não dizem respeito a um fator isolado e costumam não acometer apenas uma geração, tanto nas famílias dos agressores quanto das vítimas: perpassam a transgeracionalidade. (BOSZORMENYI-NA-

GY; SPARK, 1994). Nesse sentido, a Escola Transgeracional da Terapia Sistêmica apontou para uma obrigação ética que a lealdade familiar impõe aos seus membros, despertando o sentido de dever e justiça através de uma contabilidade familiar própria que busca por homeostase e pertencimento.

Essa ética orienta a estruturação relacional das famílias e grupos sociais que se dá a partir de vínculos de lealdade e méritos multigeracionais. A própria noção de Justiça para cada indivíduo é pautada por um marco conceitual estabelecido a partir desses sistemas relacionais familiares e suas regras introjetadas. Como bem pontua Andrade (p. 2016, 25)

Para fazer parte desta família tenho tais e tais obrigações; sei, ou meu inconsciente sabe que minha família (ou o inconsciente familiar) espera tal conduta de mim, então não quero, não posso e não devo transgredir o código de regras nem desobedecê-lo, pois temo perder o direito *de continuar a fazer parte da família*.

Quanto dita complexidade chega ao Judiciário – e muitas delas são subnotificadas – nota-se, de forma geral, que as violências em si nem sempre são motivo de pauta ou receber um olhar reflexivo e restaurativo. Tampouco a violência pode ser adequadamente abarcada apenas por uma medida protetiva ou pela aplicação da lei – embora sejam de extrema importância -, de forma que apesar de os conflitos receberem a tutela jurisdicional, não há políticas públicas amplamente fortalecidas a ponto de colaborarem com a superação destes. Tem-se a aplicação da lei, mas nem sempre se tem a reflexão e restauração das vítimas e agressores com chances reais para que reconheçam a origem e continuidade da perpetuação da violência e, assim, possam optar por um novo desfecho. Segundo Baroni (2021, p. 89),

A Escola Transgeracional representada por Ivan Boszormeyi-Nagy também valoriza a história da família em até três gerações. Considera crenças, valores e mitos familiares, como um Livro Maior. Estuda de forma aprofundada as lealdades invisíveis presentes na família, a noção de justiça, o conceito de ‘cadeia das retribuições deslocadas’, o perdão, inclusive entre as gerações, como a chave da terapia. [...] Por esse modelo de terapia o sintoma estaria denunciando que o paciente identificado está aprisionado a alguma lealdade familiar, fazendo com o que o indivíduo se sinta endividado e culpado.

Importante pontuar que um olhar sistêmico para a violência, especialmente em ambiente institucional judiciário, não tem a pretensão de promover perdão ou reconciliação entre vítima e agressor. O que se está falando é justamente de reconciliação com a história pessoal de cada um para que reconheçam a origem da violência e influência dos contextos familiares em seu comportamento. E, assim, possam se reconhecer enquanto seres submersos em históricos de violência, pois o reconhecimento de sua própria biografia é capaz de promover mais distanciamento e autonomia para a escolha de novos comportamentos.

A reprodução da violência instalada – inclusive transgeracionalmente – parece só fazer aumentar, bem como a sensação de exposição à violência por parte das mulheres. Prova disso está na última Pesquisa de Opinião Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA; INSTITUTO DATA SENADO, 2021) que, em sua nona edição, de abrangência nacional, ao entrevistar três mil mulheres no ano de 2021, relatou a percepção majoritária das participantes (86%) de que houve aumento da violência contra pessoas do sexo feminino no ano de 2020, o que demonstra um aumento de 4% em relação à pesquisa anterior. Dessas, 68% das participantes conhecem pelo menos uma mulher vítima de violência doméstica ou familiar, cenário esse agravado pela Pandemia de Covid-19.

Não obstante, números publicados pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (2019) mostram que há mais de 1 milhão de processos relacionados à lei Maria da Penha em trâmite na Justiça e quase 400 mil medidas protetivas tiveram de ser aplicadas entre 2016 e 2018. Dada a profundidade do problema que se erige, compreende-se, de plano, que é absolutamente complexo e possui inúmeras facetas biopsicossociais não contempladas meramente pelas previsões legais, pois constituído de subjetividades, como apontam Costa e Diehl (2017, p. 31):

[...] na prestação jurisdicional, os fatores que desencadearam o conflito são considerados insignificantes quando comparados ao ato que ora está sendo objeto de diálogo. Nesse sentido, a resposta do processo judicial é direcionada, exclusivamente, às consequências geradas, e não às suas origens, tratando-se, portanto, de terminar formalmente com o conflito, e não de superá-lo [...]

Se as violências contra a mulher estão em constante crescimento segundo os dados oficiais, esse é também um diagnóstico claro de que

medidas suficientes para o tratamento de tais demandas ainda não estão em andamento, sobretudo por sua reincidência. São necessários, portanto, mais mecanismos de prevenção, enfrentamento e reflexão.

## **DO ESTÍMULO AOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM RAZÃO DE SUA NATUREZA**

Ao se propor novas abordagens para o enfrentamento da violência contra a mulher pelo Judiciários, não se pode perder de vista a importância da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – que dispõe sobre políticas públicas de tratamento adequado de conflitos -, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, especialmente enfatizando a mediação e a conciliação.

A referida previsão inclui o estabelecimento de diretrizes para implementação da política pública de tratamentos de conflitos. Sobretudo após a edição da Emenda 2, de 8 de março de 2016, que alterou a referida Resolução. Da inteligência desses artigos, quando vislumbrados em conjunto com o artigo 3º, § 2º § 3º - onde resta claro que o Estado sempre que possível promoverá a resolução consensual dos conflitos, e com os artigos 165, 694 (em que o juiz deve dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação) e 696 do Código de Processo Civil, compreende-se que há, em curso, uma compreensão de que todos devem ter acesso à Justiça Multiportas, onde o processo não é o único e exclusivo meio, embora também seja importante. Em que pese a violência não admitir resolução consensual ou transação, ergue-se a proposta sob a qual é fundado o Novo Código de Processo Civil: promover uma política pública de tratamento de conflitos.

## **ALGUMAS INICIATIVAS EM CURSO NO PAÍS**

Especialmente influenciada por essa abertura trazida pela Resolução 125 do CNJ e pelo NCPC, iniciou-se, com o juiz Sami Storch, na comarca de Itabuna/BA, a utilização das Constelações Familiares e práticas sistêmicas em alguns processos. Esse movimento que se origina aí, vem a ser nomeado como Direito Sistêmico – marca registrada no INPI (STORCH, 2020). Esse movimento que se expandiu rapidamente e continua em expansão, em 2016 já contava com onze estados do país (Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio

Grande do Sul, Alagoas e Amapá) e o Distrito Federal utilizando as Constelações Familiares como ferramenta auxiliar para a resolução de conflitos.

Isso se dá, na maior parte das vezes, em consonância com a previsão do Art. 694 do CPC, já mencionado, através de oficinas conduzidas por Consteladores Familiares voluntários, com participação das partes que compõe processos já em andamento, de forma voluntária e mediante convite, em momento que antecede audiências de conciliação. Cada Tribunal vem definindo os processos que serão reunidos por temáticas afins, além de outros critérios como antiguidade e fase avançada da instrução processual. Posteriormente são marcadas as audiências de conciliação. Esse é um desenho geral desses procedimentos.

Em se tratando de violência doméstica, onde não há um espaço para transigir, busca-se a promoção do momento reflexivo e de internalização acerca da violência enquanto herança transgeracional e ambiental. Exemplificativamente, desde 2016, a Primeira Vara da Violência Doméstica de Cuiabá, Mato Grosso, realiza “Círculo de Palestras e Vivências Sistêmicas”, cuja participação é voluntária. O projeto<sup>3</sup> faz parte do Programa Justiça pela Paz da Corregedoria-Geral da Justiça do estado.

Na comarca de Parobé/RS, a juíza Lizandra dos Passos – pioneira nesse movimento - em conjunto com outras duas psicólogas, forma grupos mistos de homens e mulheres (em que vítimas são separadas dos agressores em grupos distintos e sessões em separado) para o emprego das práticas sistêmicas. De acordo com ela, em reportagem veiculada pelo CNJ, os participantes passaram a ver “[...] nuances do problema que enfrentavam [...] ajudando nesse processo a identificar padrões de comportamento que levam à agressão, bem como o histórico de violência doméstica observado na própria família.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). De acordo com Lizandra, desde que a psicoterapia vem sendo usada nos casos de violência doméstica em Parobé/RS, houve redução de 94% na reincidência das agressões entre homens e mulheres. São apenas alguns exemplos. O mesmo acontece em Alagoas, Pernambuco, Pará e outros estados.

Em que pese não seja o objetivo desse trabalhar discorrer sobre todas as iniciativas em curso no país – e são muitas -, ilustrativamente, para uma melhor compreensão, algumas foram detalhadas. Merece destaque, por exemplo, o emprego da Constelação Sistêmica como política pública de

---

3 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/casos-de-violencia-familiar-aplicam-constelacao-em-mt/>. Acesso em 11 julho 2022.

prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres no sistema de justiça do Distrito Federal. A prática ocorre em casos selecionados no Primeiro Juizado de Violência Doméstica de Brasília e Juizado do Riacho Fundo, cidade satélite de Brasília, como também nas Delegacias de Crimes de Intolerância de Brasília (DECRIN) e 29ª Delegacia de Polícia Civil do Distrito Federal, no Riacho Fundo, por meio do projeto “Constelar para Transformar” (VIEIRA, 2020), conduzido pela Consteladora voluntária e Doutoranda em Direitos Humanos e Cidadania da UNB, Adhara Campos Vieira, que inclusive escreveu sua dissertação de mestrado com explanação detalhada desse projeto, onde concluiu pela possibilidade e potencialidade dessa técnica no contexto da violência doméstica.

## **A VIOLÊNCIA NÃO É LINEAR. ELA É SISTÊMICA**

Se na ciência o paradigma mecanicista passou a existir no século XVI e XVII, especialmente com a atuação de Galileu Galilei, Francis Bacon, com destaque para a concepção do mundo como uma máquina separada da mente, promovida por Descartes, e o conceito newtoniano das leis da natureza, na teoria do Direito, o paradigma mecanicista, tem no absolutismo jurídico da propriedade privada e o Estado soberano - respectivamente defendidos por John Locke e Thomas Hobbes, como os dois princípios organizadores da modernidade jurídica.

Aqui, o Direito é visto como uma estrutura objetiva, separada do sujeito individual. Ocorre que, os maiores problemas atuais são de natureza sistêmica – todos interconectados e interdependentes. Compreender a vida em termos de redes requer a capacidade de pensarmos em termos de relações. Na ciência essa nova maneira de pensar é conhecida como pensamento sistêmico. Capra e Mattei (2018) sugerem a necessidade de uma mudança de paradigma jurídico que leve a uma nova ecologia do Direito, desconectando o Direito do poder e da violência. Almeida (2015) aduz que esse paradigma deverá ser capaz de responder com maior sintonia aos complexos problemas de um mundo planetarizado, e para isso, a ciência e a educação precisam andar mais afinadas com a compreensão multidimensional dos fenômenos.

A Complexidade pode ser traduzida pela superação da disciplinaridade fechada, da superespecialização e pela urgente necessidade de refletir sobre a supremacia da cultura científica. É preciso falar de cultura humanística, onde o conhecimento se organiza a partir das experiências do sujeito, “A ideia de complexidade, que é outra forma de falar

da religação dos saberes, é uma emergência, está ainda engatinhando no interior da ciência da fragmentação, da disjunção, da separação. (ALMEIDA, 2015, p. 18).

A epistemóloga do pensamento sistêmica, Vasconcellos (2018), alerta que a ciência tradicional não consegue lidar adequadamente com situações complexas e instáveis que admitem um sujeito ativo no interior dos acontecimentos. Essa é a importância do pensamento complexo de uma ciência novo-paradigmática. Para ela, desde que se pense sistemicamente, qualquer profissional poderá repensar as práticas de sua atuação. Não é de se esperar que a ciência sinalize mudanças. Ela se refere à paradigma como “[...] crenças e valores dos cientistas que tomo como equivalente de epistemologia ou de quadro de referência epistemológico, no sentido de visão ou concepção de mundo implícita na atividade científica.” (VASCONCELLOS, 2018, p. 43)

Capra e Mattei (2018) abordam a mudança de paradigma como uma mudança de visão do mundo e da atividade científica. São pensamentos, percepções, concepções religadas, sem fragmentação, sem temer a intersubjetividade que permeia todos os saberes em uma linguagem integral e não apoiada em leis universais. Uma das consequências do pensamento complexo é que, ao invés de pensar na compartimentação do saber, passa-se a considerar as necessárias relações entre as disciplinas e as possíveis contribuições entre elas, através da interdisciplinaridade.

Embora a questão mereça maior aprofundamento por sua complexidade, o que não cabe nas linhas deste trabalho, algo que importa destacar é justamente que a partir de um paradigma estritamente linear, o Direito só pode contar com o próprio Direito e, no máximo, com alguns especialistas na condição de auxiliares da justiça enquanto peritos que tem atuação pontual e técnica. Quando se passa a considerar a complexidade dos conflitos, os afetos aflitivos e contextos ambientais e transgeracionais que o envolvem e influenciam, o Direito – inclusive atendendo as recomendações do CNJ e CPC – passa a entender pela importância de promover uma política pública interdisciplinar com a participação dos sujeitos que estão no interior do conflito – vítimas e agressores. Passa-se ao olhar preventivo e restaurativo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando-se a multifatorialidade da violência com todos os aspectos subjetivos biopsicossociais complexos que a envolvem, tem-se

pela necessidade de um amplo olhar que contemple meios eficazes e sistêmicos para o seu enfrentamento para além da aplicação da lei. Foi assim que, após apresentar a transgeracionalidade dos conflitos, demonstrar as iniciativas normatizadas sobre o incentivo ao emprego de meios adequados de resolução de conflitos de acordo com sua natureza e peculiaridade, elencar iniciativas sistêmicas em curso que vem sendo adotadas pelo Judiciário em casos de violência doméstica contra as mulheres e discutir uma mudança de paradigma na abordagem da violência e seu enfrentamento, concluiu-se que a utilização das Constelações Familiares em casos de violência doméstica contra a mulher tem potencial para promover a reflexão e restauração das vítimas e agressores, desde que observadas boas práticas quanto à formação dos seus voluntários, supervisão, acompanhamento, linguagem e condução, com efeitos reflexivos e pedagógicos importantes.

A existência e disseminação do uso das práticas aqui descritas são uma realidade que ganha relevos cada vez maiores no país, não podendo a academia se eximir de analisar o fenômeno com a profundidade que ele exige, inclusive para sugerir os parâmetros sob os quais possa ocorrer sem prejuízos aos envolvidos.

As conclusões obtidas até o momento a respeito da utilização dessa abordagem pelo Judiciário apontam para um resultado importante em termos de reflexão e diminuição da reincidência da violência doméstica, inclusive a partir da sinalização do uso dessas práticas na comarca de Parobé/RS, onde houve a redução de 94% na reincidência das agressões entre homens e mulheres.

As violências contra a mulher, em todas as suas formas, especialmente a doméstica e familiar compõem uma tessitura social complexa e sistêmica. Quando se passa a considerar a complexidade dos conflitos, os afetos aflitivos e contextos ambientais e transgeracionais que o envolvem e influenciam, o Direito pode passar a entender pela importância de promover uma política pública interdisciplinar com a participação dos sujeitos que estão no interior do conflito – vítimas e agressores. Aliás, essa postura atende a previsão contida no Código de Processo Civil e na resolução 125 do CNJ, com a compreensão de que todos devem ter acesso à Justiça Multiportas, em que pese a violência não admitir resolução consensual ou transação. Logo, o processo não pode ser o único e exclusivo meio, embora também seja importante, caso contrário ainda estaremos apagando pequenos focos de incêndio sem, no entanto, enfrentar a verdadeira causa do fogo.

Destaca-se que as disposições aqui elencadas merecem estudo sistemático e aprofundando para acompanhar seu desenvolvimento enquanto política pública adotada pelo Judiciário, especialmente nos casos de violência doméstica. Sugestões nesse sentido para novos estudos a respeito da temática devem se debruçar com ênfase na capacitação dos voluntários que atuam com as Constelações e seu amplo conhecimento sobre as questões de gênero e a realidade brasileira, além de uma previsão a respeito dos procedimentos utilizados pelo Poder Judiciário desde o critério de escolha dos processos que serão submetidos às práticas sistêmicas, a forma como se dará o convite das partes, a observação da manutenção das sessões em separado não reunindo-se vítima e agressor em um mesmo encontro, o respeito à livre escolha das partes em comparecer e permanecer nas sessões e a utilização de linguagem apropriada que não incorra em retraumatização das vítimas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria da Conceição X. de. Ecologia das ideias, ciências da vida, complexidade: argumentos para iniciar a conversa sobre a resiliência. In: CABRAL, Sandra. CYRULNIK, Boris. (Orgs). *Resiliência: como tirar leite de pedra*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2015, p. 15-31.

ANDRADE. Lêda de Alencar Araripe e. *A família e suas heranças ocultas*. Fortaleza, 2016. E-book.

BARONI, Ana Claudia. Teoria e Terapia Sistêmica aplicadas ao Direito das Famílias. In: MAIA, Yulli Roter. FERRAZ, Deise Brião. (Orgs.). *Abordagem Sistêmica no Direito: um novo jeito de pensar e atuar na solução de conflitos*. Curitiba: CRV, 2021, p. 84-113.

BOSZORMENYI-NAGY, Ivan. SPARK, Geraldine M. *Lealdades invisíveis: Reciprocidade em terapia familiar intergeracional*. Buenos Aires: Amorrortu, 1994. E-book.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Emenda 2, de 8 de março de 2016. *Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1fc4dbe.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2018

BRASIL Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. 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 20 mai. 2018.

CAPRA, Fritjof. MATTEI, Ugo. *A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Constelação Familiar: solução para violência doméstica no Rio Grande do Sul*, 14 de maio de 2018. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-solucao-para-violencia-domestica-no-rio-grande-do-sul/>. Acesso em 11 julho 2022.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. DIEHL, Rodrigo Cristiano. *O redirecionamento da esfera pública pela coparticipação da sociedade civil aportes sobre a promoção do acesso à justiça nas comunidades da América do Sul*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da DIEHL, Rodrigo Cristiano. PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. (Orgs). *Direito na Atualidade*. Curitiba: Multideia, 2017, p. 23-42.

DEPARTAMENTO DE PESQUISAS JUDICIÁRIAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados de violência doméstica e feminicídio no Brasil (2016 a 2018)*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/03/c7b-b60579ffe93584acf30929c349c-50.pdf>. Acesso em 11 jul. 2022.

DIEHL, Rodrigo Cristiano. PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Práticas Restaurativas: uma nova abordagem das Políticas Públicas de prevenção à violência doméstica contra mulheres*. In: *Revista Meritum*, v. 15, n.2, p. 221-234, maio/agosto, 2020.

LIPPMANN, Márcia Sarubbi. (Org.). *Direito Sistêmico a serviço da cultura da paz*. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2019.

MAIA, Yulli Roter. FERRAZ, Deise Brião. (Orgs.). *Abordagem Sistêmica no Direito: um novo jeito de pensar e atuar na solução de conflitos*. Curitiba: CRV, 2021.

OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA. INSTITUTO DATA SENADO. *Pesquisa de opinião Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – 2021*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/>

pesquisas-datasenado-sobre-violencia-domestica-e-familiar/destaques\_pesquisa\_violencia\_contra\_a\_mulher\_2021/. Acesso em 11 jul. 2022.

ROMA, Andréia. PRÉCOMA, Daniele. (Coord.). *Práticas Sistêmicas na solução de conflitos: estudos de casos*. 1ª ed. São Paulo: Leader, 2020.

SCHUTZEMBERGER, A. A. *Meus Antepassados*. São Paulo: Paulus, 1997. E-book.

STORCH, Sami. MIGLIARI, Daniela. *A origem do Direito Sistêmico: pioneiro do movimento de transformação da Justiça com as Constelações Familiares*. 1ª ed. Brasília, DF: Tagore Editora, 2020.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: O novo paradigma da ciência*. 11ª ed. Campinas, SP: Papirus, 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. “Constelar para Transformar”: *um estudo de caso da constelação sistêmica em processos de violência doméstica contra as mulheres*. 2020. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) – Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, Universidade de Brasília. Brasília, 2020.

# RELAÇÕES CONVIVENCIAIS E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS NA PERSPECTIVA DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS: DEVE O COMPANHEIRO SER CONSIDERADO HERDEIRO NECESSÁRIO OU LEGITIMÁRIO?

Convivial relations and their succession effects from the perspective of brazilian and portuguese legal systems: should the partner be considered a necessary or legitimate heir?

Luíza Sartori Parise<sup>1</sup>  
Natália Trindade Emmel<sup>2</sup>

- 
- 1 Advogada. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: lusparise@gmail.com.
  - 2 Advogada. Bacharel em Direito pela FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Especializanda em Advocacia Corporativa: Prática Empresarial pela FMP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: nataliaemmel@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Enquanto no Brasil a união estável é reconhecida como entidade familiar - quando não houver impedimentos para o matrimônio e quando se tratar de convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família -, em Portugal a união de facto não é uma verdadeira e própria relação de família, senão uma relação parafamiliar. Bem por isso, o presente artigo tem o condão de analisar o instituto da união estável no tocante à capacidade sucessória do companheiro sobrevivente e, especificamente, identificar qual a forma que se aplica a sucessão ao convivente sobrevivente de acordo com o diploma civil português e brasileiro. No caso brasileiro, há de se observar, ademais, a norma constitucional, no que diz respeito à sucessão da união estável, bem como jurisprudência neste sentido.

Neste diapasão, considerando as peculiaridades entre os sistemas jurídicos aventados a respeito da matéria, é necessário averiguar a problemática quanto a capacidade sucessória do companheiro, revelando-se este como herdeiro necessário ou não, e as vertentes consequências e efeitos em virtude disso.

Com vistas a solucionar o problema apontado, bem como a hipótese acima aventada, perquiriu-se na averiguação da problemática de forma qualitativa, com caráter exploratório, tendo como abordagem os métodos dedutivo e comparativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Destarte, ao final, restando a temática em evidente ascensão frente à realidade que se evidencia, foi possível verificar a perceptível diferença entre os dois países estudados no que tange à possibilidade de se afastar o companheiro como herdeiro necessário ou legitimário.

## EFEITOS SUCESSÓRIOS DAS RELAÇÕES CONVIVENCIAIS

### **Herdeiro necessário ou legitimário e a Legítima: breves considerações**

O herdeiro necessário ou legitimário é sujeito privilegiado na seara do Direito das Sucessões, tanto no Brasil, quanto em Portugal. Sua simples existência impede o autor da herança de dispor integralmente do

seu patrimônio, reduzindo ou retirando a quota a que faz jus esse herdeiro, a saber, a legítima.

A legítima, no território brasileiro, corresponde à metade do acervo que integra a herança, como leciona Dias (2021, p. 105). Em Portugal, à posição do sucessível legitimário está associada à uma proteção especial, que se funda no princípio da intangibilidade da legítima, tanto em vertente quantitativa<sup>3</sup>, quanto em qualitativa<sup>4</sup> (PINHEIRO, 2019, p. 161).

No ordenamento jurídico brasileiro, a qualidade de herdeiro necessário encontra-se expressamente atribuída aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge sobrevivente, com posição decrescente, respectivamente (DELGADO, 2005, p. 417-446)<sup>5</sup>. Em terras lusas, contempla-se como legitimário o cônjuge, os ascendentes e os descendentes (CAMPOS; CAMPOS, 2019, p. 27).

Sendo herdeiros necessários, somente a lei pode excluí-los do recebimento do benefício. Neste passo, o autor da herança, mesmo que proprietário de todo o patrimônio em vida, não pode, deliberadamente, excluir nenhum desses atores da sucessão - excetuando-se os casos de deserdação, contudo (DELGADO, 2018). Inclusive, os legitimários ou herdeiros necessários são aqueles que se apresentam, para Vieira de Carvalho (2017, p. 464), como:

um sucessor universal privilegiado, por força do ofício de piedade (*officium pietatis*), isto é, da afeição presumida e do dever de amparo que o autor da herança deve ter em relação a seus familiares mais próximos, aqueles a quem a lei garante uma quota mínima da herança (Princípio da Reserva).

---

3 O autor da sucessão está impedido de privar injustificadamente o legitimário do valor, total ou parcial, que lhe assiste a título de legítima.

4 Conforme o autor, o *de cuius* não pode, contra a vontade do legitimário, substituir a sua legítima por uma deixa testamentária, preencher a quota do mesmo com bens determinados ou onerá-la com encargos de qualquer natureza.

5 Para Delgado, o cônjuge é herdeiro da terceira classe e “apesar de concorrer, nas hipóteses em que a lei estabelece (artigo 1.829, incisos I e II), com descendentes (herdeiros da 1.<sup>a</sup> classe) ou com ascendentes (sucessores de 2.<sup>a</sup> classe), o cônjuge permanece na 3.<sup>a</sup> classe. Concorre excepcionalmente com herdeiros de 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> classes, mas é sucessor da 3.<sup>a</sup> classe. Quando o Código fala que o cônjuge concorre com descendentes ou com ascendentes é exatamente porque não o considera integrante daquelas classes. “Concurso”, no caso, significa o chamamento de pessoas com qualificações jurídicas diversas (DELGADO, 2005, p. 417-446)

A doutrina fundamenta a legítima com amparo no vínculo familiar, alegando, ademais, que o princípio da intangibilidade da legítima vai ao encontro da proteção especial que o Estado fornece à família. Neste ínterim, ao proteger a legítima, efetiva-se o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da solidariedade familiar, na medida em que “preconiza uma distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar, em virtude da morte de um deles” (NEVARES *in* MORAES, 2006, p. 538)<sup>6</sup>. Necessário, no entanto, verificar as peculiaridades.

### **Capacidade sucessória do companheiro**

A sucessão que se dá por lei trata-se da sucessão legítima (MADALENO, 2020, p. 97), a qual se divide em sucessão legítima necessária e sucessão legítima não necessária ou facultativa (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 61). A distinção entre elas é que, havendo herdeiros necessários, a lei reserva a metade dos bens a eles (DIAS, 2021, p. 157). No mais, entre os herdeiros legítimos, são também herdeiros necessários, em razão do artigo 1.845 do Código Civil, os descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente; e facultativos, os colaterais até o quarto grau e o companheiro sobrevivente, ainda que se entenda que este seja herdeiro necessário, conforme interpretação do Recurso Extraordinário (RE) n. 878.694/MG (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 61-62).

A respeito disso, cumpre referir que o convivente sobrevivo, em um primeiro momento, consoante os ditames do artigo 1.845 do Código Civil, não foi erigido ao patamar de herdeiro necessário, sendo que sua participação na herança, naquele momento, foi restrita em relação às aquisições onerosas no decorrer da convivência, nos termos do art. 1.790. No mesmo dispositivo, no inciso III, tem-se que, na hipótese de perder seu companheiro, o sobrevivente poderia ficar com apenas um terço da herança e os outros dois terços com o irmão, tio ou, inclusive, um primo de seu parceiro (BRASIL, 2002). Imperioso salientar que, no casamento, nas mesmas condições, o cônjuge sobrevivente recolhe a totalidade da herança (ROSA, 2021, p. 170). Neste sentido, leciona Dias:

---

6 Segundo a autora não se pode conceber a solidariedade constitucional em seu caráter essencialmente beneficente, não se podendo exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro, mas que se comporte como se o sentisse” (NEVARES, 2006, p. 538).

O companheiro, relegado à condição de herdeiro legítimo, segundo a lei, faria jus à herança somente quando o falecido não tem nem descendentes, nem ascendentes e nem parentes colaterais (CC 1.790). Essa desqualificação autorizava que o companheiro fosse alijado da herança por mera manifestação imotivada do testador. (DIAS, 2021, p. 105)

Depois de muitos debates doutrinários, em 10 de maio de 2017, quando do julgamento do RE n. 878.694, por oito votos a três, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucional a diferenciação no recebimento da herança entre o cônjuge e companheiro (DIAS, 2021, p. 105). Isto, pois, reconheceu a impossibilidade de tratamento sucessório diferenciado entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, determinando a incidência das regras da sucessão do casamento também na união estável (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 380), com a seguinte tese: “no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”. Nesse sentido, leciona Dias<sup>7</sup> (2021, p. 105):

o STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. CC 1790, afirmando que, no âmbito do direito sucessório, o companheiro da união estável goza dos mesmos direitos e privilégios do cônjuge. Deste modo, inquestionável reconhecer que o companheiro sobrevivente passou a fazer parte do rol dos herdeiros necessários (CC 1845)

Contudo, há quem não concorde, como é o caso de Rodrigo da Cunha Pereira, que sustenta que o companheiro sobrevivente não é herdeiro necessário com o escopo que a Suprema Corte, quando da rejeição aos embargos de declaração, afirmou que não havia que se falar em omissão do acórdão embargado em virtude da ausência de manifestação do art. 1.845, CC tendo em vista que o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Assim, em seu sentir, não houve discussão a

---

7 Esse é o entendimento da maioria da doutrina, coadunando com este posicionamento expoentes como Zeno Veloso, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves, Ana Maria Navares, Giselda Hironaka, Rodrigo Toscano, Fernanda Barreto, Marcelo Truzzi, João Aguirre, Francisco Cahali e Andréa Rodrigues Amin. Contudo, há quem não concorde, como é o caso de Rodrigo da Cunha Pereira, Paulo Lôbo e Mário Delgado, dentre outros. (AGAPITO, 2014).

respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, inexistindo omissão a ser sanada (DELGADO, 2018).

Para Dias, no entanto, em refuta a este pensamento, em alusão aos princípios da demanda e da congruência, elencados no Código de Processo Civil (artigos 141 e 492), a decisão não pode ultrapassar o limite do objeto deduzido no processo, pelo que “não significa que o fundamento utilizado no julgamento não sirva de diretriz para a interpretação de outros dispositivos legais maculados de igual inconstitucionalidade” (DIAS, 2021, p. 105). A jurista, citando Amin, posiciona-se no sentido de que “se o direito a suceder é inafastável e há reserva de quota para o companheiro, é forçoso concluir que deve ser considerado herdeiro necessário” (AMIN apud DIAS, 2021, p. 107). Neste ímpeto, se o testador não pode suprimir, por ato de última vontade, a vocação do companheiro como herdeiro necessário<sup>8</sup>, mas esta posição não é unânime (DIAS, 2021, p. 107).

Rosa (2021, p. 170), por sua vez, preleciona que a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1790, CC, em sua integralidade, não parece a melhor solução. Coadunamos, no ponto, com o entendimento do jurista, o qual influi que “o mais correto seria afastar apenas o inciso III do artigo 1790 para evitarmos situações esdrúxulas como a acima apresentada, o fato é de que já está iniciada uma diáspora doutrinária para interpretarmos os efeitos da decisão” (ROSA, (2021, p. 170).

Contrário, também, à alçada do companheiro enquanto herdeiro necessário, Lôbo (2020, p. 168) manifesta, utilizando-se do enunciado 641 das Jornadas do Conselho de Justiça Federal, que os efeitos sucessórios do casamento e a união estável continuam equidistantes: os decorrentes do regime matrimonial de bens, para o casamento, e o regime de bens adotado pelos companheiros na união estável. Neste aspecto, entende ser inadmissível que a Constituição Federal “assegure a liberdade de escolha das pessoas pelas entidades familiares que desejarem constituir e manter e, [...], sancione de forma negativa o exercício dessa liberdade, reduzindo-lhes os direitos sucessórios” (LÔBO, 2020, p. 168).

Consoante o alarde doutrinário, vislumbra-se que até que surja alteração legislativa neste sentido, conquanto garantidos iguais direitos sucessórios no casamento e no direito convivencial, a decisão da Corte Suprema não acabou por inserir – ao menos não expressamente – o convivente no rol de herdeiro necessário. Neste ímpeto, quem não detém o estado civil de casado, vivendo apenas em união estável, inexistindo

---

8 No mesmo sentido, Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Ana Luiza Maia Navares.

previsão em relação à esta, abre-se inequívoca possibilidade de os companheiros disporem da totalidade de seu patrimônio, vez que o diploma civil brasileiro não garante a reserva da legítima (ROSA, 2021, p. 170).

Cumpra salientar ainda que está em tramitação o Projeto de Lei (PL) n. 3.799/2019, o qual visa considerar herdeiros necessários tão somente os descendentes e os ascendentes, bem como para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, que incluiria o cônjuge ou o companheiro, bastaria que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar, nos termos dos artigos 1.845 e 1.850 (BRASIL, 2019, p. 5-6).<sup>9</sup>

Dessarte, embora tenhamos a aplicação da mesma lógica sucessória no casamento e na união estável, tal fato não suprime as diferenças entre os institutos nem tampouco suprime a liberdade de escolha do cidadão quanto às repercussões jurídicas de uma ou outra entidade familiar. É de se atentar à autonomia da vontade das partes – eis que, podendo optar por um instituto ou outro, optaram pela união estável, por exemplo. No ponto, não há como igualar os institutos no todo, em que pese o entendimento do STF, pois são institutos distintos: quiserem contrair núpcias, por exemplo, assim o teriam feito a partir de toda formalidade exigida.

### **Capacidade sucessória do unido de facto**

Na seara portuguesa, Campos e Campos (2019, p. 27) discorrem que a sucessão legal pode ser legítima e legitimária. A legitimária determina a transmissão de uma quota da herança do *de cuius* - que ele não poderá dispor - aos legitimários: cônjuge, ascendentes e descendentes; e, a legítima, determina a quota que ele poderia dispor, mas não dispôs ou o fez invalidamente. Nesse sentido, além dos legitimários, os colaterais até o quarto e o Estado são os herdeiros legítimos (CAMPOS; CAMPOS, 2019,

---

9 Até hoje, não temos segurança jurídica em relação a diversas questões, como é o caso do afastamento do cônjuge da sucessão após prolongada separação de fato, da concorrência do cônjuge com a descendência híbrida, do cálculo do quinhão dos descendentes comuns e exclusivos e da concorrência do cônjuge com o companheiro. [...] Esse estado de insegurança se agravou bastante recentemente, com as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que afastaram, por inconstitucional, o tratamento sucessório diferenciado entre casamento e união estável. No estado atual da arte, não temos respostas seguras para uma gama de indagações relevantes que impactam a vida das pessoas. Não sabemos responder, por exemplo, se o companheiro é herdeiro necessário, ou quais regras da sucessão do cônjuge se aplicarão à união estável: somente o art. 1829 ou todos os demais? (grifo nosso) (BRASIL, 2019, p. 13-14)

p. 27). Assim, uma vez que não há nada específico que se aplique na legislação portuguesa no âmbito da sucessão por morte na vigência da união, o unido de facto sobrevivente, por não integrar na classificação prescrita da lei (BARON, 2016, p. 20), não é herdeiro legitimário, nem legítimo, do falecido (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 12).

Em razão disso, ao membro de união de facto que se torna viúvo reservou-se parcos e esparsos direitos, exigindo-se o enquadramento do sujeito nas estritas hipóteses legislativamente previstas e que não se enquadre em uma das múltiplas exceções imaginadas e capazes de ilidir o exercício daqueles direitos (HIRONAKA, 2008, p. 448). Assim, cabe ao membro sobrevivente da união de facto o direito a alimentos e às prestações por morte previstas na Lei da União de Facto, os direitos sobre a casa de morada da família e o respectivo recheio, e, o direito a uma indenização por danos não patrimoniais (PINHEIRO, 2019, p. 538).

Quanto aos alimentos, reconhece-se ao membro sobrevivente, que estava há mais de 2 anos em condições análogas às dos cônjuges e que careça de alimentos, o direito de exigi-los (BARON, 2016, p. 20) sobre a herança do companheiro falecido (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 13), desde que exercido nos 2 anos seguintes ao da morte, podendo cessar se contrair casamento, iniciar nova união de facto ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral (PINHEIRO, 2019, p. 538).

A respeito das prestações por morte, há o direito ao subsídio por morte, que é a prestação em dinheiro, paga de uma só vez aos familiares do beneficiário, destinada a compensar o acréscimo de encargos decorrentes do falecimento; à pensão de sobrevivência, que é a prestação destinada mensalmente a familiares do beneficiário falecido pela perda de rendimentos de trabalho; à indenização resultante de acidente de trabalho ou doença profissional; e, à pensão de preço de sangue, que é a concessão de pensões de preço de sangue às famílias dos que perdem a vida nos campos de batalha em defesa da pátria ou por virtude de serviço na manutenção da ordem pública, e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao país (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 13).

Há também o direito sobre a casa de morada da família pertencente ao companheiro falecido, em que é garantido ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação da casa de morada da família durante um período de 5 anos após a morte do companheiro<sup>10</sup>, bem como o direito de

---

10 Conforme o art. 5o, n. 2, da Lei da União de Facto, se a união de facto tiver começado há mais de 5 (cinco) anos antes da morte, o direito de habitação é conferido por tempo igual ao da duração da união (PINHEIRO, 2019, p. 540).

preferência na alienação do imóvel e o direito à transmissão do contrato de arrendamento, se a casa for arrendada (BARON, 2016, p. 20). Além disso, há o direito de uso de recheio da casa de morada de família pertencente ao companheiro falecido, em que se confere ao membro sobrevivente da união de fato o direito de uso do recheio da casa de morada de família pertencente ao falecido pelo prazo de 5 anos ou por igual prazo ao da união de fato, se esta tiver durado mais de 5 anos (PINHEIRO, 2019, p. 542).

Por fim, há também o direito à indenização por danos não patrimoniais, no caso de morte da vítima, em que o membro sobrevivente da união estável é beneficiário deste direito, em concurso com os filhos ou outros descendentes do falecido (PINHEIRO, 2019, p. 544-545).

Ademais, há a possibilidade de se resguardar o direito à herança do companheiro em caso de morte, dispondo de uma parte dos seus bens em testamento enquanto vivo (BARON, 2016, p. 20). Neste sentido, Araújo Filho leciona que pode o unido de facto sobrevivente ser beneficiado em testamento, concorrendo obrigatoriamente com os descendentes e ascendentes, visto que nesta união não há bens comuns sujeitos à partilha, não lhes sendo aplicadas as normas que dispõem sobre os efeitos patrimoniais do casamento, mas as regras do direito comum (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 12-13). Inclusive, o autor acrescenta:

O afastamento do unido do campo hereditário - restrito à garantia de um direito real de habitação periódico sobre a casa de morada da família e a possibilidade de obter uma pensão de alimentos da herança do falecido, além da proibição de acesso aos regimes de bens conjugais -, revela tratamento jurídico diferenciado entre casamento e a união de facto. (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 13).

Portanto, no presente ordenamento não há um regime legal como forma de proteção aos bens adquiridos na constância da união de fato, o que a torna desamparada pela lei no âmbito direito sucessório (BARON, 2016, p. 34). Inclusive, neste sentido, Pinheiro ressalta a insuficiente consideração da união estável, o que não deixa de ser uma vulnerabilidade no ordenamento jurídico português, visto que em uma vertente substancial, há a exclusão do membro sobrevivente da união de facto do círculo de possíveis herdeiros legais do autor da sucessão, de modo que, p. ex.: ainda que o companheiro tenha vivido com o *de cuius* durante 20 anos, jamais será herdeiro legal, enquanto o primo será, nos termos do art. 2.133 do Código Civil (PINHEIRO, 2019, p. 560).

Não diferente, Hironaka ressalta a timidez do sistema jurídico português em lidar com os direitos dos membros sobreviventes da união estável que se dissolve por morte, uma vez que, por vezes, deixa aquele que pode ter contribuído grandemente para a formação do patrimônio do falecido, desprotegido e desamparado. Por isso, entende que se deve buscar uma situação de vida mais justa para aqueles que, tendo partilhado em vida, possam também partilhar após o término de uma delas (HIRONAKA, 2008, p. 449).

Pereira, por sua vez, não se pronuncia favoravelmente à legislação de vários países que atribuíram direitos sucessórios aos unidos de facto, pois esta relação é uma opção alternativa ao casamento - em que se admite tanto para casais heterossexuais, quanto para casais do mesmo sexo -, e a imposição de um regime sucessório injuntivo não se coaduna com a lógica jurídica intrínseca à informalidade que perpassa a união de facto. Inclusive, o regime sucessório implicaria a reformulação de grande parte do sistema patrimonial dos unidos de facto, norteados pela autonomia de vontade, já que entre os unidos de facto, pode-se celebrar doações e contratos de compra e venda, sem que se proteja terceiros, como os legitimários, já que os fluxos patrimoniais entre os unidos de facto não se compadecem com o cuidado face aos fluxos patrimoniais entre os cônjuges que acautela os herdeiros legais. Por fim, a autora ressalta que os unidos de facto poderão deixar, em testamento, a sua quota disponível ou parte dela um ao outro. (PEREIRA, 2019, p. 677-678).

Nesta toada, uma vez que se flexibilizou, no ordenamento jurídico português, a qualidade de herdeiro legitimário matrimonial ao se admitir a renúncia dos cônjuges ao estatuto de herdeiros legitimários um do outro, qual a coerência de o aplicar, impositivamente, aos unidos de facto?<sup>11</sup> (COELHO apud PEREIRA, 2019, p. 678).

## **ANÁLISE COMPARATIVA DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS DAS RELAÇÕES CONVIVENCIAIS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

Diante dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, verifica-se que, em ambos, a lei prevê, expressamente, uma quota mínima da herança, em razão do princípio da reserva, nos respectivos Códigos Civis,

---

11 Inclusive, Pinheiro (2019, p. 155) leciona que “O cônjuge não sucede se estiver separado de pessoas e bens (cf. art. 2133, n. 3) ou se tiver renunciado validamente à condição de herdeiro legitimário (cf. art. 1700, n.s 1, al. c)”.

sendo herdeiros necessários ou legitimários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

No Brasil, por sua vez, antes do julgamento do RE n. 878.694/MG, o companheiro não foi erigido ao patamar de herdeiro necessário, sendo que sua participação na herança, foi relegado à condição de herdeiro legítimo, de modo que faria jus à herança, em sua totalidade, somente quando o falecido não tivesse descendentes, ascendentes nem parentes colaterais. Em Portugal, uma vez que não há nada específico que se aplique na legislação portuguesa no âmbito da sucessão por morte na vigência da união, o unido de facto sobrevivente, por não integrar na classificação prescrita da lei, não é herdeiro legitimário, nem legítimo, do falecido.

Diante do julgamento do RE n. 878.694, pelo STF, reconheceu-se, no sistema jurídico brasileiro, inconstitucional o tratamento sucessório diferenciado entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, determinando a incidência das regras da sucessão do casamento também na união estável. Inquestionável, para a maioria da doutrina, portanto, que o companheiro sobrevivente passou a fazer parte do rol dos herdeiros necessários, mas, para a doutrina minoritária, o companheiro sobrevivente não é herdeiro necessário, visto que não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários.

No português, por sua vez, ao membro de união de facto que se torna viúvo reservou-se parcos e esparsos direitos, como: o direito a alimentos e às prestações por morte, os direitos sobre a casa de morada da família e o respectivo recheio e o direito a uma indenização por danos não patrimoniais, visto que não há direito à herança, salvo se o unido de facto disponha de uma parte dos seus bens em testamento, enquanto vivo, ao companheiro.

Assim, enquanto no Brasil há divergência doutrinária se o companheiro integra ou não o rol de herdeiros necessários, visto que é contemplado como herdeiro legal, em Portugal é evidente que há tratamento jurídico diferenciado entre casamento e a união de facto, de modo que o unido de facto somente será considerado herdeiro em casos que for contemplado como herdeiro testamentário, já que não é herdeiro legítimo e, muito menos, legitimário. No mais, ainda que na doutrina portuguesa há quem defenda que a insuficiente consideração da união estável não deixa de ser uma vulnerabilidade ao unido de facto que jamais será um herdeiro legal, enquanto o primo será, há posição favorável à legislação ao dispor que incoerente seria considerar o unido de facto, impositivamente,

legitimário, quando se admite, naquele ordenamento jurídico, que o cônjuge renuncie sua qualidade de herdeiro legitimário matrimonial.

No mais, cumpre dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não há segurança jurídica em diversas questões, como responder se o companheiro é herdeiro necessário, o PL n. 3.799/2019 visa considerar herdeiros necessários tão somente os descendentes e os ascendentes, excluindo o cônjuge e o companheiro, ao considerá-los tão somente herdeiros legais.

Fato é que, ainda que o companheiro ou unido de facto deva ser contemplado como herdeiro legítimo ou legal, não parece adequado contemplá-lo como herdeiro necessário ou legitimário, uma vez que no Brasil visa-se, por meio do PL n. 3.799/2019, considerar o cônjuge ou companheiro herdeiros colaterais e, em Portugal, já se admite que o cônjuge renuncie a qualidade de herdeiro legitimário matrimonial.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Enquanto no Brasil a união estável é reconhecida como entidade familiar, em Portugal a união de facto não é uma verdadeira e própria relação de família, senão uma relação parafamiliar. Em se tratando especificamente quanto à capacidade sucessória do companheiro, restou vislumbrado que, na ordem jurídica brasileira, tem-se considerado inconstitucional o tratamento sucessório diferenciado entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, determinando a incidência das regras da sucessão do casamento também na união estável, de modo que a doutrina majoritária entende que o companheiro é herdeiro necessário. Na portuguesa, por sua vez, o unido de facto, por não integrar na classificação prescrita da lei, não é herdeiro legitimário, nem legítimo, sendo reservado a ele parcos e esparsos direitos.

Ocorre que, ainda que o companheiro ou unido de facto deva ser contemplado como herdeiro legítimo ou legal, não parece adequado contemplá-lo como herdeiro necessário ou legitimário, visto que, no Brasil, visa-se, por meio do PL n. 3.799/2019, considerar o cônjuge ou companheiro herdeiros colaterais e, em Portugal, já se admite que o cônjuge renuncie a qualidade de herdeiro legitimário matrimonial. Conclui-se, portanto, que não parece adequado não contemplar o companheiro como herdeiro legal ou legítimo, mas também o impor como herdeiro necessário ou legitimário desconsidera o fato de que cada família deve ter a autonomia e a liberdade para definir regras de suas próprias relações.

## REFERÊNCIAS

AGAPITO, Priscila. *Inventário e o seu papel facilitador nas relações jurídicas*. Disponível em: <https://www.oabsantos.org.br/downloads/66-palestra-inventario-extrajudicial-e-o-seu-papel-facilitador-das-relacoes-juridicas-priscila-de-castro-teixeira-pinto-lopes-agapito/>. Acesso em: 15 set.2020.

ARAÚJO FILHO, Aldy Mello de. *Do casamento às uniões sem selo: O alcance social e jurídico dos arranjos familiares no Brasil e em Portugal*. Revista Jurídica Portucalense/Portucalense Law Journal. Porto, n. 24, p. 3-23, 2018. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/15048>. Acesso em: 14.set.2021.

BARON, Kelly. *A união de facto no direito comparado: Portugal e Brasil*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica Portuguesa do Porto, Porto, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/21511/1/-TESE%20MESTRADO%20KELLY%20BARON.pdf>. Acesso em: 14.set.2021.

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, 10 jul. 2022.

BRASIL. *Projeto de lei n. 3.799/2019*. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Brasília, DF: Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), [2019]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=79-73456&ts=1644331322642&disposition=inline>. Acesso em 10.jul.2022.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito das sucessões*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2019.

DELGADO, Mário Luiz. *A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1308/A+sucess%C3%A3o+na+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+ap%C3%B3s+o+julgamento+dos+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+pelo+STF%3A+o+companheiro+n%C3%A3o+se+tornou+herdeiro+necess%C3%A1rio>. Acesso em: 20 set.2021.

DELGADO, Mário Luiz. *Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema*. In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (org.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*, vol. 3. São Paulo: Método, 2005.

DELGADO, Mário Luiz. *O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?*. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 15, p. 33-58, set/out.2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 7.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Posição sucessória do companheiro (membro da união de facto/união estável) nos direitos brasileiro e portugueses. In: DIAS, Maria Berenice;

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008.

LÔBO, Paulo. *A concepção da uniao estável coom ato-fato juridico e suas repercusoes processuais*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+ato-fato+jur%C3%ADdico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais>. Acesso em: 10.set. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *O princípio da intangibilidade da legítima*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da Família*. 3. ed Lisboa: AAFDL, 2019. Plataforma AAFDL Editora.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2019

VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. *Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2021.



# A TENRA IDADE COMO UM (NÃO) LIMITADOR AO DIREITO DE CONVIVÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

The young age as a (no) limit on the right to visit: an analysis of the cases judged by the court of justice in the state of Rio Grande do Sul

Marina Dezotti Gatto<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado no CNPq. Advogada. E-mail: dezottimarina@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

A legislação brasileira prevê a existência de duas modalidades de guarda: a guarda compartilhada e a guarda unilateral. Até o advento da Lei 11.698/2008, que modificou artigos do Código Civil, a guarda compartilhada não era prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Com a vigência da nova codificação, a guarda compartilhada foi inserida. Todavia, somente veio a tornar-se regra em 2014, com o surgimento da Lei 13.058/2014 – Lei da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada pressupõe a responsabilidade de ambos os genitores com os filhos, de modo que, inobstante não estejam mais juntos, permanecem com os deveres decorrentes do poder familiar. Deste modo, naturalmente, a guarda é um dos deveres resultantes do poder familiar.

O poder familiar está previsto na Constituição Federal, assim como no Código Civil. Ambos os diplomas legais preconizam que o exercício do poder familiar é, em linhas gerais, o dever de responsabilidade que os genitores possuem com os filhos, devendo proporcionar meios para o seu pleno desenvolvimento, desde o nascimento.

Conforme dispõe o artigo 1.583 do Código Civil, a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada. Subsiste no ordenamento jurídico brasileiro a regra de que a guarda compartilhada deve prevalecer, exceto se, por algum motivo, não puder ser estabelecida.

Analisando de forma específica a questão da guarda na tenra idade, depreende-se que, normalmente, é estabelecida a guarda unilateral materna, em razão das exigências que a idade demanda, como amamentação. Todavia, analisar-se-á se a tenra idade, por si só, caracteriza uma limitação à convivência com o genitor não guardião.

Portanto, a despeito dos institutos da guarda unilateral e da guarda compartilhada, a tenra idade da criança é, por si só, um limitador ao direito de convivência com o outro genitor?

*A priori*, entende-se pela prevalência do princípio do melhor interesse da criança, de modo que, em regra, deve-se permitir a ampla convivência com o genitor que não se encontra na residência base da criança.

A metodologia da presente pesquisa terá como abordagem o método hipotético-dedutivo, utilizando-se de revisão da doutrina e legislação pátria. A pesquisa será abordada qualitativamente, com caráter exploratório, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio

de doutrina, contemplando também julgados, normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nessa esteira, inicialmente serão abordados, em linhas gerais, os institutos da guarda compartilhada e guarda unilateral, analisando conjuntamente o poder familiar. Ato contínuo, analisar-se-á a tenra idade no âmbito da guarda. Por fim, serão examinados julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, intentando revelar se a tenra idade da criança, de fato, caracteriza uma limitação ao direito de convivência.

## **DESENVOLVIMENTO**

O ordenamento jurídico brasileiro é composto de duas modalidades de guarda, quais sejam, a guarda unilateral e a compartilhada, conforme estabelece o artigo 1.583 do Código Civil. A guarda constitui um encargo intrínseco ao poder familiar e designa o modo de gestão da vida dos filhos, principalmente após a ruptura do vínculo conjugal ou convivência dos genitores (ROSA, 2020, p. 466). Neste contexto, o instituto da guarda engloba os direitos e deveres que dizem respeito àqueles que ainda não atingiram a maioridade civil e às pessoas que têm a obrigação de zelar, cuidar e exercer a função protetiva.

O poder familiar, por sua vez, está expressamente disposto no Código Civil com o intuito de elencar os deveres dos genitores, devendo preservar a manutenção da prole, enquanto não atingir a maioridade civil. Assim, o poder familiar está na razão natural de os filhos precisarem da proteção e dos cuidados dos genitores a partir de seu nascimento, de forma absolutamente dependente (MADALENO; MADALENO, 2022, p. RB – 1.2).

Atualmente, o conceito de poder familiar já não se encontra mais destinado a caracterizar o poder que o pai detém sobre os filhos. De outra forma, caracteriza a responsabilidade e o dever que os genitores possuem de guardar e zelar por sua prole, desde o nascimento. Os filhos passam, portanto, a ser reconhecidos como indivíduos possuidores de direitos, que necessitam de meios para sua evolução e proteção, de modo que os genitores têm o dever de proporcionar o bem-estar dos infantes e garantir seu pleno desenvolvimento.

O poder familiar é inerente ao estado de filiação, de modo que é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível (MADALENO; MADALENO, 2022, p. RB – 1.2). Assim, o exercício do poder familiar não

se extingue juntamente com o casamento ou a união estável, ou seja, em nada é abalado quando ocorre a cisão por parte dos genitores, de forma que permanecem todos os deveres dos pais em relação aos filhos.

A Constituição Federal, em seu artigo 227<sup>2</sup> estabelece os deveres da família, da sociedade e do Estado para com as crianças e adolescentes. Da mesma forma, o artigo 229 dispõe acerca da obrigação dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores.

Do estabelecido pelos diplomas legais, infere-se que o poder familiar se centra em dois aspectos, sendo eles a responsabilidade pela educação e desenvolvimento do infante e administração do patrimônio (SOUZA, 2017, p. 20). O poder familiar, portanto, estabelece o dever que os pais possuem de proporcionar aos filhos atenção, afeto, zelo, diálogo, recursos materiais, e amor. Não há que se falar apenas em recurso material ou moral, o poder familiar engloba o todo essencial ao desenvolvimento da criança e do adolescente, nos termos do estabelecido pelo artigo 33 do ECA<sup>3</sup>.

Feita tal reflexão, é possível perceber que o instituto da guarda está diretamente ligado ao poder familiar, sendo que são diversos os direitos e deveres dela decorrentes. Para o ordenamento jurídico brasileiro, “guarda” é cuidado, amparo e proteção aos infantes no curso do seu desenvolvimento (SOUZA, 2017, p. 4).

A guarda, portanto, é a custódia dos infantes, de modo que o guardião possui o dever de protegê-los, devendo garantir 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, devendo os colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme determina expressamente a Constituição Federal em seu artigo 227. De outra forma, é relevante salientar que a guarda é um *atributo* do poder familiar, não

---

2 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. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.)

3 Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.)

devendo ser confundido com este, na medida em que um dos genitores não necessariamente será o guardião, mas continuará sendo detentor do poder familiar (MADALENO; MADALENO, 2022, p. RB – 2.1).

Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi promulgada a Lei 11.698/2008 que modificou a redação original dos artigos 1.583 e 1.584 da codificação, passando a regular e disciplinar a guarda compartilhada, vez que, até então, a guarda compartilhada não era prevista. Em período anterior à Lei 11.698/2008, somente era regulada a guarda unilateral, sendo esta utilizada como regra. Com o advento da referida lei, o compartilhamento da guarda passou a possuir previsão. Após, com a entrada em vigor da Lei da Guarda Compartilhada – Lei 13.058/2014 -, esta passou a ser regra, de modo que a guarda unilateral somente é aplicada em casos específicos e concretos em que não se vislumbra o estabelecimento da guarda compartilhada, quando da separação, divórcio ou dissolução de união estável. Deste modo, a Lei 11.698/2008 foi ao encontro do que estabelece a Constituição Federal, mormente em seu artigo 227 (GUIMARÃES, 2020, p. 223).

A guarda compartilhada nada mais é do que a continuidade da responsabilidade conjunta dos pais, quando deixam de residir juntos. Esta modalidade garante a corresponsabilidade parental, bem como a ampla divisão dos genitores na formação e educação dos filhos, participação esta que não é possibilitada quando ocorrem somente as visitas (DIAS, 2017, p. item 27).

Os genitores tomam decisões sobre a vida dos filhos de forma conjunta no que toca à saúde, alimentação, educação, lazer, dentre outras demandas decorrentes da vida de uma criança ou adolescente. Naturalmente, a guarda compartilhada permite que os pais estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos o que, por óbvio, leva à pluralização das responsabilidades (DIAS, 2017, p. item 27.5). O instituto da guarda compartilhada visou, portanto, à não privação dos filhos em relação aos cuidados e convivência com os pais (SOUSA, 2017, p. 4), concluindo-se, deste modo, que ambos os genitores são importantes na mesma medida para o desenvolvimento dos infantes.

Com o tempo, a guarda compartilhada passou a ser vista como uma possibilidade de diminuir os sofrimentos advindos da ruptura conjugal, possibilitando a observância do melhor interesse da criança (SOUSA, 2017, p. 4), assim, os genitores devem compreender que eventuais conflitos existentes entre eles não devem interferir na realidade das crian-

ças e adolescentes. Prezar pelo melhor interesse da criança é uma prerrogativa e um dever dos pais, haja vista estarem no pleno exercício do poder familiar. Nessa esteira, o Enunciado 605 da VII Jornada de Direito Civil estabelece que a guarda compartilhada não exclui a fixação de regime de convivência, visto que diz respeito à alternância de tempo e corresponsabilidade diante das obrigações com a prole.

A guarda unilateral, de outra forma, nos termos do estabelecido pelo §1º do artigo 1.583 do Código Civil, ocorre quando a guarda do infante é atribuída a somente um dos genitores. Essa modalidade pode ser aplicada quando os pais manifestarem o desinteresse na guarda compartilhada, ou quando for verificada pelo judiciário a inaptidão de um dos genitores para guardar o filho. Ainda que a guarda seja unilateral, aquele genitor não guardião pode e deve supervisionar os interesses do infante, sendo possível, da mesma forma, solicitar informações ou prestação de contas nas situações que dizem respeito à criança (FLORENZANO, 2021). Depreende-se, à vista disso, que a guarda unilateral não exclui o genitor não guardião da vida do filho, pelo contrário, estimula que a participação se dê ativamente, devendo também ser fixada a convivência.

Nesta linha, é possível confundir os institutos da guarda e da convivência. A guarda diz respeito à gestão dos interesses da prole, isto é, decisões sobre escola, saúde, lazer; enquanto a convivência versa sobre o período em que cada genitor ficará com o filho, de forma que sua fixação é necessária independente da modalidade da guarda – unilateral ou compartilhada (ROSA, 2020, p. 470).

Ainda, “o direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial.” (DIAS, 2017, p. item 27.6). Isto quer dizer que as crianças e adolescentes possuem o direito de conviver e ter acesso a ambos os genitores, visando sempre o seu melhor interesse, no intuito de proporcionar seu bem-estar e desenvolvimento.

No que toca especificamente às crianças em tenra idade, é sabido que uma criança neste período da vida possui demandas específicas, já que se encontra em idade de amamentação, necessitando, por óbvio, da presença materna, razão pela qual não seria crível afastar um bebê dos cuidados da mãe, já que, naturalmente, é ela quem apresente as melhores condições de suprir os cuidados de uma criança durante a lactação (MADALENO; MADALENO, 2022, p. RB-2.6). Afora a questão da demanda natural de uma criança em tenra idade, é importante que, ainda que após

o divórcio, separação ou dissolução de união estável, o ex-casal preze pela boa relação, na medida do possível, buscando levar em consideração as decisões que favorecerão o filho, visto que o conflito entre os pais não deve atingir, de forma alguma, a criança.

Com o passar do tempo, foi cessando a ideia de que os filhos deveriam ficar somente sob responsabilidade a mãe, excluindo e, muitas vezes, isentando os genitores da participação da vida dos filhos, tornando-o um auxiliar da mãe na vida das crianças. A igualdade entre homem e mulher está estabelecida na Constituição Federal, sendo este um princípio de extrema relevância nas relações conjugais e entre pais e filhos (CANZIN, 2005, p. 1). Ainda que a criança seja lactante, é imprescindível assegurar ao pai o direito de convivência com o infante (CHRISTOFARI, KEMERICH; ARPINI, 2021, p. 900).

Ainda, Madaleno e Madaleno (MADALENO; MADALENO, 2022, p. RB-2.6) mencionam um estudo publicado pela *American Psychological Association*, que estabelece que em condições normais as crianças desenvolvem o vínculo com mais de um cuidador, de forma que cada um contribui de maneira única para o desenvolvimento do infante, evitando que haja uma hierarquia de importância ou saliência. Isto posto, a convivência com ambos os genitores é de suma importância, posto que ambos contribuem para a formação e desenvolvimento dos filhos de igual maneira, exceto em casos em que é evidente o risco à criança ou adolescente.

É sabido, que, naturalmente, o vínculo é construído através do contato, da convivência e do cuidado frequente. Logo, o ideal é que a criança, mesmo em tenra idade, conviva com os pais, na medida do possível, e sempre prezando pelo melhor interesse da prole.

Neste contexto, foi aprovado na IX Jornada de Direito Civil o enunciado 671,<sup>4</sup> mencionando que a tenra idade da criança não deve impedir a fixação de convivência equilibrada com ambos os pais. Isto é, com o enunciado aprovado, lê-se o artigo 1.583, §2º de maneira a preservar a convivência com ambos os genitores, vez que não deve ser atribuído somente a mãe o dever de cuidado, mas também ao pai. Além de ser direito da criança a ampla convivência com os pais.

À vista do questionamento acerca da limitação da convivência dos genitores com uma criança em tenra idade, realizando uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi possível

---

4 Art. 1.583, §2º: A tenra idade da criança não impede a fixação de convivência equilibrada com ambos os pais

perceber que vem se entendendo que, exceto em casos excepcionais, a convivência com os genitores é de suma importância para o desenvolvimento da criança. Em decisão proferida pela Sétima Câmara Cível<sup>5</sup>, entendeu-se que o filho tem direito de conviver com os pais, de tal modo que não permitir a convivência com o genitor não guardião, no caso concreto, causaria enorme prejuízo ao infante. O Relator menciona ainda que:

A cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, recomenda que o Poder Judiciário cumpra o dever de protegê-las, valendo-se dos mecanismos processuais existentes, de modo a garantir e facilitar a convivência

Isto é, o dever do Judiciário é zelar pelo melhor interesse da criança, de maneira imparcial, devendo ser analisados os benefícios que a convivência com ambos os genitores irá causar no infante. Ainda, fundamenta a decisão em julgado do Superior Tribunal de Justiça em que os Ministros estabelecem que a convivência familiar é direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Outrossim, demonstra-se aplicável o artigo 1.589 do Código Civil em que aquele genitor que não possui a guarda da criança tem o direito de visitá-lo. Neste contexto, não havendo elementos que desabonem o genitor, totalmente possível – e fortemente indicado –, que seja possibilitado o convívio com a criança.

Em outra decisão proferida pela Sétima Câmara Cível<sup>6</sup>, foi decidido pela regulamentação da convivência paterno-filial, uma vez que, não obstante a tenra idade da criança, deve ser proporcionada a visitação do genitor, devendo, por óbvio, observar as necessidades de alimentação do infante, tendo em vista a idade alimentar em que se encontrava. Outrossim, como bem referido no acórdão, o interesse e bem-estar do infante

---

5 agravo de instrumento. Família. Ação de alimentos gravídicos c/c alimentos provisórios. Visitação paterna. Cabimento [...] (agravo de instrumento, nº 50792043220228217000, sétima câmara cível, tribunal de justiça do estado do rio grande do sul, relator: carlos eduardo zietlow duro, 25 abr. 2022, dje 25 abr. 2022).

6 agravo de instrumento. Ação de regulamentação de visitas. Menor de tenra idade. Estabelecimento da visitação paterna. Redução. Descabimento no caso concreto. Manutenção, no atual momento processual, da decisão a quo, que estipulou a convivência em domingos alternados, das 08h às 20h, sem pernoites. [...] (agravo de instrumento, nº 50419234220228217000, sétima câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: carlos eduardo zietlow duro, julgado em: 08 mar. 2022)

devem ser balizadores da decisão que irá fixar a visitação, vez que o convívio com o genitor não guardião é direito do filho também.

Entendimento na mesma tendência é o julgado da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>7</sup>, o relator refere acerca do artigo 1.589 do Código Civil, em que é previsto o direito do genitor não guardião em conviver com a prole, a fim de ampliar os laços que, muitas vezes, correm o risco de serem rompidos devido à separação ou divórcio.

Diante dos julgados brevemente analisados, entende-se que a tenra idade não deve caracterizar impedimento à convivência, mormente em relação ao genitor que não detém a guarda da criança. A convivência com ambos os genitores, conforme bem apontado nos julgados colacionados, é direito fundamental, estando amparado no princípio do melhor interesse da criança, firmado na Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme determina o ordenamento jurídico brasileiro, a guarda será unilateral ou compartilhada, sendo a guarda compartilhada a regra. Excepcionalmente, em situações específicas em que resta verificada a ameaça à criança ou ao adolescente, a guarda será estabelecida de forma unilateral.

A tenra idade, em que pese exija cuidados específicos em comparação a outras idades, permite e demanda, da mesma forma, a convivência com o genitor que não é o guardião. Em razão da tenra idade, normalmente é indicado que a criança mantenha a residência base com a mãe, todavia,

---

7 agravo de instrumento. Ação de alimentos, guarda e regulamentação de visitas. Convivência paterno-filial sem supervisão. Apesar do histórico de dependência química do demandado (ele próprio admite o uso de substâncias psicoativas) e da tenra idade do filho dos litigantes, a prova até aqui produzida, do que se destaca o laudo psicológico e o estudo social realizados em abril do corrente ano, nenhuma contraindicação há na convivência o genitor com o filho, tampouco há qualquer ressalva acerca da necessidade de os encontros serem supervisionados, como quer a genitora/agravante. Pelo contrário, sugerem que esse contato se dê sem supervisão. Assim, vão mantidas as visitas aos domingos alternados, das 10h às 17h. Recurso a que se nega provimento, em decisão monocrática. (Agravo de Instrumento, Nº 51112576620228217000, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jane Maria Köhler Vidal, Julgado em: 07 jun. 2022)

em regra, é veementemente indicado que seja proporcionada a convivência com o pai, independente das imposições que a idade demanda.

Analisados julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do sul, foi possível concluir que vem se aplicando o entendimento de que, independente de o genitor ser ou não o guardião, ou ainda o filho estar em tenra idade, é primordial viabilizar a convivência da criança, dado o direito fundamental desta de conviver com ambos os genitores. Ademais, é necessário criar o vínculo da criança com os pais de igual forma, visto que ambos contribuem para o seu desenvolvimento de maneira singular. Naturalmente, a convivência será fixada da maneira mais benéfica para aquela criança, analisando todas as suas necessidades e respeitando seus limites.

Isto posto, a tenra idade do filho, por si só, não configura óbice à convivência com o genitor que não possui a guarda, dado o direito da criança em conviver com os pais de igual maneira, bem como em decorrência do princípio do melhor interesse da criança.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados da VII Jornada de Direito Civil*. Enunciado n. 605. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/838>. Acesso em 08 jul. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados da IX Jornada de Direito Civil*. Enunciado n. 671. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em 11 jul. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 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: 05 jul. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.698, de 13 de Junho de 2008*. Disponível em: [http://ww-w.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://ww-w.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.058 de 22 de Dezembro de 2014*. Disponível em: [http://ww-w.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://ww-w.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 5079204320228217000*. Agravante: segredo de justiça. Agravo: segredo de justiça. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 25 abr. 2022, DJe 25 abr. 2022.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 50419234220228217000*. Agravante: segredo de justiça. Agravo: segredo de justiça Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 08 mar. 2022. DJe 08 mar. 2022.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n. 51112576620228217000*. Agravante: T. T. F. Agravado: L. D. O. R. Relator: Jane Maria Köhler Vidal. Porto Alegre, 07 jun. 2022. DJe 08 jun. 2022.

CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral*. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 6, n. 28, 2005.

CHRISTOFARI, Gabriela Clerici; KEMERICH, Daiane Santos do Carmo; ARPINI, Dorian Mônica. “Na prática, ela é muito complicada”: Dilemas do Cotidiano sobre o Instituto da Guarda Compartilhada. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, v. 21, n. 3, p. 889-907, 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. em e-book baseada na 12. ed. rev., atual. e. ampl. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FLORENZANO, Beatriz Picanço. Princípio do Melhor Interesse da Criança: Como Definir a Guarda dos Filhos?. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1653/Princ%C3%ADpio+do+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a+como+definir+a+guarda+dos+filhos%3F>. Acesso em: 07 jul. 2022.

GUIMARÃES, Juliane Mósso Beyruth de Freitas. *O direito Fundamental à Convivência Familiar Sob uma Perspectiva Infantojuvenil no Contexto Luso-Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito Universidade de Lisboa. Lisboa, 2020. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/49471/1/ulfd0148944\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/49471/1/ulfd0148944_tese.pdf). Acesso em: 07 jul. 2022.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. *Guarda Compartilhada Física e Jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. E-book Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 06 jul. 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família Contemporâneo*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SOUSA, Gabriela Aguiar de. *A Guarda Compartilhada e seus Benefícios para a Formação Social da Criança*. Monografia Graduação. Curso de direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, p. 90, 2017. <https://repositorio.ivc.br/bitstream/handle/123456789/565/GABRIELA%20A.%20DE%20SOUSA-%202017%20-%201.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 jul. 2022

SPERKOSKI, Andreia; Ningeliski, Adriane de Oliveira. *Guarda Compartilhada como Garantia do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente*. Academia de Direito, 2021. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3137>. Acesso em: 08 jul. 2022.

# LICENÇA PARENTAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO MELHOR OU SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Parental leave from the perspective of the best interest of the child and adolescent

Alexandra Neves Pinheiro<sup>1</sup>  
Geórgia Manfroi<sup>2</sup>

- 
- 1 Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Processo Civil pela UniDombosco. Graduada pela Universidade Luterana do Brasil. Participante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Professor Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD/FMP; alexandra.kpadvocacia@gmail.com.
  - 2 Graduanda do curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (RS). Participante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo professor Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD/FMP; georgia27.m@gmail.com.

## **INTRODUÇÃO**

Busca-se, através do presente artigo, elucidar a importância da licença parental sob a ótica do princípio do melhor ou superior interesse da criança e do adolescente, bem como acerca da relevância da formação dos laços afetivos com as crianças e os adolescentes, os quais são fundamentais para o desenvolvimento dos filhos e corroboram com o projeto da licença parental.

O tema escolhido chama atenção pelo fato de que, hodiernamente, o período concedido para a licença-maternidade e licença-paternidade são diferentes e auxiliam para que haja desequilíbrio na formação dos laços afetivos dos filhos com os genitores, fomentando a sobrecarga em uma pessoa. Em contrapartida, com a licença parental haverá a equiparação do período de dias obrigatórios, intransferíveis e iguais para os responsáveis, oportunizando o dever de cuidado equilibrado.

Visando explicar a temática proposta, e, a partir do método de abordagem dedutivo, busca-se analisar a contribuição da formação de vínculos equilibrada com a proposta da licença parental para o melhor e superior interesse da criança e do adolescente, que terá o direito de desenvolvimento físico, moral, emocional e psicológico salvaguardado.

## **FORMAÇÃO DE LAÇOS AFETIVOS COM CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

O novo conceito de família é fundado na afetividade, na pluralidade e no eudemonismo (DIAS, 2015, p. 133); sendo assim, é preciso uma visão pluralista da família, para, dessa forma, considerar como entidade familiar qualquer tipo de relacionamento em que ocorra um vínculo afetivo, independentemente de sua formação. Assim, para que se estabeleça o vínculo afetivo familiar, é necessária a disponibilidade de tempo, a fim de suprir as necessidades físicas, emocionais e mentais da criança (TORRES, 2019, p. 219).

Portanto, a proteção à maternidade e à paternidade deve ser valorizada, uma vez que é, inclusive, amparada pelo Direito de Família e pelo Direito do Trabalho. Faz-se necessário enaltecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, garantindo a criança ou adolescente um tratamento justo e com a devida formação de laços afetivos.

O afeto, em especial, é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais. De acordo com Rolf Madaleno, a sobrevivência

humana depende, e muito, da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar às demandas que estão surgindo para apurar a responsabilidade civil pela ausência do afeto (2021, p. 103).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, enaltece o valor contido na família e a considera como base da sociedade. A importância da família para o recém-nascido é, sem dúvida, imensurável. O amparo dos pais para a manutenção da vida da criança e na criação de vínculos afetivos desde os primeiros dias de vida são fatores determinantes para seu desenvolvimento saudável. De acordo com Jacqueline Filgueras Nogueira, as relações afetivas familiares transcendem o vínculo sanguíneo (NOGUEIRA, 2001, p. 86 ):

Para a criança, sua simples origem fisiológica não a leva a ter vínculo com seus pais; a figura dos pais, para ela, são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção.

No mesmo sentido, o psiquiatra John Bowlby (JOHN, 2017), ao estudar a teoria do apego, explica que os bebês se ligam a adultos que sejam sensíveis e responsivos nas interações sociais e que permaneçam como cuidadores consistentes durante o período dos seis meses aos dois anos de idade, aproximadamente. As respostas parentais levam ao desenvolvimento de padrões de apego que, por sua vez, conduzem a “modelos internos de trabalho” que guiarão sentimentos, pensamentos e expectativas do indivíduo em relacionamentos posteriores. Dessa forma, será preferido pela criança o contato com a pessoa que tiver disponibilizado maior tempo aos cuidados, tornando-se essa sua principal referência afetiva.

Portanto, o período inicial da vida de um infante merece atenção completa de ambos os pais para que sejam garantidos maior interação, estímulos e aprendizados. No caso concreto, a figura da genitora é protagonista nos cuidados com o bebê, seja pelo prazo maior de licença-maternidade ou pelo estigma social, quando, na verdade, a figura paterna também deveria ser incluída em momento tão determinante para o infante. Ocorre que, com a secundarização do genitor a partir da licença-paternidade breve, essa interação fica gravemente comprometida.

Para Aberatury (1984, p. 76), o contato corporal entre o bebê e o pai, no cotidiano, é referência na organização psíquica da criança, devido a sua função estruturante para o desenvolvimento do ego. No se-

gundo ano de vida, já existe a imagem de pai e de mãe, e a figura paterna fica mais acentuada e tem a função de apoiar o desenvolvimento social da criança, auxiliando-a nas dificuldades peculiares a esse período e no desprendimento necessário da criança aos costumes da situação familiar, mantidos pela mãe.

Portanto, pode-se considerar que, na vida de um filho, a presença do pai é tão fundamental quanto a da mãe, quando se pensa em um bom desenvolvimento socioemocional da criança, sob vários níveis e circunstâncias. O pai não só complementa como reforça o modelo dado pela mãe, e ambos assumem os papéis de autoridade (impondo regras e punições) e dos afetos (demonstrando carinho e recompensando) (BENCZIK, 2011, p. 73).

## LICENÇA PARENTAL

Sendo assim, com o fim de se garantir que os laços afetivos entre o recém-nascido e os genitores sejam estabelecidos na mesma proporção, a concessão da licença parental é uma alternativa positiva e eficaz para proporcionar essas relações. A licença parental pode ser conceituada como um benefício concedido ao empregado, por meio de licença do emprego, bem como de sua garantia de estabilidade, para cuidar de uma criança após seu nascimento ou adoção. Geralmente, a licença está disponível para mães e pais (BARNES, [2016]).

A licença parental não é uma realidade tão distante. Consultou-se o Projeto de Lei n. 1.974/2021 (BRASIL, 2021), em trâmite na Câmara dos Deputados, o qual estipula, para a licença parental, a ausência obrigatória do trabalho pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data do nascimento da criança dependente de cuidados, sem prejuízo de emprego ou salário. O Projeto dispõe que o direito à licença parental é assegurado a todos os trabalhadores, autônomos ou não, que exerçam vínculo de parentalidade com a criança recém-nascida, podendo ser concedido a até duas pessoas de referência para uma mesma criança ou adolescente.

Conforme observado, o Projeto de Lei n. 1.974/2021 menciona que serão autores da licença parental as pessoas de referência para o recém-nascido ou adotado, respeitando-se o limite de duas pessoas. Assim, a licença parental deve englobar as pessoas responsáveis pela criança ou adolescente, independente do gênero e do grau de parentesco. Tal indicativo demonstra um avanço no que concerne ao reconhecimento e ao amparo legal dos vários arranjos familiares.

Entretanto, após uma análise crítica, percebe-se a hipótese de, caso haja mais de dois indivíduos responsáveis, estar-se diante de uma lacuna normativa, em que o terceiro indivíduo (ou mais indivíduos) encontre(m)-se desamparado(s) pelo Direito. Ou, ainda, que o benefício seja usufruído por outras figuras femininas além da mãe, em substituição ao genitor, em razão dos papéis de gênero constantemente perpetuados. Tal ponto merece cautela.

Quanto ao período de licença a ser usufruído, deve prevalecer o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente (ZAPATER, 2019, p. 73). Tanto o constituinte como o legislador exigem que a prioridade absoluta estenda-se, inclusive, à formulação de políticas públicas e à destinação de recursos para a área da infância e da juventude. Por sua vez, ao implantar a licença parental, a opção de reduzir o número de dias conferidos na licença-maternidade e na licença-paternidade seria uma afronta a esse princípio, uma vez que a convivência familiar será restrita em um momento fundamental para a formação de vínculos afetivos com o novo integrante da família. Assim, a licença parental deve manter ou ampliar o período vigente, e jamais reduzi-lo.

A possibilidade de equiparação entre a licença-maternidade e a licença-paternidade é fundamental para a dinâmica da licença parental, isto é, estipular um período de dias obrigatório, intransferível e igualitário para os responsáveis. Dessa forma, ambos os pais poderão exercer o dever de cuidado frente aos seus filhos com equilíbrio.

Portanto, a licença parental seria alternativa chave para amenizar a desigualdade, uma vez que seus efeitos incidiriam na esfera familiar. Da mesma forma, a figura paterna assumiria conjuntamente o protagonismo nos cuidados com seus descendentes, beneficiando não somente a mulher, que teria sua carga aliviada, mas o recém-nascido ou adotado, que teria a oportunidade de interagir com o genitor e desfrutar dos benefícios que esse envolvimento afetivo implicará em seu desenvolvimento.

## **O PRINCÍPIO DO MELHOR OU SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE**

Em 1988, devido à necessidade de reafirmar valores extintos durante o regime militar, foi publicada a Carta Magna, trazendo consigo grandes avanços, mudanças e estabelecendo novos paradigmas, especialmente, em relação aos direitos sociais, tutelando todos os cidadãos, inclusive o público infanto-juvenil (AMIN, 2022, p. 57).

O art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) garante aos direitos infante-juvenis a prioridade absoluta, a qual consiste em tratamento prioritário aos direitos dos infantes e dos adolescentes, em razão de serem pessoas em situação peculiar, devido ao processo de desenvolvimento físico, psíquico, cognitivo e social que se encontram.

Nesse sentido, crianças e adolescentes passam a ser titulares de direitos fundamentais 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, e os responsáveis a garantir e efetivar tais direitos são a família, a sociedade e o Estado, bem como de proteger as crianças e adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (ROSSATO; LÉPORE, p. 62).

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 acabou criando uma desequiparação jurídica protetiva, pois não tinha nenhuma outra lei que colaborasse com o disposto nela em relação aos protegidos. Conquanto, o Brasil participou da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, realizada pela ONU em 1989, tendo essa total influência na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A citada Convenção trouxe para o universo jurídico a *Doutrina da Proteção integral*. Situa a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações; pois a infância passa a ser concebida não mais como um objeto de “medidas tuteladoras”, o que implica reconhecer a criança sob a perspectiva de sujeitos de direitos (VERONESE, 2012, p. 54).

Na seara da infância e juventude, o legislador seguiu influências internacionais para romper com o modelo da situação irregular e adotar pela primeira vez na história do Brasil a Doutrina da Proteção Integral, a qual criou um novo paradigma, com caráter de políticas públicas. Desse modo, o público infante-juvenil deixou de ser objeto de proteção assistencial e tornou-se titular de direitos subjetivos (ISHIDA, 2016, p. 23). Sai de cena formalmente a Doutrina da Situação Irregular, na qual a atuação era centralizada no Poder Judiciário, bem como tinha como binômio abandono- delinquência, e passa a ter um novo modelo, democrático e participativo, cabendo atuar a política de atendimento dos direitos dos protegidos (SOUZA, 2008, p. 70).

A licença parental acima proposta corrobora com o princípio do melhor ou superior interesse da criança e do adolescente, pois o princípio delineado se resume em orientar tanto o legislador como o aplicador para determinar a primazia das necessidades dos infantes e adolescentes como critério de deslinde de conflitos, interpretação da lei, sendo que todos os atos relacionados aos protegidos deverão levar em conta seu melhor interesse (AMIN, 2022, p. 89).

Nesse sentido, o melhor ou superior interesse não é aquele que o legislador ou aplicador da lei entende que é, mas sim aquele que atender a dignidade humana dos protegidos, como pessoa em desenvolvimento, eis que tanto sobre as questões fáticas e as jurídicas deve pairar esse princípio, a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes (AMIN, 2022, p. 91).

O princípio do melhor ou superior interesse da criança e do adolescente está ligado à doutrina da proteção integral, proporcionando o maior benefício possível aos infantes e adolescentes quando os aplicadores do direito se depararem com o caso concreto (BARROS, 2015, p. 26). Amoldando o referido princípio para o caso em tela da proposta de lei acerca da licença parental, não há dúvidas que é mais benéfico para o infante seja criar e consolidar vínculos equiparados com ambos os genitores.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Culturalmente, o dever de cuidado com os filhos majoritariamente recai sobre as mães. Essa dinâmica, corroborada pelo período superior de licença-maternidade em comparação ao de licença-paternidade, prejudica a participação ativa do genitor no desenvolvimento da criança ou adolescente, uma vez que é visto como mero provedor financeiro do lar.

Por sua vez, o infante pode ficar afetivamente desamparado pelo lado paterno. Verifica-se que as vivências iniciais são fundamentais para o desenvolvimento psicológico e emocional da criança, o que refletirá em seu comportamento e em suas relações interpessoais na vida adulta. Logo, a presença do pai na vida de um filho é tão fundamental quanto a da mãe, sendo ambos complementares nas escolhas e decisões que traduzem o melhor ou superior interesse da criança e do adolescente, assim como no vínculo socioafetivo a ser desenvolvido.

Esse ciclo vicioso pode ser, ao menos, enfraquecido com a instituição da licença parental, que coloca homens e mulheres em situação

de igualdade no que tange ao período de licença a ser desfrutado, e, conseqüentemente, coloca ambos como protagonistas no dever de cuidado.

Ademais, a licença parental é capaz de envolver os diversos arranjos familiares que carecem de amparo jurídico, uma vez que, conforme o Projeto de Lei n. 1.974/2021, a licença parental poderá ser concedida a até duas pessoas de referência para uma mesma criança ou adolescente, independentemente do gênero e do grau de parentesco dos responsáveis. As diversas formas de entidades familiares, guiadas pelo valor do afeto, demonstram que os genitores têm os mesmos deveres e responsabilidades na criação de uma criança e devem ser amparados pelo Direito de forma igualitária.

## REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Arminda. *A Paternidade: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.

BARNES, Medora W. *Parental Leave*. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/parental-leave>. Acesso em: 13 mai. 2022. Tradução nossa.

BARROS, Guilherme Freire de Melo; GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. *A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil*. Psicopedagogia, São Paulo, v. 28, n. 85, p. 73, 2011. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010384862011000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010384862011000100007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. *Projeto de Lei n. 1974, de 2021*. Dispõe sobre o instituto da Parentalidade em todo Território Nacional e altera as Leis 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), 8112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores), 8212/1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social), 8213/1991 (Regime Geral da Previdência Social) e 11770/2008 (Empresa Cidadã). Autores: Deputados Sâmia Bomfim e Glauber Braga. Relatora: Deputada Fernanda Melchionna. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2118305](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2118305). Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em: 30 jun. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 10ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 133. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/P.1678-9563.2013v19n3p371/6210>. Acesso em: 01 mai. 2022.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

JOHN BOWLBY e a importância do apego no processo de desenvolvimento da criança. *Revista Educação*, 2017. Disponível em: <https://revistaeducacao.com.br/2017/12/15/john-bowlby-e-importancia-do-apego-no-processo-de-desenvolvimento-da-crianca/>. Acesso em: 13 mai. 2022.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *Filiação que se constrói: reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROSSATO; Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2022.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

TORRES, Felipe Queiroz. *A criação do vínculo socioafetivo com o recém-nascido: as disparidades entre as licenças oferecidas aos pais e a importância dos laços afetivos*. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*,

v.4, n.1, p. 219, jun. 2019. Disponível em: <https://revista3.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/793/pdf>. Acesso em: 17 mai. 2022.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Marato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 73. Disponível em: Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 16 mai. 2022.

# AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NOS REGISTROS PÚBLICOS PELA LEI N.º 14.382/2022 E O PROCEDIMENTO DE CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

The changes promoted in public records legislation by Law n.º 14.382/2022 and the procedure for converting common-law marriage into marriages

Conrado Paulino da Rosa<sup>1</sup>  
Luciana Ignácio Krieger<sup>2</sup>  
Marina Mayer Pereira<sup>3</sup>

- 1 Advogado especializado em família e sucessões. Pós-Doutor em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Serviço Social – PUCRS. Mestre em Direito pela UNISC, com a defesa realizada perante a *Università Degli Studi di Napoli Federico II*, na Itália. Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões da OAB/RS. Membro da Diretoria Executiva do IBDFAM-RS. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Faculdade do Ministério Público – FMP. Professor do “Meu Curso”, em São Paulo. E-mail: contato@conradopaulinoadv.com.br
- 2 Advogada. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Legale. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Endereço eletrônico: kriegerluciana@gmail.com.
- 3 Advogada. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduada em Direito Ambiental e Urbanístico pela FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Endereço eletrônico: marinamayerrpereira@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a união estável não era reconhecida como uma entidade familiar, e possuía a denominação de concubinato, que era discriminatória. Felizmente, a Constituição Federal de 1988 promoveu o reconhecimento dessas uniões como forma de se constituir uma família, determinando que a lei facilitasse sua conversão em casamento, o que não foi efetivado por leis posteriores. Assim, o problema que pauta o desenvolvimento deste trabalho é analisar se o acréscimo do art. 70-A na Lei n.º 6.015/1973, promovido pela Lei n.º 14.382/22, atende ao disposto na Constituição Federal quanto à necessidade de facilitar o rito de conversão da união estável em casamento, e de que forma será realizado esse procedimento.

Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a demonstrar que a união estável, a qual passou a ser reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal, poderá ser convertida em casamento. Objetiva-se expor que, tanto a Lei n.º 9.278/1996, que regulamentou o §3º do art. 226 da Constituição Federal, quanto o Código Civil, abordaram a questão da destacada conversão de forma distinta e sem maiores informações acerca do rito a ser seguido. Além disso, busca-se analisar a nova lei que altera a Lei de Registros Públicos, no ponto em questão, para apresentar mais detalhadamente o procedimento a ser seguido e algumas questões levantadas diante dessa possibilidade.

Considerando que, anteriormente, havia divergência quanto à via adequada para dar início à conversão da união estável em casamento, havia algumas divergências na doutrina e jurisprudência quanto ao rito a ser seguido. Nesse contexto, a alteração promovida pela Lei n.º 14.382/2022 já demonstra ser um facilitador na efetivação da conversão, conforme determina a Constituição Federal.

O método adotado é o dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas por meio de revisão da doutrina e da análise da legislação atual e pretérita, em especial da Lei n.º 6.015/1973, com a alteração promovida pela Lei n.º 14.382/2022, tendo como objetivo compreender o novo procedimento de conversão da união estável em casamento, bem como expor problemáticas que ainda não foram solucionadas pela lei.

## DESENVOLVIMENTO

Foi sancionada a Lei n.º 14.382/2022 como conversão final, com emendas, da Medida Provisória n.º 1.085/2021, em junho de 2022. A Lei institui o Sistema Eletrónico dos Registos Públicos (SERP) e, entre outras inovações e alterações de dispositivos legais, tem seu impacto mais expressivo observado no âmbito da Lei n.º 6.015/1973 (Lei de Registos Públicos). A publicação da normativa, portanto, apresenta significativas mudanças no sistema de registos públicos no Brasil e, conseqüentemente, no Registro Civil das Pessoas Naturais.

A Lei n.º 6.015/1973 instituiu o sistema de registos públicos no Brasil. Como esperado para uma normativa do século passado, apresenta diversos dispositivos que ainda refletem o cenário do ano em que publicada, notadamente, no ramo do Direito de Família, o qual teve substancial repaginação quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, com a ressignificação do conceito de família, trazendo à baila novas modalidades de constituição de estrutura familiar, entre elas, a união estável.

O §3º do artigo 226 da Constituição Federal<sup>4</sup> reconheceu a união estável como entidade familiar e determinou a facilitação de sua conversão em casamento (BRASIL, 1988). O relacionamento, que antes era chamado de “concubinato puro”, passou a ser nomeado de união estável – abandonando a denominação antes preconceituosa – e “foi elevado à altitude de entidade familiar, passando a se submeter à normatividade do Direito das Famílias e, principalmente, ganhando especial proteção do Estado – a mesma dispensada ao casamento” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 455).

Nesse trilhar, a Lei n.º 9.278/1996 veio a regulamentar esse dispositivo constitucional, de maneira a determinar que “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” e reiterar que “os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio” (BRASIL, 1996).

Ao contrário do disposto na Constituição Federal e na legislação mencionada, o Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 1.726, não facilitou a conversão da união em casamento. O dispositivo referido apenas

---

4 § 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

previu essa possibilidade de forma superficial, referindo que os companheiros deverão requerer a conversão ao juiz, para posterior assento no registro civil, não especificando sequer de qual Juízo é a competência – tendo em vista que poderia ser da Vara de Registros Públicos ou da Vara de Família (ROSA, 2020).

Alguns autores entendiam que, a fim de cumprir o que estabeleceu a Constituição Federal, a via administrativa era a mais adequada para que fosse realizada a conversão da união estável em casamento, especialmente porque isso, de fato, facilitaria o procedimento. Ibrahim Fleury de Camargo Madeira Filho (2014) já referia a necessidade da elaboração de uma lei que, “derrogando o art. 1.726 do CC, estabelecesse a via administrativa adotada pela Lei n. 9.278/1996, art. 8º, porém, com todas as especificações procedimentais, requisitos, meios de prova, efeitos e a data que se iniciam”.

Por sua vez, Paulo Lôbo (2021) entendia que a conversão, observando a necessidade de facilitar o procedimento, deveria ser realizada mediante requerimento ao Oficial do Registro Civil da circunscrição do domicílio dos companheiros, com a juntada dos documentos previstos no art. 1.525 do Código Civil<sup>5</sup>, devendo as testemunhas certificar a existência da união estável. Para o autor, estando regular a documentação, dever-se-ia submeter o pedido de conversão à homologação do Juiz corregedor do referido Oficial, pois considerava este o Juízo competente para lavrar o respectivo assento.

Haja vista a coexistência de duas normas legais com previsões distintas quanto à forma de requerimento, um pela via judicial e o outro pela extrajudicial – o que também ocasionava, como se percebe do acima exposto, posicionamento diverso da doutrina –, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do REsp 1.685.937/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que não havia obrigatoriedade quanto à via para efetivação da conversão (BRASIL, 2017)<sup>6</sup>. Em verdade, portanto, nada havia sido definido quanto ao procedimento.

---

5 O destacado artigo dispõe sobre os documentos necessários no procedimento de habilitação para o casamento, como certidão de nascimento e declaração de duas testemunhas maiores.

6 “[...] considerando que a lei 9278/96 é anterior ao Código Civil de 2002, a única interpretação que permite a coexistência entre as duas normas no sistema jurídico é a de que nenhuma delas impõe procedimento obrigatório. Entendimento contrário levaria à exclusão do art. 8º da Lei 9278/96 do sistema jurídico, vez que a norma posterior revoga a anterior”.

Cabe destacar que, apesar do caminhar das normativas constitucionais e infraconstitucionais para reconhecimento da união estável e sua conversão em casamento, a normativa que regulamenta os registros públicos continuava, até os dias atuais, com a redação anterior ao hodierno panorama constitucional. Muito embora as varas, tribunais e serventias extrajudiciais já estejam avançadas e agindo de acordo com as novas regulamentações e entendimentos sobre o tema, a Lei de Registros Públicos permaneceu apresentando evidente descompasso quanto ao cenário das famílias contemporâneas, e urgindo por uma reformulação em diversos aspectos.

Nesse cenário, cada Estado da Federação acabava regulando, através dos provimentos das corregedorias dos Tribunais de Justiça referentes aos serviços extrajudiciais, o que seria essa facilitação da conversão de união estável em casamento e como se daria o procedimento para tanto, na tentativa de complementar as disposições insuficientes, vez que tal aspecto não havia sido especificado em nenhuma das normativas supramencionadas.

A título de ilustração, o Estado do Rio Grande do Sul prevê o procedimento de conversão de união estável em casamento nos artigos 216 a 222 da Consolidação Normativa Notarial e Registral. Nesse sentido, o pedido de conversão devia ser direcionado diretamente ao Registrador Civil das Pessoas Naturais, com análise da documentação entregue e abertura de procedimento para habilitação de casamento e, com o decurso do prazo e sem impugnações, devia ser lavrado o assento no Livro “B-auxiliar”, independentemente de qualquer solenidade ou celebração, de forma diversa ao rito do casamento. O procedimento, em território gaúcho, independia de autorização judicial ou celebração formal, mas demandava a intimação do Ministério Público. A intervenção judicial se imporia apenas no caso de pedido do reconhecimento de data do início da união estável, o que não era permitido sem encaminhamento ao juízo competente (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

É nessa conjuntura que a Lei n.º 14.382/2022 apresenta grandes avanços, esclarecendo uma questão que, há muitos anos, era objeto de intensos debates, com a previsão de alteração das atividades registras em diversos pontos, especialmente, quanto à conversão de união estável em casamento. Foi adicionado ao texto da Lei n.º 6.015/1973, então, o artigo 70-A, padronizando, em âmbito nacional, o procedimento de conversão de união estável em casamento.

O rito ora previsto inicia-se com o requerimento, pelos companheiros, ao oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais de seu domicílio, quando se abre o processo de habilitação sob o mesmo procedimento previsto para o casamento. No edital de proclamas, todavia, constará que se trata de conversão de união estável em casamento. Estando em termos o pedido e superados os impedimentos legais, é lavrado o assento da conversão de união estável em casamento, sem necessidade da celebração formal e solene prevista para o casamento, exatamente como já vinha sendo estipulado pelas normativas estaduais (BRASIL, 2022).

É sobremodo relevante referir que a nova legislação não refere, em momento algum, acerca da necessidade de produção de qualquer prova documental para comprovar a união estável preexistente ao casamento, tratando-se, portanto, de mera declaração dos companheiros, que deverão, por óbvio, observar o procedimento de habilitação para o casamento, trazendo duas testemunhas no momento da habilitação, as quais deverão confirmar a declaração do casal. Prioriza-se, assim, a autonomia dos indivíduos, de modo a respeitar a vontade manifestada pelo casal, que alega viver em união estável e deseja a conversão dessa relação em casamento.

Desse modo, a vontade dos companheiros é manifestada no momento do requerimento da habilitação de conversão de união estável em casamento, e não em momento de celebração. Diversamente disto, o casamento, um dos atos mais solenes do Código Civil, demanda rito muito específico, que se finda com o ato da celebração. A previsão constitucional de facilitação da conversão de união estável em casamento agora se traduz, então, na particularidade de não haver celebração para o ato. O trâmite para conversão de união estável em casamento segue o mesmo do casamento, salvo a celebração. À vista disso, na sequência do decurso do prazo do edital de proclamas, o assento conversão de união estável em casamento, que prescinde de intervenção judicial, será imediatamente lavrado pelo oficial, sem a presença das partes (BRASIL, 2022).

Por esse motivo é que a nova lei prevê que o falecimento de um dos companheiros no decorrer do processo de habilitação não impede a lavratura do assento. O recomendado nesses casos, até o momento presente, é a lavratura do registro de conversão de união estável em casamento normalmente, seguida da anotação do óbito do companheiro no campo de anotações e averbações do assento (SALOMÃO; BROCHADO, 2022)<sup>7</sup>.

---

7 Fala de Tatiane Keunecke Brochado, Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabela de Notas, especialista em direito imobiliário, notarial e registral, em live realizada na rede social Instagram, com o Prof. Me. Marcos Salomão. SALOMÃO,

Outro relevante ponto que era alvo de grande celeuma também foi clarificado pela nova legislação: o registro da conversão de união estável em casamento deve ser lavrado no Livro B, e não deve conter indicação de data da celebração, das testemunhas, do nome do presidente do ato e das assinaturas dos companheiros e testemunhas, justamente por estar dispensada a celebração do ato, de maneira que essas partes não comparecem no momento da lavratura do registro (BRASIL, 2022).

Nessa mesma toada, a lei estabelece que, caso o requerimento de habilitação seja feito por meio de procuração, esta deve ser pública e com prazo máximo de 30 dias (BRASIL, 2022). O procedimento difere, neste ponto, do casamento, que permite a habilitação por procuração particular, em razão de que, no casamento, as partes não comparecerão no ofício de Registro Civil apenas para a habilitação, manifestando sua vontade plena e sem vícios novamente no momento da celebração.

A adoção do regime de bens segue as mesmas normas da lei civil para o casamento, de modo que seus efeitos serão *ex nunc*, ou seja, independentemente do regime que orientou o relacionamento durante a relação convivencial, o casal poderá optar por qual regime irá vigor daquele momento em diante – desde que observado que, não sendo o regime legal da comunhão parcial de bens, deverá ser elaborado pacto antenupcial. Outro ponto a ser observado é que, havendo alguma das causas suspensivas para o casamento, será imposto o regime da separação obrigatória de bens.

No que se refere às causas suspensivas, uma dúvida que poderá ser levantada é referente às hipóteses do inciso II do art. 1.523 do Código Civil, que trata do casamento de maior de 70 (setenta) anos de idade. Isso porque há precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup> no sentido de que casamento precedido de longa união estável possibilita ao casal a eleição de regime de bens que não o da separação obrigatória (BRASIL, 2016).

---

Marcos Costa; BROCHADO, Tatiane Keunecke. União Estável e Habilitação de Casamento na nova lei 14382/2022 com @tatianekeuneckebrochado. [S.l.:s.n], 2022. Live ao vivo do instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Cfd4j-FLI7eg/>. Acesso em: 07 jul. 2022.

- 8 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. MATRIMÔNIO CONTRAÍDO POR PESSOA COM MAIS DE 60 ANOS. [...] 2. Afasta-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico. [...] (REsp n. 1.318.281/PE, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 1/12/2016, DJe de 7/12/2016).

Porém, com a alteração legislativa que encaminha o procedimento para a via extrajudicial, sem a necessidade de apresentação de prova documental pelos companheiros, questiona-se se o Oficial do Registro Civil procederá à conversão sem homologação judicial, ainda que o regime escolhido seja diferente da separação obrigatória, haja vista o período da união convivencial anterior possuir especial relevância nesses casos.

Outra indagação relevante que já está gerando debates diz respeito ao fato de que as normativas estaduais costumavam prever a possibilidade de constar a data de início da união estável no assento de conversão da união estável em casamento quando assim desejavam os nubentes, desde que com a apresentação de sentença judicial declaratória de união ou encaminhamento ao juiz para verificação da data de início do relacionamento. Todavia, a previsão na nova lei é no sentido de que “não constará do assento de casamento convertido a partir da união estável a data do início ou o período de duração desta, salvo no caso de prévio procedimento de certificação eletrônica de união estável realizado perante oficial de registro civil” (BRASIL, 2022).

Em que pese a nova legislação mencionar a existência de “procedimento de certificação eletrônica de união estável”, nada explica sobre como será levado a efeito. Portanto, o disposto no final do §6º do art. 70-A da destacada lei possibilitará interpretações pelos tribunais e por doutrinadores. Uma forma de resolver essa questão seria a manifestação da Associação dos Registrados de Pessoas Naturais (ARPEN) para definir o que seria essa possibilidade trazida pela norma.

Será necessário que haja alguma definição acerca do tema, pois certamente haverá casos em que os companheiros quererão que conste, expressamente, a data de início da união estável, sobretudo quando se tratar de longo relacionamento. A regra, no entanto, é de que essa informação não poderá constar no registro, pois é irrelevante para o casamento, que se iniciará naquele momento do registro. Rodrigo da Cunha Pereira (2001), ainda antes da publicação da nova legislação, destacava “que a data que deverá constar no registro do casamento é a do início da união, devendo as partes elaborarem um Pacto Antenupcial, com vistas à regulação dos efeitos patrimoniais e pessoais advindos do período em que viveram em união estável”.

Uma crítica importante quanto às alterações promovidas pela Lei n.º 14.382/2022 é que, ao ler a redação da nova legislação, em momento algum, houve referência à população LGBTQIAP+. Perde-se, com

isso, importante oportunidade de legislar sobre temas de valor inestimável para grande parte da população, como o procedimento de conversão da união estável em casamento para casais homossexuais, o registro de crianças intersexo e a alteração do prenome do transgênero quando da solicitação de alteração do gênero no registro (LIMA, 2022). Salienta-se que, no que tange ao procedimento de transformação da união convivencial em casamento, em que pese não tenha sido expresso, aplica-se igualmente aos casais homossexuais, como já previsto no Enunciado 526 das Jornadas de Direito Civil.<sup>9</sup>

Nesse contexto, embora ainda necessárias algumas reflexões sobre o disposto nos parágrafos do art. 70-A, é notório que, no que se refere ao tema, a Lei n.º 14.382/22 efetivou a padronização do procedimento de conversão da união estável em casamento, buscando realmente facilitar o rito, conforme determinado pelo §3º do art. 226 da Constituição Federal, pois definiu que o requerimento deverá ser realizado via extrajudicial – diferentemente do que prevê o Código Civil – e especificou as fases do rito detalhadamente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da Constituição Federal possibilitou o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a qual merece a proteção do Estado, de modo que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento. Destaca-se que essa previsão constitucional não deve ser interpretada como uma forma de hierarquizar as formas diversas de família, priorizando o matrimônio, mas como um meio de disponibilizar a cada casal uma forma mais simplificada de fazer a conversão, se assim escolherem.

O art. 8º da Lei n.º 9.278/96, previu que o requerimento deveria ser realizado perante o Oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais, e o Código Civil, no art. 1.726, dispôs que o pedido deveria ser encaminhado ao juiz – sem especificar qual seria o juízo competente. Estando ambas as normas vigentes, houve discussão acerca de qual via seria a adequada para requerer a conversão. No ponto, o Superior Tribunal de Justiça, como visto, esclareceu que poderia ser realizado tanto pela via judicial quanto pela extrajudicial.

---

9 Enunciado 526 das Jornadas de Direito Civil: Art. 1.726: É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação.

Todavia, nenhum dos dispositivos legais esclarecia o procedimento a ser seguido, nem efetivamente facilitava a conversão da união convivencial para casamento, contrariando o preceito constitucional. Assim, cada ente da federação, através dos provimentos das corregedorias dos Tribunais de Justiça, passou a estabelecer de forma diferente como se daria o procedimento.

Por essa razão, a Lei n.º 14.382/22 (Sistema Eletrônico dos Registros Públicos), publicada em 28 de junho de 2022, acrescentou o art. 70-A na Lei n.º 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), dispondo mais detalhadamente o rito para alteração do tipo de relação vivenciado pelo casal, e esclarecendo que o requerimento deve ser realizado, em regra, pela via extrajudicial, diretamente ao Oficial do Registro Civil do domicílio das partes.

Entre as principais inovações do procedimento está o fato de que, embora a conversão tenha que observar o procedimento de habilitação, não necessitará da celebração do casamento; que não serão exigidas provas documentais para comprovação da união estável prévia; e que não deverá constar a data do início da união estável na averbação, tampouco o seu tempo de duração. Além disso, quanto ao regime de bens, os efeitos são *ex nunc*, de modo que o casal deverá definir o regime que passará a vigor no casamento, sem prejuízo daquele que orientava a união convivencial.

Portanto, após anos de insegurança jurídica quanto ao procedimento da conversão da união estável para casamento, e orientações diversas promovidas pelas corregedorias gerais dos Tribunais de Justiça de cada ente da federação, o acréscimo promovido pela Lei n.º 14.382/22 na Lei de Registros Públicos, que passou a prever esse rito, atende ao preceito constitucional que estabelecia a necessidade de facilitação desse procedimento, embora não se ignore a necessidade de maiores reflexões quanto alguns pontos ainda controvertidos ou não suficientemente esclarecidos.

## 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: 7 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal

. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm). Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. 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: 7 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022*. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a Lei nº 9.042, de 9 de maio de 1995, e dispositivos das Leis nºs 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de 2021, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Lei/L14382.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14382.htm). Acesso em: 8 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.685.937/RJ*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Distrito Federal, Diário de Justiça, 17 ago. 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602645132&dt\\_publicacao=22/08/2017](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602645132&dt_publicacao=22/08/2017). Acesso em: 9 jul. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.318.281/PE*. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. Distrito Federal, Diário de Justiça, 1 dez. 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201200713820&dt\\_publicacao=07/12/2016](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200713820&dt_publicacao=07/12/2016). Acesso em: 9 jul. 2022

CASSETTARI, Christiano (coord.); GAGLIARDI, Andreia Ruzzante; SALAROLI, Marcelo; CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. *Registro Civil das Pessoas Naturais*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LIMA, Márcia Fidelis. *Lei nº 14.382-2022 – Primeiras Reflexões Interdisciplinares do Registro Civil das Pessoas Naturais e o Direito das Famílias*. IBDFAM, 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1841/Lei+n%C2%BA+14>.

382-2022+%E2%80%93+Primeiras+Reflex%C3%B5es+Interdisciplinares+-do+Registro+Civil+das+Pessoas+Naturais+e+o+Direito+das+Fam%C3%ADlias. Acesso em: 7 jul. 2022.

LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 5: famílias*. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MADEIRA FILHO, Ibrahim Fleury de Camargo. *Conversão da união estável em casamento*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral de Justiça. *Provimento N° 001/2020*. Institui o novo texto da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul - CNNR. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2022/01/Consolidacao-Normativa-Notarial-Registral-2022-TEXT0-COMPILADO-25-01-2022.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

SALOMÃO, Marcos Costa; BROCHADO, Tatiane Keunecke. *União Estável e Habilitação de Casamento na nova lei 14.382/2022 com @tatianekeuneckebrochado*. [S.l.:s.n], 2022. Live ao vivo do instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Cfd4jFLI7eg/>. Acesso em: 7 jul. 2022

# A APRENDIZAGEM COMO FORMA DE COMBATE À EXPLORAÇÃO E TRABALHO INFANTIL NO CAMPO

Learning as a way to combat exploitation  
and child labor in the countryside

Maira Carolina Petry<sup>1</sup>

---

1 Maira Carolina Petry; Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; Bolsista de Iniciação Científica do CNPq, no Projeto Articulação Intersetorial para Proteção de Crianças e Adolescentes Contra a Violação de Direitos, coordenado pelo Prof. Dr. André Viana Custódio; integrante dos Grupos de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado à Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, coordenado pela Prof. Dra. Suzéte da Silva Reis, e Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens, vinculado à linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, coordenado pelo Prof. Dr. André Viana Custódio, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da Unisc. *E-mail*: mairapetry@mx2.unisc.br.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como tema as políticas públicas desenvolvidas para o combate à exploração e trabalho infantil no campo, e objetiva, em um primeiro momento, realizar uma abordagem acerca do trabalho infantil no meio rural, e após, verificar de que forma as políticas públicas são aplicadas nesse meio, se possuem eficácia e são adequadas para aquele espaço.

Nestes termos indaga-se: as políticas públicas voltadas ao combate à exploração e trabalho infantil no campo são eficazes e apropriadas? O método de abordagem utilizado é o dedutivo, uma vez que parte-se de uma verdade geral para algo específico, buscando-se a confirmação e a veracidade da ideia diretriz, que, neste caso, é o combate à exploração e ao trabalho infantil através de políticas públicas.

É de fundamental importância o estudo do tema, para que se verifique se as atuais políticas públicas são eficazes e atuam de forma a diminuir os números do trabalho infantil no Brasil, ou se, ao contrário disso, são necessárias novas políticas voltadas a este meio.

## DESENVOLVIMENTO

A proteção à criança, ao adolescente e ao jovem vem positivada, em um primeiro momento, na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 227, caput, a saber:

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. (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br>).

Face a essa proteção estabelecida na Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) está amparado no pilar da proteção integral, que está efetivado no artigo 1º do ECA, e, de acordo com a visão de Reis (2015, p. 21), baseia-se em fundamentos históricos, jurídico-constitucionais e estatutários.

“A teoria da proteção integral concentra o arcabouço doutrinário, legislativo e social que assegura a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes garantidos pela Constituição Federal e pelos documentos internacionais que tratam do tema.” (REIS, 2015, p. 52).

“A proteção integral constitui-se, portanto, numa teoria, pois comporta um conjunto de referenciais teóricos sólidos e que dão sustentação ao Direito da Criança e do Adolescente.” (REIS apud CUSTÓDIO, 2008, p. 34).

Nas palavras de Barros (2014, p. 105-106), a proteção integral compreende um conjunto de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente, devendo ser observado que estes, tratam-se de pessoas em desenvolvimento, devendo receber tratamento especial e com absoluta prioridade, este último conceito previsto no artigo 4º, parágrafo único, do ECA, a saber:

[...] Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990, <http://www.planalto.gov.br>).

Outrossim, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico, o Direito das Crianças e Adolescentes também é orientado através de princípios, dentre os quais, Maciel (2022, p. 120) destaca o princípio da prioridade absoluta e o princípio do superior interesse da criança e do adolescente ou do melhor interesse, que, chamados de macroprincípios, são aplicados de forma geral, em todas as situações em que se estiver discutindo o interesse de crianças e adolescentes.

Reis (2015, p. 45) destaca que “os princípios são mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, não existindo relações absolutas de precedência. A medida do seu cumprimento depende tanto das possibilidades reais quanto jurídicas.”

Ademais, além da proteção conferida às crianças e adolescentes, tanto a Constituição Federal, quanto o ECA, lhes referem como sujeitos de direitos, dentre os quais podem ser listados aqueles elencados no artigo 227 da CF (vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária).

No entanto, apesar de haver a previsão, tanto infra, como constitucional, de direitos inerentes às crianças, adolescentes e jovens, na prática, nem sempre eles são respeitados, e acabam sendo feridos das mais diversas formas possíveis, e uma delas, é o trabalho infantil, que é legalmente vedado.

“A Constituição da República estabelece no art. 7º, inciso XXXIII, que é proibido o “trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 10 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos”” (BARROS, 2014, p. 151).

Outrossim, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também trás algumas normas protetivas ao trabalho do adolescente nos artigos 62 a 69, dentre as quais pode-se destacar o horário especial para o exercício das atividades, a garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular, vedação ao trabalho realizado em local prejudicial à sua formação e desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, e em horários e locais que impeçam a frequência escolar (BRASIL, 1943, <http://www.planalto.gov.br>).

“Em linha de princípio, a vedação ao trabalho infantil tem a finalidade de evitar desgastes indesejados e prejudiciais à formação e à necessidade de escolarização do menor, guardando harmonia com a doutrina da proteção integral.” (MACIEL, 2022, p. 339).

A convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é signatário, foi aprovada pelo Decreto nº 3.597/2000, e trata das piores formas de trabalho infantil, que, por sua vez, estão listadas no anexo I do Decreto nº 6.481/2008, dentre as quais verificam-se várias atividades desenvolvidas no campo, como por exemplo o processo produtivo do fumo, algodão, sisal, cana-de-açúcar e abacaxi, e a colheita de cítricos, pimenta malagueta e semelhantes (BRASIL, 2008, <http://www.planalto.gov.br>).

No entanto, deve-se observar que o trabalho rural exercido por adolescente, equiparado ao trabalho urbano, é permitido, desde que se observadas as disposições legais e regulamentares. Porém, “várias atividades consideradas perigosas e insalubres que integram a Lista TIP, como atuação na lavoura do fumo, algodão, cana-de-açúcar, colheita de cítricos, trabalho em estábulos, currais sem condições adequadas de higienização ainda são exercidas por menores.” (MACIEL, 2022, p. 347).

Se verificados os números do trabalho infantil no Brasil e no mundo, percebe-se que o trabalho realizado no campo representa um

número bastante relevante, se considerarmos o número de pessoas que vivem no meio rural. Segundo o Relatório da OIT e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) de 2020, 160 milhões de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos estavam em situação de trabalho infantil, sendo que destes, 70,9% eram de trabalho na agricultura. De acordo com Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua) sobre Trabalho de Crianças e Adolescentes, realizada no ano de 2019, no Brasil, cerca de 1,768 milhão de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos trabalham no Brasil, dos quais 24,2% representam o trabalho infantil rural. (CRIANÇA LIVRE DE TRABALHO INFANTIL, 2022, <https://livrede-trabalho infantil.org.br>).

“Pela primeira vez em 20 anos, o progresso para acabar com o trabalho infantil estagnou, revertendo a tendência de queda anterior que viu a violação diminuir em 94 milhões entre 2000 e 2016. A pandemia claramente aumentou o risco de trabalho infantil, sobretudo devido ao acentuado aumento da pobreza e ao fechamento das escolas.” (CRIANÇA LIVRE DE TRABALHO INFANTIL, 2022, <https://livredetrabalho infantil.org.br>).

Ainda, de acordo com o Relatório anteriormente citado, descobriu-se que “o setor agrícola é responsável por 70% das crianças e dos adolescentes em situação de trabalho infantil (112 milhões), seguido por 20% no setor de serviços (31,4 milhões) e 10% na indústria (16,5 milhões). [...] A prevalência de trabalho infantil nas áreas rurais (14%) é quase três vezes maior do que nas áreas urbanas (5%).” (UNICEF BRASIL, 2021, <https://www.unicef.org>).

O trabalho infantil ainda é uma realidade que persiste em todo o mundo. Apesar dos esforços das organizações internacionais e nacionais que resultaram na redução no número de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil nas últimas décadas, os indicadores ainda são altos e demandam preocupação, na medida em que representam a violação dos direitos fundamentais. As campanhas e programas de prevenção e erradicação ainda não conseguiram erradicar o trabalho infantil, pois enquanto houver uma só criança em situação de trabalho, restará configurada uma afronta aos preceitos constitucionais e internacionais de proteção aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Para tanto, é preciso enfrentar as causas, bem como intervir de forma mais incisiva no combate ao trabalho infantil, pois as consequências e os danos são irreparáveis. (REIS, 2015, p. 63).

O trabalho infantil, em qualquer das suas formas, é prejudicial ao desenvolvimento das crianças e adolescentes. Além disso, reforça o ciclo intergeracional de pobreza, compromete a formação educacional e dificulta a inserção qualificada no mercado de trabalho na idade adequada (REIS apud UNICEF, 2011, p. 75).

É indiscutível que o trabalho infantil gera consequências negativas não só para a própria criança/adolescente, como à sua saúde, educação, desenvolvimento e futuro profissional, como também à sociedade, pois acaba impactando no mercado de trabalho e também na economia.

O ingresso precoce no mercado de trabalho traz sequelas e déficits, em termos educacionais, que não podem ser supridos ou recuperados mais tarde. Com isso, tem-se a continuidade do ciclo intergeracional de pobreza, pois as crianças e adolescentes em situação de trabalho acabam se afastando da escola ou comprometem o seu aprendizado e a sua formação, o que implica, posteriormente, no ingresso de forma precária no mercado de trabalho. (REIS, 2015, p. 89).

Considerando as consequências ocasionadas pelo trabalho infantil, e o dever do Estado de proteger as crianças e adolescentes, bem como de efetivar seus direitos, é sua obrigação também o desenvolvimento de políticas públicas de combate a este problema.

Reis conforme Leal (2003, p. 35) ressalta que “não basta a incorporação pelo texto constitucional, pois a Constituição jurídica apresenta um caráter meramente declaratório. É necessário haver uma conexão entre o texto normativo constitucional e a consciência coletiva que forma o conteúdo material”

Outrossim, “a conjugação dos princípios da dignidade humana, enquanto fundamento do Estado Democrático brasileiro, com os princípios que conformam o Direito da Criança e do Adolescente, apresenta-se como um dever de agir do Estado, no sentido de dar concretude aos direitos humanos e direitos fundamentais da população infanto-juvenil.” (REIS, 2015, p. 34).

As políticas públicas, enquanto componentes da atuação estatal, tem sido alvo de discussões e debates, tanto no espaço público, quanto no espaço acadêmico. Em razão do aumento considerável de demandas e de problemas sociais, muitas vezes as políticas públicas

ganham destaque nas arenas políticas e judiciárias, especialmente em decorrência do novo constitucionalismo surgido após a Segunda Guerra e em razão da força normativa dos textos constitucionais que passam a garantir os direitos sociais. (REIS, 2015, p. 189).

Nas palavras de Reis (2015, p. 189-190), a implementação de Políticas Públicas consiste na resolução de um problema, que, anteriormente, deve ser reconhecido e definido. No entanto, há uma dificuldade nesse reconhecimento e definição, que, por consequência, gera obstáculos no desenvolvimento de Políticas Públicas adequadas à resolução daquele problema.

Nesse sentido, a Lei nº 10.097/2000 alterou dispositivos da CLT inserindo a figura do aprendiz e do contrato de aprendizagem, e, em seu artigo 429, caput, determinando que “os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.” (BRASIL, 2000, <http://www.planalto.gov.br>).

“Trata-se de um contrato especial de trabalho com duração máxima de 2 anos sobre o qual incidirão direitos trabalhistas. O aprendiz portador de deficiência não está sujeito à idade máxima de 24 anos. É obrigatória anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, recolhimento de FGTS no valor de 2% sobre a remuneração, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica (art. 6º do Dec. n. 5.598/2005).” (MACIEL, 2022, p. 344).

Entretanto, apesar da aprendizagem ser uma política pública muito efetiva no combate ao trabalho infantil, quando se trata de crianças e adolescentes que vivem no meio rural não se pode dizer o mesmo, isto porque as atividades da aprendizagem se dão junto às empresas e centros de ensino, que quase na sua totalidade se localizam nos centros urbanos, requerendo que aquele que mora no campo tenha que empreender maior esforço para deslocar-se.

Além do mais, tendo o adolescente que se deslocar às cidades para desenvolver as atividades de jovem aprendiz, acaba que ele se afasta

do meio rural e vai perdendo o interesse pelo trabalho na agricultura, o que tem por consequência o grande número de jovens que migram para a cidade, ocasionando o êxodo rural, e deixando o campo um ambiente “envelhecido”, com seu desenvolvimento prejudicado, o que também origina problemas de cunho econômico e social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho infantil é um problema de nível mundial, que afeta diretamente as crianças e adolescentes, sua saúde, educação e perspectiva de futuro, e indiretamente a sociedade, que acaba por sofrer consequências de ordem econômica e social, e que representam um retrocesso à sociedade.

No entanto, apesar de não ser um problema recente, e haver um esforço do Estado, iniciativa privada e também da sociedade no seu combate, os avanços obtido com muito esforço durante anos, deram lugar a um retrocesso que é consequência de um longo período de Pandemia, que evidenciou as dificuldades já enfrentadas anteriormente.

O meio rural, apesar de não ser alvo de muitas políticas que visem combater o trabalho infantil, é um local em que há muita exploração do trabalho das crianças e adolescentes, apresentando uma série de atividades que expõem os menores a uma série de perigos, que põe sua saúde e desenvolvimento em risco.

Nesse sentido, a aprendizagem mostra-se como uma das políticas mais empregadas no âmbito do combate ao trabalho infantil, no entanto, em razão da forma com que ela se desenvolve, não tem uma aplicação adequada às crianças e adolescentes do meio rural, inclusive os afastando deste.

Desta forma, entende-se que se faz necessário o desenvolvimento de políticas públicas que sejam pensadas especificamente às crianças e adolescentes do meio rural, de forma a afastá-las do trabalho infantil e da exploração, mas alimentando a sua apreciação ao campo.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo; GARCIA, Leonardo de Medeiros; THOMÉ, Romeu. *Direito do Consumidor, Ambiental e ECA*: Coleção OAB. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6.481*, de 12 de junho de 2008. Regulamenta os artigos 3o, alínea “d”, e 4o da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm). Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [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: 25 jul. 2022.

BRASIL. *Lei 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 25 jul. 2022.

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 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l10097.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10097.htm). Acesso em: 25 jul. 2022.

CRIANÇA LIVRE DE TRABALHO INFANTIL. *Estatísticas*, 2021. Disponível em: [https://livedetrabalhoinfantil.org.br/trabalho-infantil/estatisticas/#:~:text=De%20acordo%20com%20os%20dados,3%20milh%C3%B5es\)%20nesta%20faixa%20et%C3%A1ria](https://livedetrabalhoinfantil.org.br/trabalho-infantil/estatisticas/#:~:text=De%20acordo%20com%20os%20dados,3%20milh%C3%B5es)%20nesta%20faixa%20et%C3%A1ria). Acesso em: 25 jul. 2022.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

REIS, Suzéte da Silva. *Ações e estratégias de políticas públicas para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil nos meios de comunicação no marco da*

*teoria da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente*, [2015]. Tese, (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015.

UNICEF. *Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo*, 10 de junho de 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: 25 jul. 2022.

# O TRABALHO INFANTIL NO BRASIL COMO UM REFLEXO DA DESIGUALDADE SOCIAL E UMA FORMA DE PERPETUAÇÃO DA SEGREGAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGROS NO BRASIL

Child labor in Brazil as a reflection of social inequality  
and a way of perpetuation of the segregation of  
black children and adolescents in Brazil

Andréa Silva Albas Cassionato<sup>1</sup>  
Celiena Santos Mânica<sup>2</sup>

- 
- 1 Doutoranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na área de concentração “Direitos sociais e políticas públicas”, na linha de pesquisa “Diversidade e Políticas Públicas”. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4275817652253513>. E-mail: [andreacassionato@yahoo.com](mailto:andreacassionato@yahoo.com).
  - 2 Doutoranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa Capes modalidade II. Graduada em Letras Português, Inglês e respectivas literaturas pela Universidade de Lajeado- UNIVATES. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9214577921444854>. E-mail: [manicacelienna@yahoo.com.br](mailto:manicacelienna@yahoo.com.br)

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata da situação de crianças e adolescentes negras, os quais, em razão de uma herança escravocrata, estão mais suscetíveis à exploração no trabalho. A problematização consiste na análise da situação em que o Brasil se encontra quando se trata de exploração infanto-juvenil no trabalho e a relação com a realidade social na qual crianças e adolescentes negros estão inseridos, apontando estratégias para o enfrentamento desta problemática. A hipótese é de que o histórico escravocrata e a ausência de políticas públicas que pensem ações para a população infanto-juvenil negra contribuem para a manutenção de uma realidade discriminatória e hostil. A pesquisa utilizará o método de abordagem dedutivo, que é a análise de tópicos específicos, para então entender o tema em geral, possibilitando um estudo sobre o trabalho infantil como reflexo da desigualdade social e de uma realidade segregacionista de crianças e adolescentes negros no Brasil, contribuindo para as políticas públicas correspondentes. Como técnica de pesquisa, se utilizará a pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será realizada nas seguintes bases de dados: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, Academia.edu, Google Acadêmico, Web of Science e Scielo. A pesquisa documental envolverá o levantamento de legislação no site do Planalto e documentos técnicos orientadores do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

## DESIGUALDADE SOCIAL E RACIAL NO BRASIL

A pobreza é um dos fatores que interferem diretamente na vida de crianças e adolescentes, e pode se desdobrar em diferentes aspectos, tais como a privação monetária, a privação no acesso aos serviços básicos e a alimentação deficitária, causando efeitos nocivos à evolução da infância e da adolescência e comprometendo diferentes aspectos do seu desenvolvimento. Essa violação ocorre em famílias de baixa renda e, ao desconsiderar esse aspecto, o Estado se furta de uma reflexão aprofundada sobre essa questão. “Há muitas maneiras de esquivar-se ao problema da pobreza, seja tratando o assunto como uma questão isolada, seja ignorando que a sociedade é dividida em classes” (SANTOS, 2013, p. 20).

Ao procurar formas de prover o próprio sustento ou ajudar na renda familiar, crianças e adolescentes negros enfrentam uma realidade

de exploração. A busca pelo trabalho, para este público, significa a sobrevivência e também marca a exclusão, pois eles têm sua infância usurpada e possivelmente serão revitimizados por um ciclo de exclusão dentro de um sistema que se valerá de sua força.

Além disso, o trabalho infantil se enraizou por ser uma problemática cultural. O mito de que trabalhar molda o caráter acompanha gerações e incentiva famílias a obrigarem crianças e adolescentes a participarem das práticas laborais, negligenciando sua infância.

No caso de crianças e adolescentes negros, existe outro fator que contribui para que essa exploração seja ainda mais perversa: o de que o país ainda carrega reflexos da escravidão. A história do Brasil oferece muitos exemplos de atrocidades sofridas por jovens negros: “os filhos dos escravos faziam pequenos trabalhos e serviam de montaria nos brinquedos dos sinhozinhos. Na rua, trabalhavam para os senhores ou eram por eles alugados [...]” (CARVALHO, 2002, p. 20). Esse modelo de dominação ainda se perpetua na sociedade brasileira, mas com novas facetas.

O racismo moderno é diferente, uma concepção mais viciosamente sistemática de inferioridade intrínseca e natural, que surgiu no final do século XVII ou início do século XVIII, e culminou no século XIX, quando adquiriu o reforço pseudo-científico de teorias biológicas de raça, e continuou a servir como apoio ideológico para opressão colonial mesmo depois da abolição da escravidão. (WOOD, 2011, p. 230)

A segregação e opressão provenientes do momento escravocrata ainda permanecem, pois a população negra não alcançou o mesmo lugar que a população branca quando se trata de acesso à direitos sociais, uma vez que o Estado negligencia as necessidades da população negra e não investe em políticas públicas socialmente inclusivas. Por diferentes formas, o racismo e a exclusão se infiltram, inclusive “o racismo constitui todo um complexo imaginário social que a todo momento é reforçado pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e pelo sistema educacional” (ALMEIDA, 2019, p. 45).

Assim, grupos distintos se formam, os quais não se integram e, por vezes, não se enxergam como pertencentes a um mesmo conjunto, o que enfraquece a noção de comunidade.

Não é de se admirar que a desigualdade separe as pessoas. Diante dos sentimentos de superioridade e inferioridade invocados nos indivíduos pertencentes a sociedades com altos níveis de desigualdade, há uma tendência, com raízes culturais, a uma maior aproximação entre indivíduos da mesma classe social, da mesma cor e, até mesmo, do mesmo gênero. É difícil encontrar, em nações muito desiguais, grupos de amigos diversos, formados por ricos e pobres, negros e brancos, mulheres e homens. (COSTA e SILVA, 2020, p. 19)

Sem a criação do vínculo, as demandas da população negra são colocadas em planos inferiores, não adquirindo o mesmo grau de importância que as necessidades da população branca. Dessa forma, essa população permanece prejudicada posto que a “privação de liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade” (SEN, 2010, p. 17).

As exclusões mais graves são as que resultam da linha abissal que separa a humanidade em dois grupos, um grupo constituído pelos seres plenamente humanos, dotados de toda a dignidade humana, e os seres sub-humanos, ontologicamente inferiores, populações descartáveis. A linha abissal estabelece e separa duas formas de sociabilidade incommunicáveis, a sociabilidade metropolitana dos seres plenamente humanos e a sociabilidade colonial dos seres sub-humanos. (SANTOS, 2021, p. 149)

A criança e o adolescente brasileiro estão protegidos pelo princípio da prioridade absoluta, estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em conformidade com a Constituição Federal de 1988. São sujeitos de direitos que têm assegurado juridicamente o direito de viver em um ambiente saudável e equilibrado, de forma que possam estar bem emocionalmente. Porém, grande parcela da população negra vive na marginalidade e enfrenta inúmeros obstáculos por viver em espaços carentes de infraestrutura.

Em condições precárias e sem ferramentas para mudar esse paradigma, sem o básico para alcançarem uma vida digna, crianças e adolescentes vendem sua força de trabalho e abandonam sua infância, assumindo uma posição de explorados.

## PANORAMA DO TRABALHO INFANTIL

Preliminarmente, faz-se necessário construir o conceito de trabalho infantil partindo-se do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e detentores de proteção integral em face de sua condição peculiar de ser humano ainda em desenvolvimento, conforme preconiza o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, a Constituição Federal estabeleceu o limite etário como critério de proteção infantojuvenil contra o trabalho infantil. O artigo 7º, inciso XXXIII, fixou como idade mínima para o trabalho 14 anos, sendo que dos 14 aos 16 somente é permitido o trabalho na situação de aprendiz. Manteve-se, ainda, a proibição de qualquer espécie de trabalho se noturno, perigoso ou insalubre até a idade de 18 anos.

O critério etário e as proibições foram mantidas pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, diferenciando-se apenas no que diz respeito a regulamentação referente a aprendizagem. Nela o legislador reproduziu os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e a idade mínima para o trabalho, com regras específicas quanto à aprendizagem no Capítulo V, denominado “Do Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho”, que integra o Título II, que trata dos direitos fundamentais.

Considerando o critério etário, a ausência ou a baixa remuneração característica do trabalho infantojuvenil, ou, ainda, a troca de sua mão de obra por itens imprescindíveis para subsistência própria e familiar, e as jornadas de trabalho excessivas e em diversas atividades (CUSTÓDIO e MOREIRA, 2014, p. 02), conclui-se que: trabalho infantil é qualquer espécie de trabalho, que envolve atividade econômica ou de sobrevivência (REIS, 2015, p. 65), exercido por criança ou por adolescente com idade inferior a 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos de idade, bem como o trabalho noturno, perigoso ou insalubre quando exercido por adolescente até 18 anos de idade.

Destaca-se o Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008 que aprovou a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, conhecida como Lista TIP, que enumerou 93 atividades práticas em diversos ambientes, sendo todas prejudiciais à saúde, à segurança e a moralidade da criança e do adolescente.

Nesse contexto, o trabalho infantil é uma espécie de violação de direitos e apresenta-se como uma realidade social que atinge de maneira importante a população infanto-juvenil negra no Brasil.

A pesquisa mais recente sobre o tema aponta que, no ano de 2019, existiam 1.768.000 de crianças com idade entre 5 e 17 anos em situação de trabalho infantil, sendo que desse total 66,1% são de pessoas pretas ou pardas (IBGE, 2020, p. 2-3).

Por cor ou raça, o percentual de pessoas de cor branca em situação de trabalho infantil era inferior (32,8%) à estimativa da população branca desse grupo etário (38,4%); contudo o mesmo não se repetia para aqueles de cor preta ou parda – dada a maior concentração de pessoas dessa cor ou raça em situação de trabalho infantil (66,1%), *vis a vis* a proporção de pretos ou pardos na população (60,8%). (IBGE, 2020, p. 3)

Ou seja, sobre o trabalho infantil, considerando-o uma espécie de violação de direitos, há grande influência da desigualdade social e racial no Brasil. Assim, a fim de operacionalizar a proteção integral de crianças e adolescentes o artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente a obrigação do Estado de promover “[...] um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” (BRASIL, 1990). Para isso, foi elaborado o Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes, que “[...] pode ser compreendido em dimensões estruturantes das políticas públicas de atendimento, proteção e justiça que articuladas com a família e comunidade visam dar maior efetividade e controle social das políticas” (CUSTÓDIO e SOUZA, 2022, p. 16).

No entanto, quando se trata da proteção de crianças e adolescentes negros contra o trabalho infantil é reconhecida uma prioridade na prioridade: a prioridade absoluta em relação à garantia de direitos fundamentais de crianças e adolescentes associada ao dever do Estado de investir em políticas públicas destinadas à categoria étnico-racial em situação de desvantagem política e socioeconômica. Referida obrigação é originada da ratificação à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, à qual o Brasil é signatário (LIMA e VERONESE, 2012, p. 74).

Diante disso, para elaboração de políticas públicas de qualidade que visam erradicar o trabalho infantil da população infantojuvenil negra é imprescindível a realização de diagnósticos locais a fim de identificar onde estão esses trabalhadores e quais as causas da violação de seu direito. Identificadas as causas, deverão ser elaboradas ações voltadas a suprir

suas necessidades, através de campanhas de conscientização e ações voltadas a atender os trabalhadores infantojuvenis e seus familiares, afastando-os da situação de risco.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desigualdade social e racial no Brasil é uma realidade refletida na violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes negros. A grande incidência de trabalho infantil que vitimiza essa parte da população infantojuvenil comprova que são necessárias ações emergenciais voltadas a erradicação dessa espécie de violação.

Para isso, a atuação do Estado, como um dos responsáveis pela proteção integral de crianças e adolescentes, é primordial, tanto para financiar políticas públicas quanto para proporcionar meios de identificar quais são as causas do grande número de crianças e adolescentes negros em situação de trabalho infantil. Essa é a maneira mais eficaz para elaboração de ações de qualidade capazes de afastar os trabalhadores infantojuvenis negros e suas famílias da situação de risco que vivenciam.

Os índices demonstram que existe uma cruel realidade para a população negra no Brasil, o que os torna alvos fáceis diante de uma cultura de exclusão e de um mercado predatório, pois estão expostos a toda essa conjuntura. É necessário que se elaborem propostas de ação com o objetivo de reconhecer os problemas e tratar as causas, para que estratégias sejam formuladas de maneira acurada.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [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: 02 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008*. Trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 jun. 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm). Acesso em: 02 de jul. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html). Acesso em: 02 de jul. 2022.

BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.435 de 6 de julho de 2011*. Dispõe sobre a Organização da Assistência Social. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 6 jul. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm). Acesso em: 02 jul. 2022.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *A caracterização dos danos decorrentes do trabalho infantil*. In Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea - VII Mostra de Trabalhos Científicos Jurídicos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. Disponível em: <https://online.un-isc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11791/1643>. Acesso em: 15 jun. 2022.

CUSTÓDIO, André Viana; SOUZA, Ismael Francisco de. *Fundamentos do Sistema de Garantias de Direitos no contexto das políticas sociais públicas para crianças e adolescentes*. In Sistema de garantias de direitos [livro eletrônico]: proteção fundamental para crianças, adolescentes e jovens. CUSTÓDIO, André Viana e SOUZA, Ismael Francisco de (org.). Criciúma, SC: Editora Belcanto, 2022. Disponível em: [https://www.academia.edu/670853-34/Sistema\\_de\\_Garantias\\_de\\_Direitos](https://www.academia.edu/670853-34/Sistema_de_Garantias_de_Direitos). Acesso em: 04 jun. 2022.

COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; SILVA, Matheus Arcelo Fernandes (org.). *Desigualdade para inconformados: dimensões e enfrentamentos das desigualdades no Brasil*. Porto Alegre: Cegov, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. *Trabalho de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade. 2016-219. PNDA Contínua*. IBGE, 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101777\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101777_informativo.pdf). Acesso em: 07 jul. 2022.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequen-ce=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 jun. 2022.

REIS, Suzete da Silva. *Ações e estratégias de políticas públicas para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil nos meios de comunicação no marco da teoria da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/831/1/Suzete-Tese%20vers%c3%a3o%20final.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O futuro começa agora*. Da pandemia à utopia. São Paulo: Boitempo, 2021.

SANTOS, Milton. *Pobreza Urbana*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra o capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. Paulo Cezar Castanheira (trad.). São Paulo: Boitempo, 2011.



# LIMITES OBJETIVOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA

Objective limits of arbitration in Family Law

Fernanda Rosa Coelho<sup>1</sup>  
Dáley Azevedo de Castro Eleuthério<sup>2</sup>

- 
- 1 Advogada. Mestranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Especialista Direito Processual Civil pelo Curso CEI. Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao PPGD da FMP, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Integrante do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao PPGD da FMP, sob coordenação do Prof. Dr. Handel Martins Dias. Integrante do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC), vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), sob coordenação do Prof. Dr. Dr. Hermes Zaneti Júnior. E-mail: fernanda@conradopaulinoadv.com.br
  - 2 Advogada. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pós-graduanda em Advocacia Cível pela ESA/FMP. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao PPGD da FMP, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: dalety@dcastradvocacia.com.

## INTRODUÇÃO

Após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o sistema de justiça multiportas ganhou ainda mais evidência e o estímulo para a solução consensual de conflitos restou positivada no art. 3º, §§ 2º e 3º, do diploma processual. O mesmo artigo, no § 1º, permite a arbitragem, na forma da lei. Muito utilizada no ramo empresarial, para tratar de relações comerciais e no direito internacional, a arbitragem ainda é pouco explorada em diversas áreas do direito, havendo, assim, margem para uma maior aplicação desse meio de resolução de conflitos. Dentre os ramos ainda refratários à arbitragem está o direito de família. Um dos motivos para isso é a limitação legal do uso da arbitragem, especialmente por ser restrita aos litígios de caráter patrimonial. Não obstante a grande carga existencial que os conflitos de família trazem, entende-se que a arbitragem encontra espaço na tutela desses direitos.

Nesse cenário, a presente pesquisa busca examinar quais os conflitos originados das relações familiares podem ser submetidos à arbitragem, ou seja, quais os limites objetivos da arbitragem no direito de família, a partir de um juízo de adequação e pertinência da técnica à tutela desses direitos. A relevância acadêmica que reforça o escopo do estudo é que o uso da arbitragem no direito de família é um tema pouco estudado na área do direito, mas que tem suscitado discussões. Isso, ao mesmo tempo, se revela como um mérito, pela novidade, e uma dificuldade, pelo incipiente debate acadêmico sobre o assunto. Ainda, a relevância social da discussão se dá pela priorização da autonomia da vontade das partes e das vantagens que a arbitragem apresenta ao direito de família, como a especialidade do julgador e a celeridade da decisão.

Para abordar o tema, inicialmente, traça-se algumas linhas gerais sobre arbitragem, buscando dar um panorama geral ao instituto, para então indicar a possibilidade de sua aplicação especificamente no direito de família. O estudo, então, segue com a delimitação objetiva da arbitragem nesse ramo do direito. Destaca-se, inicialmente, sua pertinência para partilhas de bens complexas, exemplificadas pelas decorrentes de ruptura de relação afetiva norteada pelo regime da participação final nos aquestos, pela partilha de cotas sociais empresariais e de direitos agrários. Em seguida, abordar-se a arbitrabilidade da fixação de pensão alimentícia entre cônjuges, encerrando com uma reflexão acerca da pertinência de incluir na jurisdição arbitral a possibilidade de decretação do divórcio ou reconhecimento e dissolução de união estável.

A metodologia da presente pesquisa tem como abordagem o método dedutivo, em que se parte da análise geral da arbitragem, com ênfase em sua aplicação nos litígios familiares, buscando-se chegar na definição dos limites objetivos da arbitragem no direito de família, ou seja, quais os conflitos dessa área podem ser dirimidos no juízo arbitral. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica, a partir de revisão da doutrina e legislação.

## **LINHAS GERAIS SOBRE ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA**

A arbitragem, assim como a jurisdição estatal, é uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. A heterocomposição na arbitragem decorre de as partes capazes, de comum acordo, estabelecerem que um terceiro ou colegiado terá poderes para solucionar o litígio, sem a interferência do Poder Judiciário (CAHALI, 2022). Expressamente mencionada no Código de Processo Civil vigente, a arbitragem é regulada desde 1996, pela Lei n. 9.307, atualizada pela Lei n. 13.129/2015.

Trata-se de meio heterocompositivo de resolução de conflitos que se dá “através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial” (CARMONA, 2009, p. 31). É, ainda, um “mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes” (CARMONA, 2009, p. 31). Daqui já se extraem algumas características que a distinguem sobremaneira de outros métodos de resolução de conflitos, especialmente a mediação e conciliação: é meio heterocompositivo e impositivo, que resulta em um título executivo judicial, tendo, portanto, a mesma eficácia que uma sentença judicial.

De forma sucinta, duas são as maiores vantagens dessa técnica, sobretudo em comparação ao processo judicial, igualmente heterocompositivo: a celeridade e a especialidade. Diferentemente do juiz togado, o árbitro pode ser um técnico e especialista na matéria controversa, o que pode economizar tempo e dinheiro, visto que esclarecimentos elementares e preliminares podem ser desnecessários, dispensando, eventualmente, a contratação de perito (LEMES, 1997). Portanto, a expectativa acerca da qualidade dos árbitros é alta, já que, sendo especialistas, espera-se sempre uma decisão de ótimo padrão (CARMONA, 2011).

Uma das grandes desvantagens do procedimento arbitral, talvez a maior, é o custo. À guisa de exemplo, os valores necessários para iniciar um procedimento arbitral no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC) variam de R\$ 99.000,00 a R\$ 280.800,00 caso opte-se por um árbitro único e R\$ 165.500,00 a R\$ 510.300,00 no caso de Tribunal Arbitral composto por três árbitros (BACK, 2018). Embora o valor da controvérsia não seja um requisito legal, no cenário atual ele deve ser considerado para a opção ou não pelo procedimento arbitral.

Nos termos do art. 1º da Lei n. 9.307/96, podem se submeter à arbitragem pessoas capazes (físicas ou jurídicas) e a administração pública (direta e indireta), para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Além disso, o art. 851 do Código Civil admite o compromisso judicial e extrajudicial para resolver litígios entre pessoas que podem contratar, ou seja, exige capacidade de fato. No artigo seguinte, porém, há a limitação de que este compromisso não verse sobre questões de estado, de direito pessoal de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Tem-se, aqui, a chamada arbitrabilidade subjetiva (quem pode se utilizar da arbitragem) e objetiva (o que pode ser levado à arbitragem).

Dado esse panorama geral, percebe-se que não há uma vedação de adoção da arbitragem nos litígios de família, por mais peculiares que tais questões possam ser. Em verdade, respeitados os limites legais, de caráter subjetivo e objetivo, todo e qualquer ramo do direito é arbitrável. No direito de família, a convenção de arbitragem pode ser celebrada previamente, com a inserção de cláusula compromissória em pacto antenupcial ou contrato de convivência, na linha do que propõe o Enunciado 96 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios<sup>3</sup>. Na falta dessa providência, nada impede que seja celebrado compromisso arbitral no bojo de uma ação judicial litigiosa, no pedido de homologação judicial de acordo ou, até mesmo, na escritura pública de divórcio (DELGADO, 2022). Por certo que, dada a limitação objetiva da arbitragem, tal previsão não abrangeria as questões da vida da prole, como guarda e convivência, tampouco a decretação do divórcio em si e eventual alteração de nome de uma das partes

---

3 Conforme o enunciado, “É válida a inserção da cláusula compromissória em pacto antenupcial e em contrato de união estável. Justificativa: É plenamente válida e eficaz a inserção da cláusula compromissória no pacto antenupcial ou no contrato de união estável, desde que tenha por objeto direitos patrimoniais disponíveis, compatibilizando-se, assim, o art. 1º da LArb com o art. 104 do CC, no que tange à licitude do objeto como requisito geral de validade dos negócios jurídicos”.

(questões de estado). No entanto, a partilha, por exemplo, poderia tranquilamente ser levada ao juízo arbitral, ainda que as demais questões tenham sido dirimidas no juízo estatal ou em serventias extrajudiciais<sup>4</sup>.

É bem de ver que o direito de família tem caminhado a passos largos para uma maior contratualização e, conseqüentemente, patrimonialização. As principais demandas submetidas às varas de família têm conteúdo notadamente patrimonial, ainda quando veiculadas nas chamadas “ações de estado” ou travestidas de caracteres pessoais e afetivos (DELGADO, 2022). Essa tendência de privatização e contratualização das relações afetivas “permite que as pessoas estabeleçam as próprias regras de convivência, evitando-se, assim, intervenções injustificadas e desnecessárias, salvaguardando-se o intervencionismo para situações patológicas” (MULTEDO, 2017, p. 235). Entende-se que, muito embora o campo arbitrável no direito de família seja mais restrito que em outras áreas, a arbitragem pode ser um instrumento útil e relevante para questões patrimoniais complexas advindas das relações familiares, que gozam de tanta relevância quanto àquelas que envolvem questões mais sensíveis, motivo pelo qual negligenciar o estudo desse campo representa a perda da possibilidade de evolução e aprimoramento da tutela jurisdicional do direito de família.

## ARBITRABILIDADE DE PARTILHAS DE BENS COMPLEXAS

A complexidade e a expressão econômica da partilha de bens, em determinados casos, pode ser grande motivador para a adoção do juízo arbitral pelas partes. É verdade que tais situações podem não ser a maioria na realidade brasileira, mas a arbitragem, igualmente, é um mecanismo específico, peculiar, que atuaria “sob medida” para o caso ali tutelado. Tem-se, então, uma combinação de matéria complexa e/ou valiosa com um procedimento flexível e especializado, que dão margem a plena aplicação da arbitragem nessas partilhas de bens.

---

4 Sobre o ponto, interessante a previsão do art. 619-C, § 6º da Consolidação Normativa e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul (CNNR-CGJ/RS) que possibilita a lavratura de escritura pública de separação judicial em divórcio, inclusive com partilha de bens, mesmo que existam filhos menores ou incapazes, desde as providências em relação à prole tenham sido tomadas judicialmente. Tal dispositivo tem sido aplicado para possibilitar a partilha extrajudicial após a homologação de acordo judicial sobre as questões dos filhos, de modo que entende-se ser possível a aplicação da mesma lógica para o juízo arbitral, especialmente nos casos de litígio entre as partes, o que afastaria a via extrajudicial.

O regime de bens que mais suscita dúvidas, não apenas entre os nubentes ou companheiros, mas também nos próprios operadores do direito, é o regime da participação final nos aquestos. Em síntese, nesse regime, durante a relação, cada cônjuge ou companheiro possui seu próprio patrimônio e é responsável pela sua administração, podendo, inclusive, dele dispor como melhor lhe aprouver. Ao findar a união, os bens adquiridos durante o período de convivência se tornam comuns ao casal e serão partilhados na proporção de metade para cada um (ROSA, 2021). Grosso modo, durante a convivência, a relação fica submetida às regras da separação convencional de bens; porém, no momento da dissolução, incidem as normas atinentes à comunhão parcial, comunicando-se os bens adquiridos onerosamente por cada um durante a constância da união (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Os bens partilháveis apenas são apurados com dissolução da relação, a partir de uma reconstituição contábil dos aquestos, por meio do qual “levanta-se o acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges no período de vigência do casamento. Efetua-se uma espécie de balanço, e aquele que se houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado” (PEREIRA, 2004, p. 229). A apuração do valor partilhável reclama, nesse regime, a realização de um balanço contábil e financeiro para cálculo dos bens adquiridos onerosamente durante a relação e as respectivas dívidas. Assim, embora o regime de participação final nos aquestos goze de grande equilíbrio e ponderação econômica, traz consigo uma notável complexidade na identificação e apuração da meação, exigindo, não raro, cálculos complexos e perícias demoradas (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

É fácil antever as inúmeras dificuldades que se farão registrar com morosas prestações de contas e procedimentos judiciais declarando comunicáveis despesas lançadas pelo cônjuge titular do patrimônio que lhe era próprio, mas que restaram em comum pelo anúncio oficial da separação, tornando-se devedor da sociedade matrimonial (MADALENO, 2003). Levantar uma partilha dessa complexidade ao Judiciário, considerando a expressiva quantidade de incidentes e recursos dela originados, pode ser tortuoso diante da morosidade judicial (RODRIGUES, 2000). Justamente por isso, a especialidade e celeridade da arbitragem seriam muito bem-vindas.

Outra situação que exige um grau acentuado de especialidade é a partilha de cotas sociais empresariais. Em regra, para avaliar o valor efetivo de uma empresa, sobretudo no âmbito judicial, se faz necessária a apuração de haveres, que consiste, fundamentalmente, na verificação

do valor da participação societária do sócio que se afasta da sociedade, ou que é afastado desta, visando a conversão do direito patrimonial em prestação pecuniária exigível (FONSECA, 2002). A dicção do parágrafo único do art. 600 do diploma processual civil permite ao cônjuge ou companheiro do sócio cuja relação terminou, requerer a apuração de seus haveres da sociedade, sendo que ele não pode exigir desde logo a parte que lhe cabe na quota social, mas concorre à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade (CC, art. 1.027). Nessa situação, o sócio não se retira da sociedade, de modo que não há uma dissolução parcial, mas, ao revés, a apuração de haveres para que possa ser mensurada a meação do cônjuge ou companheiro, que liquidará ou compensará o valor levantado em balanço de determinação (MADALENO, 2017).

Finalmente, sem prejuízo de outras situações complexas de partilha que podem se adequar à arbitragem, imagina-se a partilha relativa a direitos agrários, como grandes fazendas, plantações e criação de animais para pecuária. O agronegócio representa cerca de 36% do total de exportações do Brasil. No ano de 2019, a soma de bens e serviços gerados no setor chegou a R\$ 1,55 trilhões, que corresponde a 21,4% do PIB brasileiro (CNA, 2019). Os produtores, porém, se ressentem de a normatização do setor ser antiquada e não espelhar a nova realidade da cadeia produtiva do agronegócio, aperfeiçoada e profissionalizada. Com isso, emerge um direito consuetudinário, em que o próprio setor acaba criando cláusulas contratuais que regulem os desdobramentos recorrentes do atual perfil de produção. O Poder Judiciário, porém, alheio a tais especificidades, em regra norteia seus julgados no balizamento legal, o que reforça o descontentamento do setor com a tutela estatal (MARTINS; FERREIRA, 2019). Se nos exemplos anteriores a especialidade era um diferencial, aqui parece ser indispensável para a adequada definição da partilha. Além disso, mais gravosa ainda é a morosidade judicial, uma vez que em grande parte dos casos trata-se de bens de alto valor, porém perecíveis e sazonais, como as plantações.

Em todos esses casos, embora o valor para instauração do procedimento arbitral possa parecer desencorajador no início, considerando os benefícios, dentre outros, da celeridade e a especialidade, a escolha arbitral pode ser muito vantajosa (CAHALI, 2022). Se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos da prestação jurisdicional. Primeiro, por não se submeter à rigidez dos processos judiciais e aos infundáveis recursos a instâncias superiores, razão da agilidade com que a arbitragem é concluída. Ainda, os árbitros contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com

rapidez, considerando também serem especialistas no assunto em litígio (PUGLIESE; SALAMA, 2008).

## **ARBITRABILIDADE DE ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES OU COMPANHEIROS**

Embora não necessite, *a priori*, da mesma especialidade que os exemplos postos nas partilhas de bens complexas, não é raro que junto dela sejam discutidos também a fixação de alimentos entre cônjuges e companheiros. Pensando nos casos de partilha de cotas sociais ou de direitos agrários, é muito comum que uma pessoa do casal (geralmente a mulher) se afaste das atividades laborais para cuidar dos afazeres domésticos, criação dos filhos e todo o suporte emocional que o outro precisou para levar o negócio da família (empresarial ou agronegócio) ao sucesso. Assim, é importante examinar a possibilidade de submeter essa questão também ao juízo arbitral.

O direito a alimentos é direito personalíssimo, originário no respeito à dignidade da pessoa humana e na solidariedade afetiva familiar (SANTOS, 2013). Mesmo sendo indisponível o direito a alimentos, seu valor tem nítido caráter patrimonial. Segundo Francisco Cahali, o efeito patrimonial da obrigação alimentar, e não o reconhecimento do direito de recebê-la ou a obrigação de pagá-la, é matéria que pode ser objeto de arbitragem. O direito a alimentos é indisponível, mas o *quantum* pode ser transacionado e arbitrado (CAHALI, 2022). Arbitrar-se o *quantum* dos alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros é o mais aceito (SANTOS, 2013). Questiona-se se seria possível submeter à arbitragem o reconhecimento do direito de receber alimentos e a obrigação de pagá-lo.

Mesmo tratando-se de conflito típico de Direito de Família, desde que haja a compreensão patrimonial do direito em litígio, é possível a utilização da arbitragem. A compreensão patrimonial de um direito abre a oportunidade de negociá-lo, possibilitando submetê-lo a arbitragem (GONÇALVES, 2017). Eduardo Talamini (2017) defende que o direito tem interesse patrimonial não somente quando se reveste diretamente de valor econômico, mas que a patrimonialidade é configurada pela possibilidade de o inadimplemento ou lesão ser reparado, neutralizado ou compensado por medidas de conteúdo econômico.

Diante do que estabelece a lei, não é possível renunciar o direito a alimentos em pacto antenupcial, em caso de divórcio, porém, encerrado o casamento ou a união estável, é aceitável o não exercício deste direito

(CC, art. 1.707). Aliás, conforme o Enunciado 263, aprovado durante a III Jornada de Direito Civil, o art. 1.707 do Código Civil não impede o reconhecimento válido e eficaz da renúncia manifestada com o fim da relação afetiva (por divórcio ou por dissolução da união estável), de modo que “a irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de direito de família”. Por haver a permissão do não exercício do direito aos alimentos, que em última análise tem efeitos semelhantes à renúncia, grau máximo de exercício de um direito, entende-se ser possível submeter à arbitragem a análise do reconhecimento do direito de recebê-lo e a obrigação de pagá-lo, frisa-se, somente entre ex-cônjuges e ex-companheiros.

Destaca-se que situação diferente ocorre com os filhos. O motivo de excluir-se da arbitragem os direitos disponíveis de natureza patrimonial dos filhos tem sua justificativa na incapacidade civil absoluta ou relativa da criança ou do adolescente, respectivamente, para firmar a cláusula compromissória. Mesmo que representado ou assistido legalmente, trata-se de um negócio jurídico bilateral que extrapola os poderes atribuídos aos pais pelo artigo 1.689 do Código Civil, pois ultrapassa os limites da simples administração (SANTOS, 2013). Essa possibilidade, portanto, esbarraria nos limites de arbitrabilidade subjetivos, dada a incapacidade dos titulares do direito.

Por fim, vale uma última reflexão sobre o tema, à guisa de contribuição para o incremento da arbitrabilidade do direito de família. O Código de Processo Civil autoriza que o divórcio, a separação e a dissolução da união estável consensual sejam realizadas pela via administrativa, quando não houver interesse de incapaz envolvido (CPC, art. 733). Atualmente, este procedimento pode ser realizado até mesmo de forma remota, de acordo com o Provimento 100/2000 do Conselho Nacional de Justiça. A questão que se levanta, neste íterim, é se seria interessante o decreto do divórcio na via da arbitragem. Em ambos os casos, as partes são capazes, não há interferência do Ministério Público ou juiz e não há interesse de filhos crianças ou adolescentes. A diferença que pode ser sinalizada entre os dois procedimentos é o consenso: enquanto o divórcio extrajudicial tem como requisito o consenso entre as partes sobre toda a matéria discutida, a arbitragem exige apenas o consenso pela escolha da via arbitral, sendo a decisão do árbitro substitutiva das partes.

Pode-se concluir que o mais acertado é incluir a possibilidade da utilização do juízo arbitral no desfazimento dos vínculos jurídicos instituídos a partir do casamento e nas relações a ele equiparadas, excluídos

interesses de incapazes (RUIZ; PATTO, 2009). Não obstante, por ora, dada a expressa vedação legal quanto à arbitrabilidade de questões de estado, a decretação do divórcio ou de reconhecimento e dissolução de união estável no juízo arbitral é inviável, em que pese fosse de todo interessante, especialmente nos casos em que não houvesse filhos menores e o debate abrangesse outras questões patrimoniais, como as aqui indicadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A arbitragem é um meio jurisdicional e heterocompositivo de resolução de conflitos, que tem, dentre suas vantagens, a especialidade dos árbitros para julgar os conflitos a ele submetidos e a celeridade do seu procedimento, aspectos que se sobressaem em comparação à tutela dada pelo Poder Judiciário. Como ocorre com os demais meios de resolução de conflitos, a submissão ou não de um conflito ao juízo arbitral deve ser ponderado a partir de um juízo de adequação e pertinência da técnica à tutela desses direitos. Nesse sentido, tem-se que a via arbitral pode ser sim um bom instrumento de tutela para determinadas situações no direito de família. Sobre esse aspecto, deve-se ter em mente os limites objetivos da arbitragem, que restringem, nesse particular, a tutela aos direitos patrimoniais decorrentes das relações familiares. Tal restrição, no entanto, não serve de pretexto para desvalorizar o uso da arbitragem em situações específicas.

Entende-se que a via arbitral seria mais adequada que a tutela estatal nos litígios que versem sobre partilhas de bens complexas, exemplificadas pelas decorrentes de ruptura de relação afetiva norteadas pelo regime da participação final nos aquestos, pela partilha de cotas sociais empresariais e de direitos agrários, como grandes fazendas, plantações e criação de animais para pecuária. Nesses casos, a possibilidade de contar com árbitros especializados para melhor avaliar os bens amealhados e determinar o valor da meação, bem como a celeridade do procedimento, seriam aspectos que emprestariam à tutela arbitral um grau maior de pertinência do que a tutela estatal.

Ainda, é possível a fixação de pensão alimentícia entre cônjuges no juízo arbitral, sendo essa uma questão que, não raro, acompanha as partilhas de bens complexas e poderia ser junto dela julgada, sobretudo diante do caráter patrimonial e disponível de que goza essa obrigação. Frisa-se que o mesmo não ocorre com os alimentos em favor de filhos menores, essencialmente indisponíveis e de titularidade de incapaz, o que esbarraria também nos limites subjetivos da arbitragem. Por fim, à gui-

sa de contribuição ao tema, entende-se pertinente a reforma legislativa que permita a decretação do divórcio ou reconhecimento e dissolução de união estável pelo juízo arbitral.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm). Acesso em: 30 abr. 2022.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário a Lei n. 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CNA. Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. *Panorama do agro*. Disponível em: <http://www.cnabrasil.org.br>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 96*. II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. CJF, [S.l.], 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 100 de 26/05/2020*. DJE Edição n. 100/2020, de 26/05/2020.

DELGADO, Mário Luiz. Arbitragem no direito de família e sucessões: possibilidades e casuística. In: PINTO, Braulio Dinarte da Silva; ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira. *Família e sucessões: diálogos patrimoniais e existenciais*. Porto Alegre: IBDFAM, 2022, p. 293-315.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FONSECA, Priscila Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. São Paulo: Atlas, 2002.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARTINS, Paulo Antonio Rodrigues; FERREIRA, Rildo Mourão. As potencialidades da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio no centro-oeste brasileiro. *Cadernos de Direito Actual*, n. 12, p. 3047-326, 2019.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 1, pp. 15-28, jan./jun. 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família contemporâneo*. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

RUIZ, Ivan Aparecido; PATTO, Belmiro Jorge. A arbitragem como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no contexto do direito de família: Ampliação do acesso à justiça nas hipóteses de separação e divórcio litigiosos. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, pp. 5214-5243, 2009.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A Arbitragem no Direito de Família. IX Congresso Brasileiro de Direito de Família Famílias: Pluralidade e Felicidade. *Anais [...]*, p. 361-369. IBDFAM, Araxá, 2013.

TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – Versão atualizada para o CPC 2015. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 264, ano 42, pp. 83-107, fev. 2017.



# HERANÇA DIGITAL: PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS

Digital inheritance: first reflections on the succession of digital assets

Rafaela de Vargas Pereira<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Especialista em Família e Sucessões pelo Centro Universitário Dom Bosco (Uni-DomBosco); Pós-graduanda em Direito Notarial e Registral; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS; Assistente de Gabinete na 1ª Vara Civil da Comarca de Farroupilha; rafaelavargaspereira@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O mundo, cada vez mais, tem avançado para inserção da tecnologia. Em todas as esferas da vida em sociedade, o dinamismo das relações, a transmissibilidade de informações, bem como o alcance exponencial de sua abrangência, além, principalmente, da globalização de forma ativa, vem obrigando a virtualização de toda e qualquer atividade que tenha o objetivo de acompanhar o desenvolvimento da sociedade.

Dessa forma, pesquisa em questão faz uma abordagem sobre os bens digitais armazenados em ambiente virtual, tendo em vista que, com a democratização do acesso à internet as pessoas passaram a dedicar mais do seu tempo ao mundo digital, assim como, a armazenar fotos, músicas e vídeos em serviços de nuvem, tornando-se hábito rotineiro de grande da população. Logo, pretende-se verificar acerca da transmissibilidade ou não do patrimônio digital aos herdeiros, levando-se em consideração a tutela dos direitos da personalidade do falecido e de terceiros.

O trabalho é sistematizado em três capítulos, sendo que o primeiro trata do conceito de herança, no segundo analisa-se a classificação dos bens digitais de caráter personalíssimo, existencial e híbrido, no qual é realizada uma distinção entre os institutos. E, por fim, no terceiro capítulo observa-se o posicionamento doutrinário, sobretudo, o majoritário no que tange a transmissão da herança digital.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi adotado o método dedutivo, utilizando-se de referências bibliográficas amparada na doutrina e na legislação.

## HERANÇA

A palavra herança advém do latim *hereditas*, associada com *herus*, que significa ser dono, ou seja, tudo que pertence ao falecido, seus ativos e passivos, devem ser transmitidos aos herdeiros em razão da morte (MADALENO, 2020, p. 103). Logo, entende-se como herança, o conjunto de direitos e obrigações que se transmite com a morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas. A herança, portanto, corresponde ao patrimônio do *de cuius*, o qual pode conter bens materiais ou imateriais, desde que, sejam coisas avaliáveis economicamente (VENOSA, 2017.p. 22).

Assim, para compreender o conceito de herança, é necessário rever a definição de patrimônio. Assim, considera-se patrimônio, a representação econômica da pessoa, ou ainda, o conjunto de relações jurídicas,

ativas e passivas (GAGLIANO; PAMPLONA, 2019, p. 54). O ativo, representa todos os direitos, bem como as relações jurídicas estabelecidas em proveito do titular e o passivo representa as relações estabelecidas em seu detrimento (ROSA; RODRIGUES, 2022, p. 63). Desse modo, só deve ser considerado como patrimônio hereditário, o conjunto de relações jurídicas que tenha expressão pecuniária e que seja passível de converter-se em crédito financeiro, pois nem todos os direitos admitem apreciação econômica (MADALENO, 2020, p. 48).

Ademais, o patrimônio somente passa a ser designado de herança, com a óbito do titular, isto é, com a abertura da sucessão (GAGLIANO; PAMPLONA, 2019, p. 55). É no momento da morte, que ocorre a transferência automática do acervo patrimonial, dessa forma, aberta a sucessão, a herança é transmitida, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Essa transmissão imediata, decorre do princípio da *saisine*, para que o patrimônio do falecido não permaneça sem um titular (DIAS, 2021, p. 142).

Portanto, embora a herança compreenda o ativo e o passivo, nem todas as relações jurídicas são passíveis de transmissão, pois há direitos que são de natureza personalíssima, ou seja, inerentes à pessoa do sucedido e que não integram o acervo sucessório por ele deixado. (MADALENO, 2020, p. 104) Por isso, existem situações jurídicas que não comportam a substituição do sujeito com o falecimento do titular (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 31).

A herança representa ainda, uma universalidade de direitos, ou um complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico. Constitui-se, na realidade, como um somatório de bens (GONÇAVES, 2019, p. 34). Embora, seja materialmente singularizada, quando aberta a sucessão, o patrimônio transforma-se em um bloco unitário<sup>2</sup> e indivisível, no qual todos os herdeiros são possuidores e titulares da totalidade dos bens deixados pelo de cujos (MADALENO, 2020, p. 105). Dessa forma, enquanto não efetivada a divisão dos bens hereditários, a herança será regulada pelas normas relativas ao condomínio,<sup>3</sup> tendo em vista sua natureza imóvel, conforme estabelece o artigo 80 do CC de 2002.

---

2 Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.” BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 25. jun. 2022.

3 Art. 1.791, Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas

Além disso, cumpre ressaltar que, a democratização do acesso à internet revolucionou o estilo de vida da sociedade, dando origem a novos comportamentos. Afinal, as pessoas passaram a dedicar mais do seu tempo ao mundo digital, bem como, a armazenar fotos, músicas, vídeos e livros em serviços de nuvem virtual, substituindo, desse modo, os compartimentos físicos de suas casas (MADALENO,2020, p. 50). Logo, esses ativos digitais, também denominados de patrimônio digital, são considerados bens, sendo assim, a noção de bem deve ser ampliada a fim de abranger as mais diversas relações jurídicas patrimoniais, principalmente, as decorrentes do avanço tecnológico (VALADARES; COELHO, 2021, p. 13).

Assim, é a partir dessa nova perspectiva de ver, viver e se relacionar, que surge a expressão “herança digital”, terminologia que sintetiza e exprime o conteúdo criado ou armazenado por uma pessoa em ambiente virtual (NUNES,2020, p. 194). Por isso, o conceito tradicional de herança evoluiu, desconstruindo, dessa maneira, a clássica definição de patrimônio, uma vez que, o acervo hereditário deixado pelo falecido transformou-se ao longo dos últimos anos, passando a englobar bens de naturezas diversas. Portanto, atualmente, considera-se também como patrimônio, os bens desprovidos de aparência física, dotados, tão somente, de existência virtual (KLEIN,2021, p. 55).

Sendo assim, o real está cada vez mais virtual e vice-versa, porque o armazenamento de dados digitais tornou-se hábito rotineiro de grande da população, que passou a desfrutar diariamente de bens físicos móveis e imóveis, da mesma forma que usufrui também, com muita naturalidade, de diversos bens digitais. Desse modo, entende-se como herança digital, o conjunto de bens incorpóreos, ou ainda, o conjunto de bens digitais que são transmissíveis com o falecimento do titular aos herdeiros legítimos ou testamentários (KLEIN,2021, p. 56).

Todavia, para definir quais bens farão parte do acervo hereditário do falecido, é necessário compreender o que são bens digitais, como se classificam e qual sua natureza jurídica, conforme será analisado a seguir.

---

ao condomínio.” BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 25. jun. 2022.

## BENS DIGITAIS

Com o avanço da tecnologia, as projeções materiais e imateriais da pessoa humana passaram a ser inseridas pela era digital, constituindo assim, uma nova modalidade de ativos, já que se apresentam em um ambiente diverso do convencional tratado pela legislação. Diante disso, tais ativos são denominados como bens digitais, os quais englobam uma série de informações de caráter pessoal e que podem ter ou não conteúdo econômico (LACERDA, 2021, p. 8).

Segundo Fernando Taveira Junior (2018, p. 81) “os bens digitais constituem-se em quaisquer arquivos digitalizados, isto é, devem ser considerados bens digitais apenas os dados dispostos em formato eletrônico.” Júlia Klein (2021, p. 74), por sua vez, define bens digitais como “conjunto de bens incorpóreos estruturados em formato codificado por dígitos binários e que apenas podem ser acessados por um sistema computacional. Não se trata de uma nova categoria de bens, mas sim de uma moderna subespécie.”

Dessa forma, os bens compreendidos no ambiente virtual, podem ser classificados em: bens econômicos de caráter patrimonial e bens insuscetíveis de valor econômico, que se referem a personalidade e a existência do titular. Assim, entende-se por bens digitais com valor econômico, aqueles que são passíveis de conversão monetária, como por exemplo, canais do Youtube e como bens sem valor econômico, aqueles que contém valor sentimental, a exemplo de fotos armazenadas em arquivos digitais (FLEISCHMANN; TEDESCO, 2021, p. 15).

Além disso, a doutrina também costuma dividir o patrimônio digital da seguinte forma: bens digitais personalíssimos e bens digitais híbridos. Os bens digitais personalíssimos abrangem o acervo dotado de valor existencial, tanto do titular, quanto de terceiros com os quais se envolveu, a exemplo de correios eletrônicos, redes sociais como o Whatsapp e Facebook (HONORATO; LEAL, 2020, p. 381). Já os bens digitais híbridos, englobam conteúdo de natureza personalíssima e patrimonial, ou ainda, patrimonial e existencial, perfazendo assim, um misto de economicidade com atributos da personalidade, como ocorre com os influenciadores, que são monetizados pelas plataformas digitais a partir de postagens de caráter pessoal (ROSA E RODRIGUES, 2022, p. 48).

Nelson Rosenvald (2022, np), assevera também que, os valores monetários como “investimentos bancários, biblioteca no iTunes, códigos de acesso, networking, nomes de domínio, milhas aéreas, contas de

PayPal e Bit Coin, são preciosos ativos intangíveis que podem ser objeto de legado” Diante disso, é necessário identificar quais bens estariam aptos a integrar o acervo hereditário do de cujus, tendo em vista que, embora haja uma definição legal a respeito de dado pessoal,<sup>4</sup> existe um vácuo legislativo no que tange aos bens de natureza digital, principalmente quanto a sua forma de transmissão (ROSA; BURILLE, 2021, p. 20).

O conteúdo sucessório, portanto, é limitado, pois nem todos os direitos dos quais o falecido era titular são passíveis de transmissão. Apenas as relações patrimoniais são transmissíveis ativa e passivamente, já que os direitos da personalidade se extinguem com a morte (KLEIN, 2021, p. 80).

Desse modo, os bens digitais que tiverem conteúdo patrimonial deverão ser transmitidos aos herdeiros, passando a integrar a herança, conforme estabelece o art.1.784 do CC. Porém, os bens digitais que se referem a informações pessoais, isto é, de natureza existencial, não podem ser transmitidos aos sucessores, porque são extintos com o falecimento, em virtude de seu caráter personalíssimo (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 46-47).

De acordo com Conrado Paulino da Rosa e Marco Antônio Rodrigues (2022, p. 48) “os dados pessoais dos usuários falecidos não são transferidos aos herdeiros, na medida em que se referem a aspecto existencial do de cujus.” Conseqüentemente, os conteúdos existenciais restariam excluídos do conceito de herança, por se tratar de bens imateriais intransmissíveis e por constituir uma extensão da vida privada do falecido (NUNES, 2020, p. 195).

Bruno Torquato Zampier (2021, p. 117), todavia, argumenta que os bens digitais de natureza híbrida “não podem ser enquadrados isoladamente, como patrimonial ou existencial, por abranger questões de cunho patrimonial e existencial simultaneamente.” Portanto, a análise não deve se restringir somente a transmissibilidade do patrimônio digital, tendo em vista que, o acesso pelos sucessores a e-mails, arquivos, mensagens, fotos ou vídeos íntimos poderia ofender os direitos da personalidade de terceiros, bem como do de cujus (NUNES, 2020, p. 195).

Conrado Paulino da Rosa e Cíntia Burille (2021, p. 20) afirmam que já está pacificado doutrinariamente que, os bens cujo conteúdo é meramente patrimonial, “devem seguir as regras gerais do direito sucessório,

4 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável,” BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 07 jun.2022

projetando-se do morto para os herdeiros através dos trâmites de inventário.” Contudo, no que tange a transmissibilidade dos bens digitais de caráter híbrido e existencial, há uma divergência na doutrina que permeia acerca da possibilidade ou não da transmissão de tais bens. Diante disso, verificar-se-á o posicionamento da doutrina sobre o tema em questão.

## POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Na perspectiva da temática herança digital, um dos problemas a ser enfrentado, refere-se à privacidade online póstuma que merece ser privilegiada em detrimento do direito à informação. Pois, caso fosse permitido o acesso de herdeiros aos bens e contas digitais, estaria ocorrendo uma violação a privacidade da pessoa falecida simultaneamente com a de eventuais terceiros com quem teve contato virtual. Sendo assim, não há por que deferir amplo acesso aos bens digitais de uma pessoa, se ela não se manifestou expressamente para tanto (KLEIN, 2021, p. 98).

Inclusive, a corrente majoritária do Direito Civil Brasileiro segue nesse sentido, sustentando que, apenas os bens com conteúdo econômico transmitem-se automaticamente aos herdeiros do falecido. Já os bens digitais de natureza existencial ou personalíssima, só seriam transmitidos aos herdeiros por consentimento deixado em vida pelo titular e/ou por consentimento que não violasse a intimidade ou a privacidade de terceiros (BURILLE; HONORATO; LEAL, 2021, p. 213).

Em contrapartida, no que se refere a bens digitais de caráter híbrido, não haveria impedimento para a transmissão automática do conteúdo patrimonial aos herdeiros, devendo, apenas, ser vedado o acesso ao conteúdo de natureza existencial ou que envolvam direitos de terceiros, como por exemplo, as mensagens privadas trocadas pelo titular e seus interlocutores. Portanto, essa intransmissibilidade dos bens digitais personalíssimos, tem como finalidade evitar que, a transmissão possa gerar prejuízos à personalidade de terceiros, assim como aos aspectos da personalidade do falecido que permanecem sob a tutela jurídica mesmo após a morte (BURILLE; HONORATO; LEAL, 2021, p. 213-214).

Por isso, se não houver uma declaração expressa do titular a respeito das contas e dados digitais, o acesso ao conteúdo deve ser concedido apenas em casos excepcionais. Pois, o conteúdo virtual que expressa a personalidade da pessoa falecida não integra a herança digital, em sentido jurídico, de modo que a atuação dos familiares sobre o conteúdo é limitada a preservação da personalidade (COLOMBO, 2021, p. 11).

Assim, em relação a páginas e contas protegidas por senha, deve-se verificar o caráter do conteúdo ali contido, bem como funcionalidade da aplicação, considerando que, tratando-se de aplicações com fundo patrimonial, como contas de instituições financeiras, ou ligadas a criptomoedas, por exemplo, a conta e a senha poderiam ser transferidas para os herdeiros. (LEAL, 2018, p. 195). É nesse sentido também o Enunciado n. 40 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, que estabelece que “a herança digital pode integrar sucessão do seu titular, ressalvadas as hipóteses envolvendo direitos personalíssimos, direitos de terceiros e disposições de última vontade.”

Ademais, já existem ferramentas que atenuam a carência legislativa da sucessão de bens digitais, a exemplo da iniciativa de algumas empresas como o Google e o próprio Facebook, que já permitem que seus usuários se manifestem em uma espécie de “testamento digital” a fim de direcionar, antecipadamente, qual tratamento desejam receber em suas redes sociais ou caixas de e-mails no caso de falecimento e de declarar se desejam que aqueles conteúdos se projetem para seus herdeiros ou não (BURILLE; HONORATO; LEAL, 2021, p. 213). Sobre as manifestações que podem ser feitas pelo falecido, ainda em vida, perante as redes sociais, Fernando Tartuce (2020, p. 51) assevera que “existem duas opções: A primeira delas é transformar o perfil da pessoa em um memorial na linha do tempo, permitindo homenagens ao falecido. A segunda opção é a exclusão do conteúdo por representante que comprove a morte do usuário.”

A melhor alternativa, desse modo, é que o titular, ainda em vida possa dispor sobre o destino do seu patrimônio digital, deixando claro se irá permitir ou não que alguém tenha acesso as informações personalíssimas. Além disso, tal manifestação poderá ser efetivada tanto por meio de testamento, como também, por intermédio das próprias plataformas digitais, desde que estas não entrem em colisão com as disposições testamentárias que garantem maior certeza quanto a manifestação do falecido (ROSA; RODRIGUES, 2022, p. 48).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da pesquisa realizada concluiu-se que, os bens digitais de natureza patrimonial, existencial ou híbrido, são passíveis de transmissão, desde que, haja manifestação expressa pelo usuário por meio de testamento. Contudo, a transmissão post mortem de tais bens deve ocorrer de forma restrita, tendo em vista que os direitos da personalidade merecem

proteção, e, por isso, deve ser vedado o acesso ao conteúdo de caráter existencial ou que envolvam direitos de terceiros.

Embora, inexistam legislação específica sobre o assunto, o conteúdo meramente patrimonial, deve seguir as regras gerais do direito sucessório, enquanto os existenciais, por se tratar de bens imateriais e intransmissíveis somente por declaração expressa do titular ou em casos excepcionais. Logo, destaca-se a importância do tema para a sociedade contemporânea, tendo em vista que, com o amplo acesso ao ambiente virtual, cada vez mais pessoas tem armazenado bens digitais.

Por fim, percebe-se que o tema relativo à transmissibilidade dos bens digitais ainda carece de debates, para que, assim, possa adequar-se a nova realidade do direito sucessório no que tange a temática da herança digital.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 25. jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 07 jun. 2022.

BURILLE, Cíntia; HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. *Danos morais por exclusão da pessoa falecida?* Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível n.111968866.2019.8.26.0100 (TJ/SP) Revista de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v.28, p. 207, 227, abril/jun.2021.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COLOMBO, Barboza dos Santos. *Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021.

COLOMBO, Cristiano. *Sociedade Digital e os Novos Rumos do Direito Sucessório*. Disponível em: [https://www.academia.edu/35902906/SOCIEDADE\\_DIGI](https://www.academia.edu/35902906/SOCIEDADE_DIGI)

TAL\_E\_OS\_-NOVOS\_RUMOS\_DO\_DIREITO\_SUC ESS%C3%93RIO. Acesso em: 27 jun.2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 3.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 6ª.ed.rev.e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; TEDESCO, Letícia Trevizan. *Legítima e Herança Digital: um desafio quase impossível*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021.

FRITZ, Karina Nunes. *Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido?* In: Guilherme Magalhães Martins; João Victor Rozatti Longhi, (coords.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: direito das sucessões*.6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v.7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. *Direito de acesso a herança digital*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. *Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

KLEIN, Júlia Schroeder Bald. *A (In)transmissibilidade da herança digital na sociedade da informação*. São Paulo: Dialética.2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens Digitais: em busca de um microsistema próprio*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021.

LEAL, Livia Teixeira. “*Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital*”. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio Rodrigues. *Inventário e partilha*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

ROSENVALD, Nelson. *A sucessão na morte digital*. Disponível em: <https://ibd-fam.org.br/artigos/1139/A+Sucess%C3%A3o+na+Morte+Digital>. Acesso em: 07 jun.2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*.13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TAVEIRA JR, Fernando. *Bens Digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade: um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira*. Porto Alegre: Revolução eBooks – Simplíssimo, 2018. VALADARES, Maria Goreth Macedo; COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Aspectos Processuais Relacionados à Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cyber cultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milha, aéreas, moedas virtuais*.2. ed. São Paulo: Foco,2021.



# A NECESSIDADE DA ABORDAGEM SOBRE GÊNERO NO COMBATE À VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

The need for a gender approach in combat sexual  
violence against children and adolescents in Brazil

Rafael Bueno da Rosa Moreira<sup>1</sup>  
Rafaela Preto de Lima<sup>2</sup>

- 1 Doutor em Direito com Bolsa Prosc Capes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Região da Campanha – URCAMP/Bagé e Líder do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP). Coordena o Projeto de Pesquisa Violência contra Crianças e Adolescentes: a identificação de interseções de violações de direitos no perfil de vítimas cadastradas nos bancos de dados de políticas públicas do município de Bagé-RS no período de 2011 a 2020, vinculado à FAPERGS. Endereço eletrônico: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/232232824442244>.
- 2 Mestranda em Direito com Bolsa Prosc Capes Modalidade II pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário UniDomBosco e Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP (2019). Integrante do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP). Endereço eletrônico: rafaelapretodelima@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1129634220312967>.

## INTRODUÇÃO

O tema abordado é a violência sexual contra crianças e adolescentes, sendo delimitado no enfrentamento das causas históricas, culturais, jurídicas, sociais e políticas que vitimizam num potencial mais elevado as meninas, o que demonstra a necessidade da promoção de direitos e de ações estratégicas de sensibilização sobre gênero no combate constante ao problema.

O problema de pesquisa é: diante o diagnóstico de que as meninas são as principais vítimas da violência sexual no Brasil e de que a desigualdade de poder estrutural decorrente do machismo é uma causa significativa para o objeto em estudo, quais são as ações estratégicas de políticas públicas para a abordagem de gênero no combate à violência sexual contra crianças e adolescentes?

A hipótese inicial trata da necessidade urgente do planejamento e execução de ações estratégicas de políticas públicas voltadas para a capacitação de equipes técnicas e sensibilização da comunidade no sentido de abordagem sobre a igualdade de gênero e geracional nas atividades de combate à violência sexual contra crianças e adolescentes nos espaços comunitários a partir do Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes e da Rede de Atendimento, multiplicando-se conceitos que promovam direitos no enfrentamento das causas históricas, culturais, jurídicas, sociais e políticas que vitimizam num potencial mais significativo as meninas desde o período geracional da infância, cenário que acaba por se reproduzir e perpetuar, também, na vida adulta.

O objetivo geral é verificar a necessidade da abordagem sobre gênero no combate à violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, tendo por objetivos específicos: demonstrar aspectos contextuais da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil; expor indicadores sobre a recorrência da violência sexual contra meninas; e apresentar estratégias de políticas públicas para o combate da violência sexual contra crianças e adolescentes com ações voltadas para a abordagem sobre gênero e interseccionalidades.

O método de abordagem é o dedutivo, por meio de uma verificação inicial das premissas gerais para se chegar, com o desenvolvimento da investigação científica, nas especificidades relacionadas ao tema. O método de procedimento é o monográfico e se utiliza da técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como suporte focalizado de consulta os referenciais

de teses de doutorado, dissertações de mestrado, artigos científicos publicados em revistas, livros e capítulos de livros, os quais estavam disponíveis no Google Acadêmico e no Banco de Teses e Dissertações da Capes.

## DESENVOLVIMENTO

A violência sexual contra crianças e adolescentes é um problema persistente no Brasil e decorre de distintos fatores causais que se mantêm com o transcorrer do tempo. A violência sexual é dividida em abuso sexual e exploração sexual comercial, sendo práticas com conceitos distintos que possuem muitas semelhanças causais.

O abuso sexual é conceituado como uma relação de cunho sexual ou pornográfico realizada por uma criança ou adolescente com o intuito de que sejam satisfeitos os desejos sexuais de um adulto. É um ato caracterizado pelo desrespeito e violação da maturidade sexual infantil em decorrência da falta compreensão do que está ocorrendo e/ou do não consentimento em relação a ação. São atos que violam a dignidade e a liberdade sexual de crianças e adolescentes e não necessitam do contato físico, da presencialidade no mesmo ambiente e do emprego de força física para a sua caracterização, pois, em muitos casos, podem ocorrer no ambiente virtual (PEDERSEN; GROSSI, 2011).

Já a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é conceituada como:

Pode-se defini-la como toda atividade sexual ou pornográfica realizada ou oferecida por crianças e adolescentes, ou seja, qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos, mediante uma contraprestação que pode ser de natureza financeira, de oferta de bens e até mesmo de promessas ou ameaças. A exploração sexual comercial será remunerada ou estratégia de sobrevivência e resulta da condição de privações econômicas e sociais familiares. Também, caracteriza-se como alternativa desumana de subsistência no período da infância, em que quem detém o dinheiro viola sexualmente crianças e adolescentes que estão em situação de ameaça ou violação de direitos (MOREIRA, 2020, p. 77).

O contexto da violência sexual contra crianças e adolescentes, abarcados o abuso sexual e a exploração sexual comercial, é caracterizada pela desigualdade de poder entre o agressor e a vítima numa lógica geracional de muitas distinções relacionadas ao processo de amadurecimento

humano. Há que se referendar, também, que além da desigualdade de poder geracional, existe uma distinção significativa em torno do gênero, pois na maioria dos casos a figura do agressor é masculina e a figura da vítima é feminina, havendo interseccionalidades que potencializam a hipótese de violação de direitos pelo fato da vítima ser criança ou adolescente e menina.

Os indicadores brasileiros demonstram que as principais vítimas da violência sexual são as meninas, o que equivaleu a 83% das notificações registradas no Sistema de Informação de Agravo de Notificação (SINAN) do Sistema Único de Saúde - SUS no ano de 2011. O diagnóstico apresenta um inequívoco reflexo dos problemas culturais de desigualdade e violência infantil e de gênero que vem sendo perpetuado historicamente no Brasil (WAISELFISZ, 2012; MOREIRA, 2020).

O adultocentrismo e a coisificação da infância são causas determinantes para a ocorrência da violência sexual contra crianças e adolescentes. Afirma-se que “[...] a vítima sofre um processo de coisificação, já que existe para servir a uma finalidade: proporcionar prazer sexual ao abusador” (SOUSA, 2020, p. 24).

Ambos os fenômenos, em conjunto com a desigualdade de gênero, impõem condições estruturais de submissão de meninas aos adultos do sexo masculino. O adultocentrismo é um fenômeno que supervaloriza o adulto nas relações em sociedade em vista de que ele é quem contribui para a economia globalizada, atribuindo-se, em consequência, a exclusão as demais categorias de diversidade geracional pela sua pouca serventia ao mercado. Por sua vez, a coisificação da infância é uma consequência da objetificação do sujeito de direitos, onde há a mercantilização de crianças e adolescentes como uma propriedade dos adultos (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015).

Na perspectiva feminina não é diferente, levando em consideração a ideia de submissão de mulheres aos interesses masculinos. A mística feminina impõe a padronização de condutas de agir às mulheres em sociedades patriarcais, demonstrando-se formas de se comportar às pessoas. Dessa maneira, as mulheres que não realizarem os comportamentos desejados e que levem a submissão aos interesses masculinos serão excluídas e discriminadas socialmente (FRIEDAN, 1971). A lógica das demais categorias de diversidade de gênero não é diferente, ou seja, a condição de submissão aos interesses dos homens na sociedade contemporânea é recorrente as pessoas LGBTQIAPN+ e leva a distintas formas de violência em decorrência das distinções de poder e de acesso à direitos.

As interseccionalidades entre a desigualdade de gênero e geracional potencializa a ocorrência da violência sexual contra as meninas, o que é ocasionado pelas causas culturais, históricas, sociais, políticas e jurídicas que impõe condições de submissão, discrepâncias de acesso à direitos e assimetria de poder. O perfil das vítimas da violência sexual infantil demonstra as distinções de acesso ao poder no Brasil, por meio de bases ideológicas que estruturalmente reproduzem a manutenção de privilégios e a imposição de condições de submissão pessoal que são embasadas em características identitárias.

A violência sexual contra crianças e adolescente decorre de ideias adultocêntricas, machistas, patriarcais e sexistas, que reduzem pessoas e violam direitos em razão das condições humanas. Nesse interim, as distinções de acesso ao poder em virtude de geração e gênero são motivações determinantes para a exploração sexual comercial e o abuso sexual de crianças e adolescentes (LEAL; LEAL, 2002).

O Brasil conta com a estruturação de uma base legal contra a violência sexual cometida em desfavor de crianças e adolescentes. Nela foi estabelecida a base teórica da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, tendo como principais fontes a Constituição da República Federativa do Brasil, a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, as Convenções 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho e o Estatuto da Criança e do Adolescente (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2019).

Mesmo com a consolidação da proteção jurídica para o combate à violência sexual contra crianças e adolescentes, o próprio Sistema Judiciário brasileiro ainda é o responsável por casos em que há a culpabilização da vítima ou a revitimização num cenário que ainda necessita de avanços. No campo político, também existem falhas que levam a violência sexual infantil em face da falta de ações estratégicas de políticas públicas que não conseguem enfrentar as causas do problema, bem como há a necessidade de aumento de equipes técnicas, de investimento público e de estrutura para melhor abordar o assunto. Nos espaços comunitários, as causas históricas, culturais e sociais são muito comuns, pois a violência sexual contra as meninas é algo que acompanha os mecanismos estruturais brasileiros que por muito tempo contribuem cotidianamente para a ocorrência da violação de direitos em decorrência da condição de diversidade geracional e de gênero.

A violência sexual contra crianças e adolescentes viola a garantia ao desenvolvimento integral de crianças e adolescentes em sua multidimensionalidade, que é o objetivo da teoria da proteção integral. Ou seja, é primordial que sejam proporcionadas condições para a formação biológica, social, cultural, psicológica, intelectual, física e esportiva no período geracional da infância. Assim, o empoderamento de crianças e adolescentes como sujeito de direitos e cidadão deve ser a regra a ser observada na estruturação do combate à violência sexual (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018).

No planejamento e execução da prevenção e do combate à violência sexual contra crianças e adolescentes, devem ser criados protocolos e fluxos que orientem as ações das equipes técnicas do Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes e da Rede de Atendimento. Para tanto, o processo de capacitação e treinamento continuado é fundamental para que haja a abordagem estratégica sobre gênero nos processos de promoção de direitos pela sensibilização da comunidade para o enfrentamento das causas do problema, enfrentamento das desigualdades de gênero e geracionais e empoderamento cidadão de meninas:

[...] Para tanto, é necessário investimento em capacitação de equipes técnicas que tratem com crianças e adolescentes para identificar e notificar casos de violência sexual, assim como ações de sensibilização da população em geral, desde o período da infância, sobre tais temas. É importante salientar que todas as políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes necessitam estar com tais habilidades, pois são os principais canais de identificação e notificação de casos de violência sexual contra crianças e adolescentes. A educação sexual é uma necessidade que passa por demonstrar todos os malefícios que ocorrem diante de práticas de violência sexual no período da infância, devendo ser realizada de forma constante em todos os meios, locais e canais onde possa haver a comunicação de políticas públicas com a sociedade (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2019, p. 140-141).

Portanto, os treinamentos continuados, as capacitações e as ações de sensibilização comunitárias são essenciais para a execução adequada da prevenção e combate da violência sexual contra crianças e adolescentes nos municípios. Nela devem estar inseridos como conteúdo obrigatório a promoção da educação sexual e de autodefesa focada ao público infantil. Então, no âmbito da Rede de Atendimento e do Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes, é indispensável o desenvolvimento

de ações de sensibilização, habituais e cíclicas, focadas ao enfrentamento das causas da violência sexual contra meninas nos espaços comunitários municipais, que são destinados a sociedade em geral e as crianças e adolescentes em específico. A sensibilização é fundamental para a promoção de direitos, modificação de comportamentos de submissão/discriminação, prevenção/combate à violência sexual contra crianças e adolescentes, promoção da igualdade de gênero e geracional e empoderamento de meninas e meninos (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2019).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que uma menina, que culturalmente, historicamente e estruturalmente tende a ter menos acesso à direitos inerentes ao seu desenvolvimento integral e humano na sua multidimensionalidade, possui maiores potencialidades de ser vítima da violência sexual infantil em razão das interseccionalidades que causam a submissão de pessoas em situação de diversidade de gênero e geracional aos interesses adultos e masculinos.

A hipótese inicial da investigação científica foi confirmada, ou seja, é urgente a necessidade de planejamento e execução de ações estratégicas de políticas públicas voltadas para a capacitação de equipes técnicas e sensibilização da comunidade no sentido de abordagem sobre a igualdade de gênero e geracional nas atividades de combate à violência sexual contra crianças e adolescentes nos espaços comunitários a partir do Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes e da Rede de Atendimento, multiplicando-se conceitos que promovam direitos no enfrentamento das causas históricas, culturais, jurídicas, sociais e políticas que vitimizam num potencial mais significativo as meninas desde o período geracional da infância, cenário que acaba por se reproduzir e perpetuar, também, na vida adulta.

## REFERÊNCIAS

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *O papel das políticas públicas na promoção de ações de sensibilização sobre violência sexual contra crianças e adolescentes*. Revista Jurídica Direito e Paz, Lorena, n. 41, ano XII, p. 123-144, jun./dez. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *A Influência do Direito Internacional no Processo de Erradicação do Trabalho Infantil no Brasil*.

Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, n. 02, v. 23, p. 178-197, mai./ago. 2018.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes: Reflexões Contemporâneas no Contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai*. Curitiba: Multideia, 2015.

LEAL, Maria Lúcia Pinto; LEAL, Maria de Fátima Pinto (Organizadores). *Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil*. Brasília: CECRIA, 2002.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente*. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Santa Cruz do Sul, 2020.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero patriarcado violência*. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

SOUSA, Maria do Socorro Carvalho de Sales. *A Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes Vítimas de Abuso Sexual, no Município de Teresina, sob o Olhar dos Profissionais que Integram o SGD*. 2020. 136 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas), Universidade Federal do Piauí, 2020.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012: Crianças e Adolescentes do Brasil*. Rio de Janeiro: Cebela, 2012.

# O DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM PAIS QUE CUMPREM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

The right to family life of children and adolescents with parents who fulfill private penalty of liberty

Maria Eliza Cabral<sup>1</sup>  
Franciele Leticia Kuhl<sup>2</sup>  
Vitória Bandeira da Silva<sup>3</sup>

- 
- 1 Mestra em Direito pelo Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa/taxa CAPES, modalidade II (2020). Professora universitária. Colaboradora externa do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Colaboradora externa do Núcleo de Estudos em Gênero e Raça - NEGRA, vinculado ao PPGD/UNESC. Colaboradora externa do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA), vinculado à URCAMP/Bagé. Endereço eletrônico: melizacabral@gmail.com.
  - 2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, na área de Política Públicas. Pós-graduada em Direito Processual Civil. Graduada em Direito pela Faculdade Dom Alberto. Professora de Direito Administrativo no Centro de Ensino Superior Dom Alberto e nos cursos preparatórios para OAB e concursos públicos no CEISC Cursos Preparatórios Ltda. Professora integrante do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de direito da Faculdade Dom Alberto. Endereço eletrônico: kuhlfranciele@gmail.com
  - 3 Bacharela em Direito 2021/02 e pós graduanda em Direito Previdenciário pela Faculdade Dom Alberto, advogada, Integrante da Comissão da Mulher advogada e Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente OAB Subseção Rio Pardo. Endereço eletrônico: vitoriabandeiraadv@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O direito à convivência familiar nasceu como forma de preservar os vínculos familiares das crianças com os membros do núcleo familiar e fomentar a sua interação com a sociedade, que através da família, se dá de maneira mais estruturada. Levando em consideração os vários contextos sociais, dos quais a família brasileira faz parte, são necessárias políticas sociais capazes de garantir esta convivência familiar, nos mais variáveis contextos; um exemplo disso, é o caso das crianças que possuem pais cumprindo pena privativa de liberdade, que é o tema do presente estudo. É nesse contexto, que nasce o problema principal do presente estudo: levando em consideração as más condições do sistema carcerário brasileiro, a visita de crianças e adolescentes ao estabelecimento prisional seria uma forma de violação dos seus direitos fundamentais, em caso positivo, sob quais perspectivas? Trabalha-se com a hipótese de que o direito a convivência familiar nesse caso, não irá se sobrepor aos os demais direitos fundamentais da criança e do adolescente, de forma que o acesso destes ao presídio é sempre realizado em observância às normas regulamentadores e as prerrogativas garantias a população infanto juvenil. Para responder o problema formulado o método de abordagem adotado é o indutivo, caracterizando-se por ser um estudo exploratório, tendo em vista que se almeja compreender como efetivamente ocorre a visitação das crianças e adolescentes no Presídio Estadual de Rio Pardo, o que foi aplicado, através de uma entrevista semiestruturada, com os profissionais na SUSEPE que possuem conhecimento de como ocorre a visitação. em suma, percebeu-se que o Presídio Estadual de Rio Pardo possui condições precárias de habitação; a falta de estrutura adequada e a superlotação carcerária são fatores que inibem o estabelecimento de oferecer melhores circunstancias, tanto para os apenados, quantos para os visitantes.

## DESENVOLVIMENTO

Conforme dispõe o artigo 227 da Constituição, ratificado também pelo Estatuto da criança e do adolescente, a regra é que a criança e o adolescente devem permanecer sempre que possível no seio familiar, sendo permitida em casos excepcionais sua colocação em família substituta, atentando-se aos limites trazidos pela legislação pertinente que é extremamente restritiva (FACHINETTO,2011).

O responsável por dar consistência ao direito da convivência familiar no Brasil foi o Estatuto da Criança e do Adolescente, que deu origem ao Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos direitos infanto-juvenis, e consagrou as crianças e aos adolescentes a convivência familiar e comunitária:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990)

Apesar disso, ainda hoje não se tem formalizada uma regulamentação específica para atender todas às necessidades das crianças e adolescentes que possuem os pais encarcerados, sendo assim, até o momento, por falta de previsão legal, são disponibilizadas a elas, em alguns casos, o mesmo tratamento concedido aos adultos, ou o próprio estabelecimento o regulariza através de seu regimento interno (SANTOS, 2006).

Para que fosse possível responder o problema formulado, foi necessário elaborar uma pesquisa de campo, com o âmbito de atuação delimitado há um estabelecimento penal em específico, levando em consideração que somente no Vale do Rio Pardo há aproximadamente 13 delegacias penitenciárias em funcionamento, escolheu-se o Presídio Estadual de Rio Pardo para a aplicação da pesquisa.

Desta forma, realizaram-se entrevistas semiestruturadas com três profissionais que possuem o conhecimento de como ocorreram as visitas das crianças e adolescentes no Presídio Estadual de Rio Pardo dentre o período de março de 2018 a março de 2019.

Levando em consideração de que todos entrevistados mencionaram ser autorizada a visita de crianças e adolescentes aos pais no referido estabelecimento, o primeiro questionamento visou apurar se há algum limite mínimo de idade para que elas ocorram, eis que a lei 12.962/2014 que introduziu o direito de visita aos pais que cumprem pena, não consagrou tal informação. Constatou-se que autorizada somente a visita de crianças a partir do primeiro mês de vida, ou seja, mesmo na companhia de um dos pais não são autorizados a realizar visita antes da idade estipulada.

No entanto, menciona-se que o item 3 da Portaria 160/2014 ao tratar os grupos dos quais são divididos os visitantes, engloba no grupo II

crianças e adolescentes entre zero a 17 anos de idade, desta forma, é possível notar a discricionariedade do estabelecimento em padronizar a regra de idade mínima de trinta dias, diferentemente do que estipula a norma. Conforme relatado pela “E2” após abril de 2019, é autorizada a visita somente dos bebês com mais de seis meses de idade, sendo possível, em casos excepcionais, antes dessa idade desde que previamente agendada e assistida pela assistente social.

Todos os entrevistados informaram não haver um ambiente específico para que essas visitas ocorram, desta forma é padrão que todas as visitas sejam realizadas no pátio do estabelecimento prisional, local onde os presos tomam sol, no horário de lazer. “E1” descreve o ambiente como sendo um local sujo, com vários entulhos de materiais de construção que estão sendo utilizados para a realização de obras no presídio; além disso, o chão ainda é muito úmido e possui inúmeras rachaduras. No mesmo sentido “E2” complementa descrevendo-o como cercado por telas de proteção, bem como o fato de haver uma estrutura de concreto coberta, com alguns bancos e bancadas que os presos utilizam para ficar com os familiares, assim como um banheiro conjunto

Outra questão importante, possivelmente uma das mais relevantes dentre os fatores que englobam a visita das crianças e adolescentes, é acerca da necessidade de revista pessoal, em razão do grande constrangimento que esta é capaz de gerar. Conforme o administrador do presídio “E3”, nas crianças a revista é realizada apenas com detector de metais, não sendo necessário que ela precise se despir. Aos adolescentes, assim como os adultos, é necessário que retire a roupa e permaneça somente com a roupa íntima. Essa revista é realizada pelo próprio agente do respectivo sexo da criança e/ou adolescente.

As revistas ocorrem em uma sala própria, um ambiente extremamente pequeno, cerca dois metros quadrados, neste local há apenas uma bancada e um colchão que é utilizado para que as mães troquem as fraldas dos bebês de colo, que é um dos requisitos necessários para que as crianças possam entrar. A mesma bancada é utilizada para a revista das mulheres adultas, que utilizam a bancada para apoio ao realizar os chamados “agachamentos”, que prescinde da mulher retirar a roupa íntima.

Contudo a cerca deste contato da criança com o ambiente prisional Goffman (1974) aduz, que a permanência de crianças que vivem com as mães privadas de liberdade é um fato que afeta negativamente a vida psicológica e emocional permanentemente, diante das condições precá-

rias oferecidas pelos estabelecimentos para que essas crianças possam residir com as mães. O que requer do Estado, da família, como responsáveis diretos pelo bem-estar das crianças e adolescentes, a responsabilidade para averiguar se essa estrutura de convivência familiar não está ocasionando a mortificação da identidade da criança.

Nesse sentido, ao analisarmos a visitação das crianças e adolescentes ao Presídio em contrapartida à seus direitos fundamentais é possível considerar o que segue.

Nota-se que tanto as crianças quanto o adolescente possam ingressar dentro do estabelecimento prisional é necessário que sejam submetidas a uma revista minuciosa, que visa evitar a entrada de objetos ilícitos ou perigosos. Sabe-se que as crianças não precisam retirar as roupas, no entanto, ao adolescente é solicitado que se mantenha somente com roupa íntima, da mesma forma que ocorrem com os adultos. O fato dos adolescentes se despirem em frente ao agente penitenciário pode se concretizar como uma clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (BRASIL, 1990)

A estudante psicóloga Andrea Maria Vieira Santos, no artigo intitulado “pais encarcerados: filhos invisíveis”, publicado em 2006, apresenta uma pesquisa realizada com crianças entre dois a quatro anos que visitam os pais presos e relatam as experiências dentro do estabelecimento prisional. No decorrer do artigo discutem-se aspectos acerca da incompatibilidade entre as legislações que preveem direitos muitas vezes conflitantes, eis que concedem as crianças o direito de visitar os pais que cumprem pena privativa de liberdade, mas os submetem a situações de humilhação e constrangimento. Ao final do projeto, a autora concluiu “que a adequação do Estatuto da Criança e do Adolescente para tratar da interação com um pai tutelado pelo sistema carcerário se faz de maneira precária; verifica-se, de fato, a invisibilidade da criança e de seus direitos.” (SANTOS, 2006)

Estudos como este foram levados em consideração para que fosse possível responder o problema formulado, em conjunto a legislação pertinente e ao questionário aplicado na pesquisa de campo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa foi possível visualizar que apesar de haver a determinação legal e uma norma reguladora que preceitua algumas regras de como essas visitas devem ocorrer, estas não englobam todos os aspectos necessários para que o estabelecimento prisional seja capaz de oferecer o atendimento prioritário do qual a criança e o adolescente necessitam. Um exemplo disso, é o fato de não haver estipulação sobre ambiente específico para que as visitas sejam realizadas, nem se elas devem ocorrer individualmente ou não. Além disso, foi possível verificar que em determinados momentos durante a visitação, na maioria dos casos são os adolescentes que são submetidos a situações de constrangimento; isso possivelmente ocorre em razão da maior preocupação com a criança, e pela falsa percepção de que em razão da idade mais avançada, não precisam mais de proteção.

Em suma, percebeu-se que o Presídio Estadual de Rio Pardo possui condições precárias de habitação; a falta de estrutura adequada e a superlotação carcerária são fatores que inibem o estabelecimento de oferecer melhores circunstâncias, tanto para os apenados, quanto para os visitantes. Desta forma, ao final foi possível concluir que a visita das crianças e adolescentes aos pais no estabelecimento prisional, tão somente, não deve ser considerada como uma violação de direitos, eis que são essenciais para a positivação da convivência familiar das crianças e adolescentes que estão longe dos pais em razão do encarceramento. No entanto, a maneira em que elas ocorrem deve ser reformulada, pois assim como nos casos em que é necessário o afastamento da criança do núcleo familiar diante de uma situação de violação de direitos, a convivência familiar não é absoluta, e deve ser analisada sempre em contrapartida ao melhor interesse da criança e do adolescente.

O ambiente prisional, sem dúvida alguma, não é propício para o desenvolvimento saudável de qualquer ser humano, porém, há de se pensar, que sendo em casa, no presídio, ou nas ruas, as crianças e adolescentes serão sempre os sujeitos mais vulneráveis e suscetíveis as diversas formas de violência. É nesse sentido, que privá-los de alguns direitos em razão da probabilidade de outros serem violados, não parece ser a alternativa adequada, mas sim, buscar em cada contexto, alternativas para essas crianças e adolescentes possam exercer suas prerrogativas com a proteção prioritária da qual são possuidores, tarefa esta que conforme estudado ao longo

da pesquisa, não é só de responsabilidade do Estado, como também, da família e de toda sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, M. J. (2010) *As implicações do aprisionamento dos pais no exercício do direito a educação e à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em regime de abrigo na cidade de São Paulo*. Dissertação, Universidade de São Paulo, SP, Brasil.

AMIN, A. R (2006). *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: Maciel, Kátia (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. p. 225.

AMPARO, A. B. do; Amparo, H.L.F; do .(2004) *Do poder familiar e sua extinção*. niara, Araraquara, n. 15, p. 39-42, Recuperado em 02, nov. 2019, de <[https://www.uniara.com.br/legado/revistauniara/pdf/15/rev15completa\\_03.pdf](https://www.uniara.com.br/legado/revistauniara/pdf/15/rev15completa_03.pdf)>.

Análise da população prisional masculina (2019) Superintendência dos Serviços Penitenciário. Disponível em: [http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod\\_menu=266](http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=266). Acesso em: 30 de set. 2019.

ANZANELLO, J.. (2010) *Oportunidades de Estimulação, Desenvolvimento Motor e Desenvolvimento Social de Crianças no Primeiro ano de Vida em Diferentes Contextos*. Dissertação, UFRGS, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

BARBOSA, E. G. (2015) *O impacto emocional na criança: a mãe no sistema prisional*. Monografia Faculdade de Educação e Meio Ambiente, Ariquemes, Rondônia, Brasil.

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

Brasil. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal n. 8.069/1990*. Brasília: Senado Federal, 1990.

BRASIL. *Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984*

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

BOING, E; Crepaldi, M, A. (2012) *Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção*. Estudos de Psicologia (Campinas), 21(3), 211-226, Recuperado em 22, out, 2019 de [http://www.scielo.br/scie-lo.php?pid=S0103166X2004000300006&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scie-lo.php?pid=S0103166X2004000300006&script=sci_abstract&tlng=pt).

CAÇÃO, E. de P. (2007) *Adoção e cidadania de crianças e adolescentes: O direito fundamental à convivência familiar e comunitária*. Dissertação, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, São Paulo, Brasil.

CAYRES, G. R. M; Sponchiado, V. B. Y. (2015). *O direito de visita de crianças e adolescentes no sistema prisional brasileiro*. In: Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, v. 10, n. 3, 2015. Recuperado em 15, out, 2019, de <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58851/3625->.

CARDOSO, A. S. (2012) *A garantia do direito a convivência familiar e comunitária em foco*. Estudos de Psicologia, Campinas, vol. 29, núm. 3.

CARVALHO, P. C. de (2006) *O conselheiro tutelar e a ética do cuidado*. In: PEREIRA, Tânia da Silva;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense.

COLUCCI, C. F. P. (2014). *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. Dissertação, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.

DALLARI, D. de A; Korczak, J. (1986) *O direito da criança ao respeito*. São Paulo, Summus, *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. 1959. Recuperado em 06, nov. 2019 de <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>.

Fachinett, N. J. (2011) *O Direito a convivência familiar e comunitária no Brasil*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.

GIL, A. C. (2008) *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. 200 p. São Paulo: Atlas.

GIL, A. C. (2018) *Como elaborar um projeto de pesquisa*. 6. Ed. São Paulo: Editora AtlaS.

Goffman, E. (1974). *Manicômios, Prisões e Conventos*. p 136, São Paulo: Perspectiva.

Junqueira, M. R; Serres, J. de F. (2010). *Adoção pelos caminhos legais: relato de uma experiência*, v. 9, n. 1, p. 182-192, jan. /jun, Porto Alegre, Textos e Contextos

LIMA, R. M. de; Poli, L. M.; José, F. S. (2018) *A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais*, v. 7, nº 2, 2017 p. 313-32, Brasília, Bras. Polít. Públicas (Online),

LEDEL, K. V; Razera, J; Haack, K.R; Falcke, D. (2018) *Pais Encarcerados: A Percepção de Mães e Crianças sobre a relação pais-filhos*. In: Pensando famílias, São Leopoldo, RS, Brasil.

LONGARAI, M. D; Silveira, D. da. (2014) *Direito de visita das crianças e adolescentes aos pais no sistema prisional: uma análise sob a ótica do princípio da convivência familiar e comunitária*. Revista da Faculdade Dom Alberto, v.12, n.2, p. 1-14, Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto,

MONTEIRO, W. de B.(2004) *Curso de direito civil*. 37.ed. São Paulo: Saraiva.

PEREIRA, T.S.(2011) *O cuidado chega ao Superior Tribunal de Justiça: decisão comentada*. In: PEREIRA, T.S; OLIVEIRA, G. (coord.) Cuidado e responsabilidade. São Paulo, p. 351 -372., Atlas.

PEREIRA, T. S. (1996) *Direito da Criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar.

PINEDA, C.E.D, Francisco J. R; Olaizola, J. H. (2014). *Rol del apoyo social en la reincorporación de penados: un estudio del Sistema de Postpenitenciario de Jalisco*, México. Universitas Psychologica, 13(3), 839-852

QUEIROZ, A. C. A; Brito, L.(2013) *Adoção Tardia: o desafio da garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. , v. 12, n. 1, p. 55-67, jan./jun, Porto Alegre, Textos e Contextos.

RIZZINI, I; Rizzini, I. Naiff, L; Baptista, R. (2006) *Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção de Direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. São Paulo: Cortez.

RIOS, G. S; Silva, A. L. (2013) *Amamentação em presídio: estudo das condições e práticas no Estado de São Paulo*, Brasil. Recuperado em: 29, ago,2019 de [http://periodicos.ses.sp.-bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S151818122010000300014&lng=pt&nrm=iso](http://periodicos.ses.sp.-bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151818122010000300014&lng=pt&nrm=iso).

ROCCA, V. G.(2015) *Direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: análise do Sistema de Garantia de Direitos.170 f.* Dissertação ,Universidade Federal do Abc, Santo André, SP, Brasil.

ROSEMBERG, F; Mariano, C.L. S. (2010) *A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões* , [s.l.], v. 40, n. 141, p. 693-728, dez. São Paulo, Cadernos de Pesquisa

SANTOS, A. M. V.(2016, dez) *Pais encarcerados: filhos invisíveis. Psicologia: Ciência e Profissão*, [s.l.], v. 26, n. 4, p. 594-603.

SILVA, L. Q. P., Schmitz, N. H; Menezes, M.(2017, nov) *Perspectivas parentais sobre a sexualidade de crianças atendidas em clínica-escola de psicologia.* Psicologia Argumento, [S.l.], v. 33, n. 81,. Recuperado em 23, out, 2019 de <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/psicologiaargumento/article/view/19641>

SOUZA, A. P. L; Lauda, B. V.; Koller, S. H.(2014) *Opiniões e vivências de adolescentes acerca dos direitos ao respeito e privacidade e à proteção contra a violência física no âmbito familiar* [s.l.], v. 26, n. 2, p. 397-409, ago . Psicologia & Sociedade.

SARLET, I. W.(2012) *Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988.* 7 ed. rev. atual. –Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

SIQUEIRA, A. C.(2012) *A garantia ao direito à convivência familiar e comunitária em foco.* n 3, vol. 29, p 437-444, Estudos de Psicologia.

Superintendência dos serviços penitenciários – SUSEPE. *Portaria nº 160/2014*, de 29 de dezembro de 2014. Porto Alegre, RS, Brasil.

Superintendência de serviços penitenciários- SUSEPE. *Número de filhos, população carcerária masculina, 2019.* Recuperado em 17, jun, 2019 de [http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?-cod\\_menu=266](http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?-cod_menu=266).

TORRES, C. R. O. V. (2010) *“Por um céu inteiro”: Crianças, educação e sistema prisional*. 2010. 229 f. Tese, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil.

TORRES, C. R. O. V. (2012) *A criança e o sistema prisional*. In: COELHO, M. T. Á. D; FILHO, M. J. C. orgs. *Prisões numa abordagem interdisciplinar* [online], pp. 161-177, EDUFBA, Salvador, Brasil.

VIEIRA, Marcelo de Mello (2014) *Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar*. Dissertação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil



# O DIREITO A EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO NO APRENDIZADO ESCOLAR

The right to education of children and adolescents: an analysis of the consequences of domestic child labor on school learning

Andrei da Rosa Sauzem Machado<sup>1</sup>

---

1 Mestrando em Direito, na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista PROSUC CAPES Modalidade II. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA) do PPGD/UNISC, coordenado pelo prof. Dr. André Viana Custódio. Pós-graduado em Direito Processual Previdenciário (Administrativo e Judicial) pelo Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV. Sócio do Escritório Rosa e Sauzem Advogados Associados. Sócio na empresa Ética Gestão e Consultoria. E-mail: adv.arsm@gmail.com.

## O CONTEXTO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO

O trabalho infantil se apresenta como sendo uma das principais formas de violação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, na medida em que retira destes o direito de usufruir de uma infância digna e saudável, de acordo com a peculiar condição de pessoas em pleno desenvolvimento. A exploração do trabalho infantil muitas vezes acaba expondo as crianças e adolescentes a ambientes violentos e inseguros, e como resultado acaba por ocasionar em uma vida sem infância ou adolescência, uma vez que lhes é exigidas muitas responsabilidades para a sua idade.

O trabalho de crianças e adolescentes está arraigado nas tradições, nos comportamentos de diversos locais, como um vestígio do passado, com uma forte resistência à mudança. Especialmente nos países periféricos, como é o caso do Brasil, considera-se, ainda, muito normal a tradição das crianças, especialmente no meio rural, não ingressarem na escola e começarem a trabalhar em idade muito precoce, independentemente do grau relativo de pobreza das famílias. Por outro lado, situações como o êxodo rural e a migração levam famílias inteiras à condição de miséria ampliando o número de crianças que precisam trabalhar. (CUSTÓDIO; VERO-NESE, 2007, p. 93).

Neste sentido, é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instituiu no direito brasileiro, a partir de seu artigo 227, o reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Foi a partir deste momento, em que o contexto das crianças e dos adolescentes no Brasil passa a ser analisado do ponto de vista que reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, onde é atribuído a família, Estado e sociedade o dever de assegurá-los com absoluta prioridade com base no princípio do melhor interesse para a criança e ao adolescente, tem o papel fundamental e de desataque contra a exploração do trabalho infantil.

O princípio do melhor interesse deve ser tido como o fundamento primário de todas as ações direcionadas à população infantoadolescente, afinal, qualquer orientação ou decisão que lhes diga respeito deve sempre levar em conta o que é melhor e mais adequado à garantia de suas necessidades e interesses, que se sobrepõe a quais quer outros, inclusive dos pais, visando sempre a sua pro-

teção integral e a caracterização dos seus direitos fundamentais. (VERONESE, 2017, p. 141).

No contexto atual a investigação histórica pode contribuir para um melhor entendimento do trabalho infantil doméstico, é por meio dela que se pode ter a noção de como as crianças e os adolescentes vem sendo reconhecidos e o que ainda é necessário ser realizado, em busca da garantia de seus direitos fundamentais e de sua proteção integral.

A história social da infância no Brasil por longo período esteve totalmente distante de qualquer proteção com violações recorrentes dos direitos fundamentais das mais diversas formas dentre as quais a exploração do trabalho infantil doméstico, que sempre teve pouca visibilidade e atenção enquanto fenômeno representativo da violação das condições básicas de desenvolvimento de crianças e adolescentes. Ao longo do processo histórico brasileiro a legislação de proteção contra a exploração do trabalho e, principalmente, do trabalho infantil doméstico, ocupou um papel periférico. (CUSTÓDIO, 2020, p. 166-167).

O trabalho infantil é visto pela sociedade e pelos poderes públicos como se fosse algo natural, contudo, na maioria das vezes, está ótica vem contribuindo para a perpetuação das práticas que ocasionam a exploração da mão de obra de crianças e adolescentes, de tal forma que a aceitação e o consentimento social devem ser analisados na formulação das políticas públicas de prevenção e erradicação da exploração do trabalho infantil. mesmo que, as políticas públicas tradicionalmente tenham arraigado em sua essência a cultura do assistencialismo, da filantropia e da caridade, os marcos tradicionais do direito do menor, da política nacional do bem-estar do menor e da doutrina irregular foram superados. (CUSTÓDIO, 2009). Portanto, esta condição permite que se tenha um espaço para a abertura de um novo campo de possibilidades no que se refere a gestão das políticas que buscam à garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

No entanto, o próprio contexto histórico brasileiro possibilita o reconhecimento e a ampliação da garantia e proteção dos direitos das crianças e adolescentes, incentivando formas novas para a erradicação do trabalho infantil doméstico no Brasil. Podendo essas formas terem sua

abrangência ampliada quando envolvida a utilização efetiva dos mecanismos do Sistema de Garantia de Direitos. (CUSTÓDIO, 2020, p. 167).

O trabalho infantil doméstico constitui um fenômeno complexo, o qual mediante as ações estratégicas de responsabilidade do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), necessita que ocorram respostas de forma compartilhada entre as variadas políticas públicas existentes mediante a articulação intersetorial.

A população brasileira costuma ser inserida no mercado de trabalho de forma precoce, são vítimas das mais variadas formas de discriminações - éticas, de gênero e raciais - pode-se dizer que isso é a reprodução do modelo econômico vigente no país, que é extremamente desigual, onde ocorre uma concentração maior de renda na mão de poucos, ocasionando uma parcela significativa da população se sujeite a condição de pobreza.

A naturalização da exploração do trabalho de crianças e adolescentes é surpreendente, mesmo em pleno século XXI, o trabalho infantil doméstico mantém indicadores impressionantes, é uma das formas de exploração de trabalho infantil mais tradicional, onde a criança e o adolescente que se encontram inseridos neste meio, levam uma vida como se adultos fossem de forma prematura. E na maioria das vezes o trabalho infantil doméstico é realizado por meninas, que exercem longas jornadas de trabalho, quase sempre em condições prejudiciais à saúde e o seu desenvolvimento, e muitas vezes em troca de uma baixa contraprestação salarial ou nenhuma, ou então, em troca de moradia e da promessa de educação.

O trabalho infantil doméstico realizado por crianças e adolescentes são considerados como trabalhadores invisíveis, sendo esta prática de exploração difícil de ser identificada, em decorrência desta forma de trabalho ser exercida geralmente no interior das residências de terceiros, que não são as suas, longe de suas famílias e sem nenhuma forma de controle. Desta forma, este grupo acaba sempre sendo o mais explorado e vulnerável, e também o mais difícil de se proteger.

O trabalho infantil ainda é uma realidade para milhões de meninas e meninos no Brasil. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (Pnad), em 2016, havia 2,4 milhões de crianças e adolescentes de 05 a 117 anos em situação de trabalho infantil, o que representa 6% da população (40,1 milhões) nesta faixa etária. Cabe destacar que, dos 2,4 milhões de trabalhadores infantis, 1,7 milhão exerciam afazeres domésticos de forma concomitante ao trabalho e, provavelmente, aos estudos. (FNPETI, 2020).

O trabalho infantil doméstico possui duras consequências que legitimam a condição de exploração de crianças e adolescentes, os maiores desafios para a sua proteção ainda é a desinformação e a cresça popular de que o trabalho infantil doméstico não é perigoso, mas sim desejável, bem como a dificuldade de acesso, frequência, o baixo nível de rendimento e a permanência escolar; a reprodução do ciclo intergeracional de pobreza, as precárias condições nas relações de trabalho, os baixos salários pagos para este tipo de serviço, a dependência econômica da família pelo seu trabalho, a substituição da mão de obra de trabalho adulta pela infantil, a reprodução das condições culturais de exclusão social, das desigualdades de gênero e étnicas, o isolamento da criança e do adolescente, o cerceamento de todas as possibilidades de usufruírem das condições necessárias para o seu pleno desenvolvimento, a omissão do Estado em garantir as políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente, a transferência das obrigações do adulto para a criança ou o adolescente e por fim, as consequências ao desenvolvimento da criança e do adolescente, considerando a sua peculiar condição de pessoas em pleno desenvolvimento. (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013).

A erradicação do trabalho infantil doméstico necessita da efetivação de um modelo de Estado capaz de superar a crise dos projetos de modernidade e de civilização, marcados pelas precárias condições de atendimento à população, pela prestação de serviços públicos burocratizados, que prioriza a propriedade e o enriquecimento das elites. É necessária a realização do Estado democrático com serviços públicos orientados à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com acessos universais, capazes de garantir oportunidades de superação das desigualdades, enfim, que assume o compromisso de transferência de renda para a base da população e constitua políticas públicas de inclusão social. (CUSTÓDIO, 2020, p. 170).

Portanto, para que ocorra a erradicação do trabalho infantil doméstico é necessário o surgimento de novas perspectivas de desenvolvimento para a criança e ao adolescente, fundadas na criatividade, no saber necessário ao desenvolvimento humano e na concepção de novas formas de interação sociais. Assim como, a proteção jurídica e a estruturação de políticas públicas específicas tendem a oferecer mecanismos para o enfrentamento efetivo do grave problema da exploração da mão-de-obra de crianças e adolescentes no trabalho infantil doméstico.

## **PROTEÇÃO JURÍDICA PARA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO**

A proteção jurídica à criança e ao adolescente que busca a erradicar o trabalho infantil doméstico no Brasil está vinculada ao reconhecimento da dignidade humana e à proteção dos direitos humanos. Assim, verificar a situação da criança e do adolescente frente ao trabalho doméstico passa pela análise do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a proteção jurídica para a criança e ao adolescente contra a exploração do trabalho infantil foi ampliada de forma gradativa no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do estabelecimento dos limites mínimos de idade para o trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, bem como com a elevação destes limites de idade, por meio da Emenda Constitucional nº 20, em 15 de dezembro de 1998). (BRASIL, 1998).

Neste sentido, a doutrina brasileira estabeleceu que as crianças e adolescentes são cidadãos plenos, sujeitos de direitos e obrigações a quem o Estado, a família e a sociedade devem atender prioritariamente. Portanto, a Constituição Federal de 1988, buscando a garantia dos direitos humanos e sociais, de inerentes às crianças e os adolescentes, determinou em seu artigo 7º, inciso XXXIII, a fixação da idade mínima para o trabalho em dezesseis anos, salvo aqueles que se encontrem na condição de aprendiz, sendo o limite mínimo de idade fixado em quatorze anos, bem como proíbe o trabalho noturno, insalubre e o perigoso aos menores de dezoito anos. (BRASIL, 1988).

A Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), foi ratificada pelo Estado brasileiro, aborda os limites de idade mínima, o qual estabeleceu a garantia de elevação mínima do limite de idade inicial para o trabalho, buscando a garantia da elevação da idade mínima, protegendo os direitos da criança e do adolescente contra a precarização das condições de trabalho. (BRASIL, 2002). A convenção também determinou a obrigatoriedade a criação de uma política nacional de combate ao trabalho infantil, desta forma comprometendo-se o Estado brasileiro com a efetivação de políticas de atendimento integral para as crianças e adolescentes. (CUSTÓDIO, 2020).

A ratificação da Convenção nº 182, sobre as piores formas de trabalho infantil, da Organização Internacional do Trabalho, no que se refere à proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil doméstico, trouxe uma contribuição importante e significativa ao determinar

a lista com as piores formas de trabalho infantil, onde o Brasil unificou as atividades laborais consideradas como as piores formas de trabalho infantil, que antes estavam previstas em várias normas que regulamentavam a segurança e saúde no trabalho. Desta forma, é que foi editada a lista das piores formas de trabalho infantil, instituída por meio do Decreto nº. 6.481, de 12 de junho de 2008, o qual expressou entre as atividades o trabalho infantil doméstico, proibindo o seu exercício antes dos 18 anos de idade. Assim, o trabalho infantil doméstico passou a ser reconhecido como sendo uma forma de trabalho exclusivamente dos adultos.

O Brasil tem-se utilizado das diversas convenções e recomendações como caminho adequado para esse processo de erradicação do trabalho infantil. Buscando a garantia da efetiva proteção e dignidade humana presente nos propósitos da Organização Internacional do Trabalho que são um referencial adequado para a erradicação do trabalho infantil.

Pode-se afirmar, portanto, que a proteção constitucional contra a exploração do trabalho envolve três limites: inferior, básico e superior. O limite inferior estipulado em quatorze anos estabelece a marca pela qual não é permitida a realização de qualquer tipo de trabalho, sendo esta idade correspondente à conclusão da escolaridade básica fundamental (SOUZA, 2016, p. 120).

## **AS CONSEQUÊNCIAS DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO NO APRENDIZADO ESCOLAR**

O trabalho infantil doméstico realizado em idade precoce, sob a ótica de uma sociedade que se baseia na exploração e alienação do trabalho que pode ser realizado tanto na esfera produtiva como reprodutiva, uma vez realizado por criança ou adolescente é um impedimento a infância e adolescência dignos. Geram implicações serias à peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, que acarretam na perda da infância, das vivências escolares das brincadeiras e do lúdico.

A realização do trabalho infantil doméstico é inconciliável com a escola, é uma das atividades de trabalho infantil que mais promovem à evasão escolar. trabalho infantil doméstico constitui, portanto, um forte e relevante fator de risco para a evasão escolar e a interrupção do processo de escolarização, tão próprios à vivência de repetições frequentes.

O trabalho infantil doméstico realizado cotidianamente, ao ocasionar sobrecarga física, fadiga psíquica, déficits cognitivos, acaba por dificultar um bom desempenho da criança na escola e daí promoverem reprovações frequentes e por fim o abandono escolar. Tais fatores acabam por interferir no desenvolvimento da criança e do adolescente impedindo-os de desenvolver plenamente seu potencial, sobretudo, no âmbito escolar. O que acaba por prejudicá-las, o que ocorre em função da não possibilidade de conciliação entre o tempo que deveria ser dedicado a brincadeira, a escolarização e ao trabalho doméstico. O que pode vir a representar prejuízos irreparáveis para a vida futura de tais crianças e adolescentes.

Desta forma demonstra que as crianças e adolescentes não têm a real consciência do quanto são afetadas pelo trabalho e prejudicadas no seu desenvolvimento, sobretudo o escolar. Daí o porquê de não associarem imediatamente a evasão e as repetições frequentes com o trabalho doméstico, e destacarem a princípio o sono, o cansaço, e as dificuldades pessoais, que remetem à falta de concentração durante as aulas e dificuldades de aprendizagem, como a causa do baixo rendimento escolar. Sendo que o tempo do trabalho suprime o tempo da infância, forçando as crianças a renunciar às brincadeiras e à escola para contribuir para a sobrevivência da família.

Se para os adultos trabalhadores, a exclusão do mundo do trabalho e do tempo livre significa um sinal de sub-cidadania, para as crianças, por sua vez representa ou pode representar, a supressão, a precarização do tempo para o lúdico, enfim o banimento e a morte da infância (SILVA, 2003, p. 200).

O exercício da atividade de afazeres domésticos também traz um sentimento de frustração, posto que no imaginário social, e absorvido pelas crianças, esta atividade se faz representar pela desqualificação, por não acrescentar a vida da criança e do adolescente uma qualificação profissional que viabilize uma preparação para uma futura inserção no mercado de trabalho em patamares superiores, tanto em termos de qualificação profissional quanto em termos salariais.

A inserção de crianças e adolescentes no trabalho doméstico também vem promover um ciclo intergeracional de pobreza, por representar baixo ou nenhum rendimento, e não promover expectativas reais de ascensão social através de um processo de qualificação e preparação para um futuro profissional, este tipo de atividade contribui não somente

para o rebaixamento do valor da força de trabalho e a manutenção da superexploração, mas também para o círculo vicioso da pobreza.

Trata-se do estabelecimento da perversa lógica do ciclo intergeracional de pobreza, segundo o qual as famílias tentam superar as condições de pobreza recorrendo ao trabalho infantil e esse trabalho acaba por determinar a manutenção das condições de pobreza por longo prazo, seja em razão da baixa escolarização alcançada pelas próprias crianças, seja pela baixa remuneração oferecida ao trabalho infantil, o que na prática definitivamente o acesso ao trabalho dos membros adultos das famílias, uma vez que o trabalho infantil tem suas bases em vários aspectos (VERONESE e CUSTÓDIO, 2013, p. 110).

Desta forma, a Escola não é só o lugar onde se desenvolve a aprendizagem, mas, também o lugar onde se tem o uso do tempo dedicado às atividades lúdicas. Para as crianças, este espaço integra, portanto, o uso destes dois tempos: o da aprendizagem e o da brincadeira, o que pelo menos é feito até a idade em que este se faz permitir pelo trabalho e pelas suas condições reais de existência.

O trabalho infantil está intimamente ligado às questões políticas, sociais e econômicas, e suas consequências refletem diretamente no direito e acesso à educação da criança e do adolescente, diminuindo drasticamente suas chances de ter um futuro promissor. Bem como, também Além de afetar o seu desenvolvimento físico, biológico, mental e psicológico, também atinge substancialmente as fases da vida do ser humano, lhe retirando, por exemplo, o direito ao lazer, ao brincar e impondo responsabilidade e compromisso com o trabalho doméstico.

Por fim, a proteção integral, políticas públicas adequadas, responsabilidade compartilhada entre sociedade, estado e família, vinculadas à promoção da instituição escola, são mecanismos adequados para a erradicação do trabalho infantil doméstico, o acesso à escola e o desenvolvimento educacional infantil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao final, devem ser indicados eventuais resultados porventura já obtidos com a pesquisa, com uma breve síntese dos argumentos desenvolvidos na fundamentação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Diário Oficial [da] União, Poder Legislativo, Brasília, n. 191 – A, 05 de 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: 24 jul. 2022.

BRASIL. *Constituição Federal (1988). Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998*. Modifica o sistema de Previdência Social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial [dda] União*, Poder Legislativo, Brasília, p. 1, c. 1, 16 dez. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm). Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 4.134*, de 15 de fevereiro de 2002. Promulga a Convenção nº 138 3 a Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a idade mínima de admissão ao emprego. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4134.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4134.htm). Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 6.481*. 2008. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documentos/2237892/0/Decreto+6.481+de+2008+++Proibi%C3%A7%C3%A3o+-das+piores+formas+de+trabalho+infantil>. Acesso em: 25 jul. 2022.

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

CUSTÓDIO, André Viana. *Teoria da proteção integral*: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, p. 22-43, jan. 2009. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/ser/index/direito/article/view/657/454>. Acesso em: 24 jul. 2022. Doi: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>.

FNPETI. *Trabalho Infantil no Brasil*. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/cenario/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar*. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do adolescente*. Novo curso – Novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Estatuto da Criança e do adolescente – 30 anos: grandes temas, grandes desafios* / Josiane Rose Petry Veronese (autora e organizadora). In: CUSTÓDIO, André Viana. Diretrizes para as políticas públicas de enfrentamento do trabalho infantil doméstico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.



**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia  
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma  
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)